

LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN
Catedrático de Dereito Procesual
Universidade da Coruña

I.- Se ha afirmado, con razón, a nuestro juicio, que existen hoy dos Leyes procesales, una la recogida en el venerable texto de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal¹, ya centenario, y otro el derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada con ocasión de la interpretación de los preceptos procesales constitucionales y de normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la oportuna ratificación de los respectivos Tratados y Convenios Internacionales de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución española de 1978² y con el valor paraconstitucional que le reconoce el art. 10.2 de la C.E.³.

Pretendo, en el presente Ponencia⁴, en primer lugar exponer y, sí procede, criticar la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al derecho a los recursos pronunciada con ocasión de la interpretación del art. 24.1 de la C.E. y el alcance dado por dicho órgano constitucional al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de

¹ En lo sucesivo L.E.Crim.

² En lo sucesivo C.E.

³ *Cfr.*: CARMONA RUANO, M. **Los medios de impugnación en el proceso ante el Tribunal del Jurado. La impugnación del veredicto y de la sentencia. Recursos interlocutorios.** en "El Tribunal del Jurado" (Cuadernos de Derecho Judicial) -con VV.AA. y VARELA CASTRO, L. como Dtor.-. Madrid 1995, pág. 650.

⁴ Presentada en el 1er. Curso de la Escuela Mundial de Jueces, organizado, en A Coruña durante el mes de noviembre de 1998, por el Instituto Internacional para el Poder Judicial de la Fundación Justicia en el Mundo de la Unión Internacional de Magistrados, Xunta de Galicia y Universidade da Coruña.

diciembre de 1966⁵ -ratificado por España en virtud de lo dispuesto en Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977⁶-; y, en segundo lugar, quisiera hacer una serie de reflexiones sobre la articulación del sistema de recursos en nuestro ordenamiento jurídico procesal y su adecuación o no con un correcto entendimiento y comprensión del derecho a los recursos.

Como es sabido el art. 14.5 del P.I.D.C.P. establece la posibilidad de que toda persona declarada culpable de un delito tenga el derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un “Tribunal superior” conforme a lo prescrito por la Ley; sin embargo, el alcance que a dicha norma debe dársele como, con acierto, recuerdan LOPEZ-BARJA DE QUIROGA y RODRIGUEZ RAMOS, es que: “... aunque este precepto obliga a España y forma parte de su ordenamiento interno, y por tanto debe ser cumplido, no tiene detrás un Tribunal de ámbito supranacional que vigile su cumplimiento (sin perjuicio de la existencia del Comité de Derechos Humanos) dado que España ha ratificado el Protocolo facultativo al P.I.D.C.P.”⁷.

No podemos dejar de recordar que, en sentido parecido al art. 14.5 del P.I.D.C.P., el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 a la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, relativo a “Nuevas medidas tendentes a asegurar la garantía colectiva de determinados derechos y libertades” realizado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 -firmado por España en noviembre de 1988, si bien es cierto que aún no ha sido ratificado por España, lo que no impide que pueda servir como directriz que debe alcanzarse⁸- dispone el derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior⁹.

Y no podemos olvidar, en la configuración del derecho a los recursos, lo dispuesto por

⁵ En lo sucesivo P.I.D.C.P.

⁶ Pacto aprobado por Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y en vigor en España como derecho interno desde su publicación en el B.O.E., núm. 103, de 30 de abril de 1977.

⁷ **La vista oral en los recursos. Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su protección sobre la regulación española.** La Ley. Tomo 1991/2, págn. 1245.

⁸ *Cfr.*: LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS, L. **La vista oral en los recursos.** ..., trab. cit., págn. 1245.

⁹ El tenor literal del precepto es el siguiente: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.

El párrafo 2 del art. 2 dispone que: “Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución”.

¹⁰ En lo sucesivo C.E.D.H.

el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales¹⁰, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹¹, en relación con el derecho a los recursos, dispone¹²:

Recursos contra una medida cautelar: El art. 5.4 del C.E.D.H. establece que: “Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”¹³.

Los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹⁴ en relación con los recursos contra una medida cautelar han sido múltiples¹⁵ si bien no nos detendremos en ellos¹⁶, sino más específicamente en los recursos contra una resolución judicial de fondo a los que seguidamente aludiremos.

Recursos contra una resolución judicial sobre el fondo: La doctrina del T.E.D.H.¹⁷ en relación el derecho reconocido por el art. 6.1. del C.E.D.H. al disponer que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, publicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los

¹¹ Ratificado por España mediante Instrumento de 26 de setiembre de 1979 (BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Posteriormente, por el Estado español se procedió al reconocimiento de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (1981) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982).

¹² *Cfr.*: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. **El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo**. Madrid 1991, págs. 125-129.

¹³ *Vid.*: BANACLOCHE PALAO, J. **La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español**. Madrid 1996, págs. 45-47.

¹⁴ En lo sucesivo T.E.D.H.

¹⁵ Ss.T.E.D.H. de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter; de 18 de junio de 1971, caso de Wilde, Ooms y Versyp; de 8 de junio de 1976, caso Engel y otros; de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp; de 4 de diciembre de 1979, caso Scheisser; de 5 de noviembre de 1981, caso X contra el Reino Unido; de 24 de junio de 1982, caso Van Droogenbreck; de 26 de octubre de 1984, caso McGoff; de 8 de mayo de 1985, caso Ashingdane; de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez-Reisse; de 18 de diciembre de 1986, caso Bozano; de 2 de marzo de 1987, caso Weeks; de 25 de octubre de 1989, caso Bezicheri; de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley; de 27 de setiembre de 1990, caso E contra Noruega; de 25 de octubre de 1990, caso Keus; de 25 de octubre de 1990, caso Koendjibiharie.

¹⁶ *Vid.*: RUIZ MIGUEL, C. **La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Madrid 1997; BUJOSA VADELL, L.-M. **Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos y el ordenamiento español**. Madrid 1997 sobre la problemática que presenta la ejecutividad de las sentencias del T.E.D.H. en España.

¹⁷ *Cfr.*: S. T.E.D.H. de 17 de enero de 1970, caso Delcourt; confirmada posteriormente por Ss. T.E.D.H. de 25 de abril de 1983, caso Pakelli; de 8 de diciembre de 1983, caso Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter; de 2 de marzo de 1987, caso Monnel y Morris; de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani.

litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella ...”¹⁸ se podría sintetizar afirmando que: el Convenio no obliga a los Estados a establecer Tribunales de Apelación o Casación, pero “cuando un Estado instituye dicho tipo de Tribunales se exige que asegure que los justiciables gozarán de los derechos reconocidos en el art. 6 ante dichos Tribunales¹⁹.

Por último, debemos recordar que el art. 13 del C.E.D.H. dispone que: “Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tienen derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. En relación con dicha norma, pese a que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones²⁰, entiendo que la referencia a recurso no ha de entenderse como relativo a un acto impugnativo, sino al acto de iniciación de un proceso en reclamación de la reparación del derecho o libertad violado.

II.- Desde el principio de sus pronunciamientos²¹ hasta el momento presente²², por lo que puede considerarse como una doctrina consolidada, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes procesos, sin que pueda afirmarse la existencia de un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, salvo en el proceso penal, donde el art. 14.5 del P.I.D.C.P. obliga a establecer el mecanismo que permita el sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, no pudiéndose afirmar que de dicho texto internacional se desprenda necesariamente la obligación de establecer, por el legislador interno, propiamente una doble instancia, quedando, pues, a la discrecionalidad del legislador la articulación del sistema de impugnación que le parezca más adecuado.

Pasemos a desmenuzar cada una de las afirmaciones que contiene la doctrina del T.C. expuesta de forma resumida.

¹⁸ *Vid.*: CHIAVARIO, M. **Processo e garanzie della persona**. Tomo II. Milano 1982, págs. 184-187 sostenía -lo que posteriormente se vino a corroborar por el contenido del Protocolo adicional núm. 7 al Convenio- que la falta de mención expresa al derecho al recurso no debía considerarse como una exclusión expresa de la impugnación.

¹⁹ *Cfr.*: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS, L. **La vista oral en los recursos**. ..., *trab. cit.*, págn. 1247; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. **El Convenio, el Tribunal, ...**, *ob. cit.*, págn. 127.

²⁰ *Vid.*: notas 60, 61 y 62.

²¹ Ss.TC. 19/1983, de 14 de marzo; 54/1984, de 4 de mayo; 17/1985, de 9 de febrero; 140/1985, de 21 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo.

²² Ss. TC 37/1995, de 7 de febrero; 58/1995, de 10 de marzo; 138/1995, de 25 de setiembre; 172/1995, de 21 de noviembre; 142/1996, de 16 de setiembre; 9/1997, de 14 de enero; 76/1997, de 21 de abril; 125/1997, de 1 de julio.

Respecto del incardinamiento del derecho a los recursos dentro del art. 24.1 de la C.E.²³ ²⁴, es decir, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva²⁵ debemos manifestar nuestra opinión contraria -en línea con la opinión mantenida por VAZQUEZ SOTELO²⁶ o SUAY MOREY²⁷-. En pro, sin embargo, entendiendo acertada la doctrina del T.C. de ubicar el derecho a los recursos dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se manifiestan CHAMORRO BERNAL²⁸ o ARMENTA DEU²⁹; mientras que en una postura equidistante se muestran GOMEZ COLOMER³⁰ y VILLAGOMEZ CEBRIAN³¹.

Un estudio de las distintas normas-garantías incorporadas a los textos constitucionales de los países democráticos -inspirados en el derecho angloamericano que se consolidó en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³² ³³- y que configuran lo que viene en denominarse el “debido proceso” -recogido en el art.

²³ Mantenido por el T.C. desde la primera ocasión que tuvo de pronunciarse sobre el tema (S.T.C. 14/1982, de 21 de abril) y sostenida posteriormente (Ss.T.C. 123/1983, de 6 de diciembre; 19/1986, de 7 de febrero; 5/1988, de 21 de enero; 176/1990, de 12 de noviembre).

²⁴ El motivo de dicha confusión lo encuentra MORENO CATENA en la referencia del propio artículo (24.1 C.E.) a la prohibición de la indefensión (**Introducción al Derecho Procesal**. -con GIMENO SENDRA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V. 2ª Ed., Madrid 1997, pág. 262.

²⁵ Bien es cierto que inicialmente el T.C. incardino el derecho a los recursos dentro del párrafo 2 del art. 24 de C.E. -*vid.*: STC. 42/1982, de 1982-.

²⁶ **Prólogo a la obra “Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal”**. Barcelona 1995, pág. 17.

²⁷ **Tutela constitucional de los recursos ...**, ob. cit., págs. 26-29.

²⁸ **La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución**. Barcelona 1994, págs. 81-82 (cita 18).

²⁹ **El derecho a los recursos: su configuración constitucional**. C.Jcos., 1994, núm. 21, págs. 20-34.

³⁰ **Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal**. P.J., 1998, núm. 49, pág. 435 sostiene que: “... el derecho al recurso no sólo es uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., además de ser una de las garantías que configuran en el proceso penal español en el sentido expresado por el art. 24.2 CE (de ahí que se hable, pero equívocadamente en mi opinión, de la garantía de la segunda instancia).”.

³¹ **La “apelación” de la sentencia en el juicio con jurado. Estudio del recurso establecido por la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado**. Bolonia 1998 sostiene que si bien el T.C. ha declarado que el derecho a los recursos está implícitamente recogido en el “derecho a la tutela judicial efectiva” del art. 24.1 “ si bien ninguna dificultad surgiría de tipificarlo en el derecho a un “proceso con todas las garantías” del art. 24.2, puesto que la subsistencia de los medios de impugnación constituye la principio garantía frente al arbitrario judicial.”. (pág. 51, cita 84).

³² *Cf.*: SUAY MOREY, J. **Tutela constitucional de los recursos ...**, ob. cit., pág. 24.

³³ *Vid.*: ESPARZA LEIBAR, I. **El principio del proceso debido**. Barcelona 1995, págs. 67-112 sobre la regulación y manifestaciones en el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica del principio del “due process of Law”.

24.2 de la Constitución Española de 1978³⁴-, entre las que cabe citar aquellas referidas al derecho de defensa, al del Juez preconstituido, al sometimiento del Juez a la Ley, a la motivación de las resoluciones, la reparación de los errores judiciales, responsabilidad del Juez y del Estado; así como la articulación, en el Código Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica³⁵ -concretamente los arts. 332³⁶ y 335³⁷- de la facultad del defensor a recurrir automáticamente con respecto al imputado, pudiendo éste desistir de los recursos interpuesto por aquél, previa consulta con el defensor, quedando constancia de ello en el acto respecto; y, por último, la configuración del derecho a los recursos en los modernos Codigos Procesales Penales³⁸ de los Estados europeos nos permiten ratificarnos en la idea del error del T.C. en su consideración del derecho a los recursos como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, debiéndose incluir como una garantía más de aquellas que deben integrar el derecho al proceso con todas las garantías.

³⁴ En lo sucesivo C.E.

³⁵ La edición consultada ha sido la realizada por el Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid 1990.

³⁶ “Facultad de recurrir. Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.

El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea otorgado expresamente. Cuando la ley no distinga, tal derecho corresponderá a todos. Pero únicamente podrá recurrir aquel que invoque y acredite un interés directo en la eliminación, revocación o reforma de la resolución. El Ministerio Público podrá recurrir en favor del imputado. Las partes civiles podrán recurrir tan sólo en lo concerniente a sus intereses civiles. El defensor podrá recurrir autónomamente con relación al imputado, pero éste podrá desistir de los recursos interpuesto por aquél, previa consulta con el defensor, quien dejará constancia de ello en el acto respectivo.”.

³⁷ “Efectos. Cuando en un proceso hubiere varios coimputados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.

También favorecerá al imputado el recurso del tercero civilmente demandado, salvo que sus motivos conciernan a intereses meramente civiles.”.

La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario.”.

³⁸ En relación con el Código Procesal alemán puede consultarse a: GOMEZ COLOMER, J.L. **El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas**. Barcelona 1985, págs. 193-197; ROXIN, C., ARTZ, G. y TIEDEMANN, K. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**. (trad. de Arroyo Zapatero, L. y Gómez Colomer, J.L.). Barcelona 1989, págs. 156-157; ROXIN, C. **Strafverfahrensrecht**. 24ª Ed., Heidelberg 1995, págs. 622-634.

En relación con el Códice di Procedura Penale italiano de 1988 consultar a: DALIA, A.A. y FERRAIOLI, M. **Corso di Diritto Processuale Penal**. Padova 1997, págs. 550-575; CORDERO, F. **Procedura penale**. 3ª Ed., Milano 1995, págs. 939-980; SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G. y ZAPPALA, E. **Diritto Processuale Penale**. 2ª Ed., Milano 1996, págs. 330-345.

En cuanto al Código de Processo Penal português de 1987 consultar a: COSTA PIMENTA, J. da **Código de Processo Penal anotado**. 2ª Ed., Lisboa 1991, págs. 450-465.

Y, por último, con relación al Code de Procédure Pénale francés de 1988 consultar a: STEFANI, G., LEVASSEUR, G. y BOULOC, B. **Procédure Pénale**. 16ª Ed., Paris 1996, págs. 758-770.

A mayor abundamiento de lo dicho debemos indicar que si el proceso es el exclusivo instrumento a través del cual se desarrolla la jurisdicción, integrado dicho instrumento por el conjunto de actos que realizan los distintos sujetos procesales, sólo podrá obtenerse la sentencia conforme a derecho si se han respetado escrupulosamente las normas-garantías constitucionales, anteriormente indicadas, así como aquellas que disponga en los distintos textos procesales. En el marco descrito el derecho al recurso sería el acto imprescindible en poder de las partes procesales para poder colaborar y coadyuvar en el desarrollo adecuado del proceso, en la medida de que mediante dicho instrumento se podrá controlar la regularidad en el tiempo y en el espacio de la sentencia y la adecuación de dicho acto jurisdiccional con el ordenamiento jurídico³⁹.

En apoyo de la tesis que defiendo he de recordar que, de conformidad con la propia doctrina del T.C., el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una sentencia o resolución sobre la demanda o pretensión formulada, que habrá de ser en todo caso motivada o fundada, pudiendo ser favorable o adversa al demandante⁴⁰ e, incluso de inadmisión o desestimatoria si no se cumplen los requisitos o exigencias establecidos por las normas procesales, requisitos que, si son formales, tampoco deben ser impuestos más allá de criterios de proporcionalidad en aras a la efectividad del denominado principio *pro actione*.⁴¹ ⁴²; derecho cuya satisfacción se logra con un único pronunciamiento judicial (auto o sentencia), siempre que se ajuste a las exigencias constitucionales, sin que sea imprescindible para su satisfacción el que deban pronunciarse dos o más resoluciones judiciales.

³⁹ Cfr.: SUAY MOREY, J. **Tutela constitucional de los recursos** ..., ob. cit., pág. 29.

⁴⁰ La doctrina española mayoritariamente se ha incluido -al igual que lo hizo, desde las primeras de sus resoluciones (Ss. 9/1981, de 31 de marzo; 13/1981, de 23 de abril; 22/1985, de 15 de febrero), el T.C.- en favor de la denominada teoría abstracta de la acción -*vid.*: GIMENO SENDRA, V. **Fundamentos de Derecho Procesal**. Madrid 19, págs. 133; GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, F. **Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)**. 4ª Ed., Oviedo 1997, pág. 209; mientras que un sector doctrinal minoritario se muestra proclive a la denominada teoría concreta de la acción -*vid.*: GOMEZ ORBANEJA, E. **Derecho Procesal civil**. Tomo I. Madrid, págs. 46-48; MIGUEL Y ROMERO, C. de y MIGUEL Y ALONSO, C. de **Derecho Procesal Práctico**. 11ª Ed. Barcelona 1967. Tomo I, pág. 42; GUTIERREZ DE CABIEDES Y FERNANDEZ HEREDIA, E. **Una nueva reflexión.**, págs. 54-55; OLIVA SANTOS, A. de la **Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: Derechos básicos**. Barcelona 1980.

⁴¹ Cfr.: VAZQUEZ SOTELO, J.L. **Prólogo a ...**, ob. cit., pág. 15.

⁴² La efectividad de dicho principio debe expandirse, no sólo en relación al libre acceso a la jurisdicción, sino también cuando se trate de acceder a ulteriores recursos jurisdiccionales legislativamente previstos en orden a la aplicación del principio *pro recurso* -*cfr.*: Ss.T.C. 59/1984, de 10 de mayo; 90/1986, de 2 de julio; 115/1992, de 14 de setiembre; 95/1995, de 7 de febrero; 55/1995, de 6 de marzo; 9/1997, de 14 de enero; 36/1997, de 25 de febrero; 93/1997, de 8 de mayo; 101/1997, de 20 de mayo.

III.- He afirmado, con anterioridad, que el T.C. ha establecido el derecho a los recursos no se deriva necesariamente de la C.E., debiéndose establecer, en el proceso penal, dicho recurso como consecuencia de la exigencia derivada del art. 14.5 del P.I.D.C.P.⁴³.

Respecto de lo cual creo preciso afirmar que dicha doctrina no me parece plenamente satisfactoria habida cuenta de que parece que todos los intereses en juego en cualquier litigio, sea éste de naturaleza civil, laboral o administrativo, merecen el mismo grado de protección; es más, puede acontecer que el condenado en un proceso penal, cuando lo fuera por infracciones menores, requiera de un menor grado de protección que los intereses en juego en otros procesos.

Es más, el propio fundamento de los medios de impugnación apoya la tesis que defiendo; es decir, si se entiende que mediante los medios de impugnación se busca la posibilidad de corregir los errores que, en el procedimiento o en el juicio⁴⁴, haya podido cometer el juzgador, así como remediar la posible arbitrariedad judicial cometida, parece aconsejable que esa posibilidad de corrección de los errores *in procedendo* o *in iudicando* y remedio de la arbitrariedad judicial se disponga con relación a cualquier tipo de proceso, habida cuenta de que dichos errores y arbitrariedad judicial se pueden cometer en cualquier proceso.

Por ello entiendo que el derecho a los recursos debe reconocerse en cualquier tipo de proceso, si bien es cierto que el regimen legal de los recursos deberá ser diferente en función del tipo de proceso, penal, civil o administrativo.

La expansión del derecho a los recursos a cualquier proceso se justificaría igualmente al amparo de los principios jurídico-naturales y de las garantías constitucionales⁴⁵ que reviste en denominado proceso debido.

IV.- Quisiera detenerme, ahora, en la tesis de nuestro T.C. en orden a la libertad del legislador interno a la hora de satisfacer la garantía dispuesta por el art. 14.5 del P.I.D.C.P. y del art. 2.1 del Protocolo 7 del C.E.D.H. en orden a disponer qué “Tribunal superior” y cómo se somete el fallo condenatorio⁴⁶ y la pena, entendiendo que tanto el recurso de casa-

⁴³ Ss.T.C. 110/1985, de 8 de octubre; 175/1988, de 3 de octubre; 102/1994, de 11 de abril; 89/1995, de 6 de junio; 125/1997, de 1 de julio -entre otras.

⁴⁴ FAIREN GUILLEN, V. **Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal**. en “Estudios de Derecho Procesal”. Madrid 1955, págs. 121-140; idem. **Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales**. Barcelona 1990, págs. 480-481.

⁴⁵ Cfr.: VAZQUEZ SOTELO, J.L. **Prólogo a ...**, ob. cit., pág. 16.

⁴⁶ La titularidad del derecho corresponde exclusivamente al condenado en causa por delito (Ss.TC 79/1987, de 27 de mayo; 40/1988, de 10 de marzo; 51/1991, de 11 de marzo) lo que no ha impedido al propio T.C. reconocer que dicha situación puede resultar discriminatorio en cuanto a los medios de defensa de una y otra parte (Ss.TC 76/1982, de 14 de diciembre; 27/1985, de 26 de febrero).

ción, como el de apelación satisfacen la aludida garantía⁴⁷. Dicha tesis permitiría señalar, al menos teóricamente, que no resultaría inconstitucional la supresión por el legislador de los recursos frente a todas las resoluciones interlocutorias o sentencias absolutorias⁴⁸.

Reparare, en primer lugar, en el dato de que el recurso de casación satisface garantía del derecho a los recursos⁴⁹, reconocida en el P.I.D.C.P.⁵⁰, por entenderla desacertada al tratarse de un recurso extraordinario y con múltiples limitaciones⁵¹. En esta dirección son varios los posicionamientos doctrinales y algunas “valientes” resoluciones jurisdiccionales que inciden en la opinión que acabo de expresar.

Entre los aludidos posicionamientos doctrinales me permito -por la autoridad de quienes las han formulado- citar las de VAZQUEZ SOTELO⁵², RUIZ VADILLO⁵³ ⁵⁴, VEGA

⁴⁷ *Vid.*: GOMEZ DE LIAÑO POLO, C. **Los recursos en la instrucción penal**. Oviedo 1997, pág. 39.

⁴⁸ En contra de dicha posibilidad teórica se muestra GARBERI LLOBREGAT por entender que: “... dada la función de incremento de las garantías de acierto en la decisión y de disminución de la arbitrariedad judicial que desempeñan los recursos, debería entenderse que la existencia de medios de impugnación frente a las decisiones más esenciales o significativas del proceso se incscribe también en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías “ (**La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución**. A.Jca.A., 1998, núm. 331, pág. 3).

⁴⁹ Ss. T.C. 123/1983, de 6 de diciembre; 54/1984, de 4 de mayo; 60/1985, de 6 de mayo; 78/1988, de 27 de abril 374/1993, de 13 de diciembre; 91/1994, de 21 de marzo.

⁵⁰ Bien es cierto que el propio órgano constitucional en ocasiones ha indicado que el recurso de apelación ofrece mayores ventajas para cumplir lo dispuesto en el P.I.D.C.P. (*cf.*: Ss. T.C. 140/1985, de 21 de octubre; 6/1989, de 19 de enero), mientras que, en otras ocasiones, ha mantenido que la exigencia, dispuesto por el Pacto, de que el fallo condenatorio y la pena impuesto sea sometida a un Tribunal superior equivale a admitir la doble instancia (*cf.*: Ss.T.C. 50/1990, de 26 de marzo; 160/1993, de 17 de mayo).

Una reflexión crítica sobre los distintos posicionamientos del T.C. ante el derecho a los recursos puede encontrarse en la obra de BORRAJO INIESTA, I.; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. y FERNANDEZ FARRERES, G. **El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional**. Madrid 1995.

⁵¹ Bien es cierto que la doctrina del T.C. adolece de una cierta confusión por cuanto en otras resoluciones (Ss.T.C. 160/1993, de 17 de mayo; 102/1994, de 11 de abril) parece admitir que el derecho a la doble instancia en el proceso penal forma parte necesaria del contenido al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva -*cf.*: VARELA GOMEZ, B. **El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional**. Justicia, 1991, núm. I, pág. 49; MIRANDA ESTRAMPES, M. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona, 1997, pág. 629.

⁵² **Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal**. Barcelona 1984, págs. 515-519; *idem*. **Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal**. en “Crisis de la Justicia y Reformas Procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León”. Madrid 1988, pág. 394.

⁵³ **El Derecho Penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia**. Madrid 1997, pág. 101.

⁵⁴ Si cabe la autorizada opinión del Magistrado Ruiz Vadillo se venía reforzada por la experiencia que adquirió durante sus años de ejercicio profesional como Magistrado del Tribunal Supremo en la Sala 2ª, de la que pos-

VENAYAS⁵⁵ y GIMENO SENDRA⁵⁶. La idea común a todos los pronunciamientos doctrinales mencionados -que comparto- se centran en la evidencia de que, pese a la apertura de la jurisprudencia del T.S.⁵⁷, por vía del error de hecho en la apreciación de la prueba⁵⁸ y de las consecuencias derivadas de la aplicación del principio de presunción de inocencia⁵⁹, resulta, sin embargo, insatisfactorio, por insuficiente, el recurso de casación para ofrecer una protección eficaz del derecho a la presunción de inocencia. Sin duda, debo dejar constancia, si he de ser objetivo en la exposición, que alguna opinión doctrinal entiende que la regulación del recurso de casación en la L.E.Crim., con una clara entrada de los hechos por el motivo 2º del art. 849, cubre con exceso las exigencias del Pacto Internacional entendiéndose que: "... Nuestro recurso de casación, no es que sea suficiente, es que excede las

teriormente pasaría a ser su Presidente hasta su cese con ocasión de su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional.

Permítaseme, desde aquí, expresar mi testimonio de admiración al magistral desempeño de su ejercicio profesional como Fiscal y, posteriormente, como Magistrado, y lamentar tan sensible pérdida.

⁵⁵ Voto particular a la STC. 37/1988, de 3 de marzo afirma: "... es comprensible que, al amparo del art. 14.5 del Convenio de Nueva York, se intente aplicar la exigencia en todos los casos de la doble instancia en materia penal: sometimiento al Tribunal superior, entendiéndose que la casación cumple esos fines, lo que no es enteramente cierto, porque ese recurso es extraordinario, tasado, sujeto a requisitos especiales que no todos los recursos pueden cumplir, resultando así que no todos los recurrentes tiene acceso a ese peculiar medio de impugnación, cuyo fin primero, no se olvide, es el de la unificación de la jurisprudencia para uniformar, dentro de la igualdad, los criterios de los Tribunales de instancia. Lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales ...".

Dicho voto particular contó con las adhesiones de los Magistrados Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil y Francisco Rubio Llorente.

⁵⁶ **Derecho Procesal Penal.** -con MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V.-. 2ª Ed., Madrid 1997, págn. 105.

⁵⁷ Vid.: MARTINEZ ARRIETA, A. **El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia.** Granada 1996, págn. 151-169.

⁵⁸ Los límites del art. 849.2 de la L.E.Crim. son evidentes habida cuenta de que lo más que permite es controlar la racionalidad del juicio histórico llevado a cabo por el Tribunal de instancia contraponiéndola con los términos claros y precisos de un documento -vid.: CALVO SANCHEZ, Mª C. **Estudio de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre la modificación del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.** La Ley. Tomo 1986/1, págn. 1108-116.

⁵⁹ Vid.: MIRANDA ESTRAMPES, M. **La mínima actividad probatoria ...**, ob. cit. afirma, en orden a la ampliación del control casacional de la presunción de inocencia que: "... Se admitió, en primer lugar, que ese control casacional alcanzara no sólo a la constatación de una *mínima actividad probatoria* sino, también, a su resultado a los efectos de comprobar si la misma tenía o no un contenido incriminatorio. Más adelante se admitió, también, el control de su *suficiencia*. Por otro lado, la calidad de dicho control experimentó un cambio importante cuando la condena se había basado en pruebas indiciarias. Mediante esta ampliación el T.S. trataba, en definitiva, de paliar la falta de una doble instancia precisamente en aquellos delitos más gravemente penados. ..." (págn. 622-623).

exigencias de lo que el legislador español está obligado a hacer como consecuencia de la adhesión al Pacto.”⁶⁰ 61.

Permítasame traer a colación las palabras del malogrado ex-Presidente del Tribunal Constitucional, Prof. Dr. F. TOMAS Y VALIENTE, cuya brillante trayectoria universitaria fue brutal y vilmente truncada, con relación a las serias preocupaciones expresadas por la regulación del recurso casación penal española en el supuesto de que el Estado español fuera llevado ante el T.E.D.H.⁶².

En cuanto a las resoluciones jurisdiccionales, anteriormente indicadas, quisiera reparar en varias. La primera de ellas -de la Sala 2ª del T.S.- de 31 de marzo de 1989⁶³, en clara alusión a la opinión de VAZQUEZ SOTELO, señala que: “... el principio de control de las resoluciones judiciales, especialmente de las penales, opera con plena efectividad en la doble instancia, en tanto que se debilita en los supuestos en que sólo cabe la revisión de manera excepcional y limitada como en el recurso de casación. Cabe así interrogarse, con reproducción de lo dicho en una obra doctrinal de gran relieve acerca de que <hasta qué punto puede resultar ajustado a ella (C.E.) o ser constitucional esta doble situación de unos procesos dotados de unas garantías mayores (precisamente para las infracciones de menor gravedad) frente a otros cuyas garantías son menores (siendo estas infracciones las de mayor trascendencia punitiva)> ...”. También el T.S. -nuevamente su Sala 2ª- vuelve a plantearse el tema en dos sentencias -de 24 de enero de 1991⁶⁴ y de 3 de mayo de 1994⁶⁵- la segunda de las citadas señala que el procedimiento abreviado “posibilita la doble instancia que, desde el punto de vista del justiciable ... está más de acuerdo con las exigencias del proceso penal, como destaca el art. 13 del Convenido Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, frente a la casación, que dota sin duda de

⁶⁰ MONTERO AROCA, J. **Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal.** en “La reforma de la Justicia Penal. (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). -con VV.AA. y GOMEZ COLOMER, J.L. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. como Coords.-. Castelló de la Plana, 1997, págn. 977.

La misma idea, en términos literalmente idénticos, la había expresado con anterioridad en **Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado.** Granada 1996, págn. 36.

⁶¹ *vid.*: MORENILLA RODRIGUEZ, J. Mª. **Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos.** P.J., 1988, núm. II (especial), págn. 198; VIVES ANTON, T.S. **Doctrinal constitucional y reforma del proceso penal.** P.J., 1988, núm. II (especial), págn. 113 en pro del recurso de casación como mecanismo procesal impugnatorio que viene a satisfacer el mandato del art. 14.5 del P.I.D.C.P.

⁶² Expresadas en la Conferencia pronunciada sobre “Balance de diez años de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales”, pronunciada en las “Jornadas conmemorativas del décimo aniversario de la primera sentencia del Tribunal Constitucional”, celebradas en el Escuela de Administración Pública de Cataluña el 8 de marzo de 1991 -*vid.*: CHAMORRO BERNAL, F. **La tutela judicial efectiva.**, ob. cit., págn. 83.

⁶³ R.A. 2781. Ponente: Montero Fernández-Cid.

⁶⁴ R.A. 591. Ponente Puerta Luis.

⁶⁵ R.A. 3641. Ponente: Ruiz Vadillo.

mayor certeza y armonía al sistema, pero que no permite, salvo la vía muy estrecha del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del error de hecho en la apreciación de la prueba, en base a un documento a varios que acrediten el error del Juzgador de instancia, la revisión de los hechos, es decir, de lo que se considera plataforma fáctica o narración histórica ...”.

V.- Cabe, pues, plantearse si una correcta interpretación del art. 14.5 del P.I.D.C.P. aconseja el establecimiento de una apelación plena o una apelación limitada⁶⁶. A tal fin creo que resulta conveniente recordar que el Informe del Comité de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1982 señala que cuando la referencia del art. 14.5 a “conforme a lo prescrito en la ley” no está dejando a la discrecionalidad de los Estados la existencia misma de la incorporación a sus ordenamiento del derecho al recurso, pero sí está dejando a esa discrecionalidad la modalidad del recurso⁶⁷ en virtud del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del “Tribunal superior”⁶⁸.

Entiendo que el valor garantista que implica el art. 14.5 del P.I.D.C.P. aconseja la opción en pro de una apelación plena fundamentalmente desde el punto de vista del acusado⁶⁹, per-

⁶⁶ *Id.*: MONTERO AROCA, J. **Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón.** Valencia 1977, págs. 175-178; *idem.* **Los recursos en el proceso ante** ob. cit., págs. 31-34; ARAGUENA FANEGO, C. **Proceso penal y doble instancia.** Justicia, 1994, núm. I, págs. 39-48; CALDERON CUADRADO, M^a P. **Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado.** Granada 1996, págs. 62-69; VARELA GOMEZ, B.J. **El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios.** Valencia 1997, págs. 112-133; ORTELLS RAMOS, M. **Derecho Jurisdiccional.** -con MONTERO AROCA, J.; GOMEZ COLOMER, J.L. y MONTON REDONDO, A.-. Tomo II (Proceso Civil). 8^a Ed., Valencia 1998, págs. 326-327 sobre la distinción entre la doble instancia o doble grado de jurisdicción y el recurso de apelación.

⁶⁷ *Id.*: DIEGO DIEZ, L.A. de **El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional.** Madrid 1998 sostiene que: “No comparto, sin embargo, derecho alguno a exigir un recurso de una naturaleza determinada: ni el recurrente tiene necesariamente derecho a la apelación, ni a que su asunto sea en cualquier caso trasfrido, mediante la casación, al Tribunal Supremo” (págs. 77-78).

⁶⁸ Afirma MONTERO AROCA que si el Pacto ha de aplicarse a países de muy diferentes culturas jurídicas resultaría absurdo el que se pretendiera precisar la naturaleza del recurso que se establece como garantía de los condenados (**Principios del proceso penal....**, trab. cit., págn. 173).

⁶⁹ Mayoritariamente la doctrina se va inclinando por esta tesis -*vid.*: ASENCIO MELLADO, J.M^a **Prueba prohibida, prueba preconstituida.** Madrid 1989, págs. 52-55; RUIZ VADILLO, E. **Hacia una nueva casación penal. (La Constitución punto central de nuestra reflexión).** B.I.M.J., 1990, núm. 1585, págs. 5657-5686; FERRAIOLI, L. **I valori del doppio grado e della nomofilachia.** Democrazia e diritto, 1992, supl. núm. 1, págn. 32; SENESE, S. **La qualità degli interessi controversi nel processo civile e nel processo penale: riflessi sulle impugnazioni.** Democrazia e diritto, 1992, supl. núm. 1, págs. 52-53; ARANGUENA FANEGO, C. **Proceso penal y** trab. cit., págn. 48-49; IGARTUA SALAVERRIA, J. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.** Madrid 1995, págs. 131-133.

En una postura diferente se posiciona GOMEZ DE LIAÑO POLO para quien “La solución de los problemas de la justicia española no viene por el establecimiento del sistema de la doble instancia, sino por la racionalización del sistema de recursos, por la mejora de la formación de sus miembros, así como de un cambio de actitudes por un sector importante del colectivo que compone el Poder Judicial ...” (**Los recursos en la**, ob. cit., págn. 46).

mitiéndose una revisión tanto de la aplicación de la norma jurídica, como de lo referente a la fijación de los hechos y, en consecuencia, de la revisión de la valoración de la prueba realizada en primera instancia⁷⁰; si bien es cierto que no creo dicho texto legal no impone dicha modalidad de recurso. Nuestra postura favorable a una apelación plena se fundamenta en el dato de que la *revisio priori instantiae* es una garantía natural de todo proceso, pudiéndose comprobar que, en algunas constituciones modernas, se ha incorporado la aludida garantía⁷¹.

Frente al establecimiento de un recurso de apelación plena se suele esgrimir, como objeciones, la incompatibilidad de dicha modalidad de recurso con los principios de inmediación, oralidad y libre valoración de la prueba que rigen el proceso penal actual⁷²; considerándose que la apelación sólo sería admisible cuando tuviera lugar, en todos los casos, una repetición del juicio y, por tanto, de la actividad probatoria ante el Tribunal *ad quem*.

Tales objeciones han ido siendo suficiente y motivadamente refutadas por la doctrina⁷³ por lo que no creo necesario su reiteración, en estos momentos, salvo expresar mi identificación con las mismas.

Hemos también de mencionar en la doctrina extranjero la existencia de partidarios de la instancia única -*vid.*: SPANGHER, G. **Primi appunti per una relazione in tema di meccanismi di semplificazione del processo**. en “Un <Codice tipo> per L’America Latina. Congresso Internazionale”. Roma 1991, págs. 379-380; SIRACUSA-NO, D. **La motivazione della sentenza ed il sistema dei controlli: schema per una relazione**. en “Un <Codice tipo per L’America Latina. ...”, ob. cit., págs. 316-317.

Y, por último, debemos de recordar que el Código procesal penal tipo para Hispanoamérica -debatido en Roma en setiembre de 1991- consagra el principio de única instancia, solución que ha sido acogida en algunos países hispanoamericanos.

⁷⁰ Superándose de una vez por todas el mito de la única instancia que si bien pudo tener su justificación a finales del siglo pasado (una brillante justificación de la instancia única se puede encontrar en la E.M. de la L.E.Crim. cuando señalaba que: “... un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantías de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplariedad”), hoy no resulta admisible.

⁷¹ *Cfr.*: VAZQUEZ SOTELO, J.L. **Prólogo a ...**, ob. cit., pág. 17.

⁷² CONDE-PUMPIDO FERRERIO, C. **Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. P.J., 1982, núm. 4, pág. 32; VIVES ANTON, T.S. **Doctrina constitucional y reforma del proceso penal**. Poder Judicial, 1987, núm. II (especial), pág. 113; SUAY MOREY, J. **Recurso de casación y doctrina constitucional**. La Ley. Tomo 1991/4, pág. 1157; VEGAS TORRES, J. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid 1993, págs. 190-192; MONTERO AROCA, J. **Los principios del proceso penal...**, ob. cit., págs. 178-183.

⁷³ GIMENO SENDRA, V. **El derecho a los recursos y ...**, rab. cit. en “Constitución y ...”, ob. cit., págs. 155-156; MIRANDA ESTRAMPES, M. **La mínima actividad probatoria en el proceso ...**, ob. cit., págs. 634-635; GOMEZ COLOMER, J.L. **Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal**. P.J., 1998, núm. 49, págs. 439-440.

La implantación de un recurso de apelación plena exigirá, conforme a la doctrina del T.E.D.H.⁷⁴, que el procedimiento en su conjunto deba cumplir las garantías del art. 6.1 del Convenio de Roma⁷⁵, concretamente la segunda instancia habría de realizarse con vista pública, permitiéndose que el trámite de admisión del recurso de apelación no requiriese la celebración de vista pública.

La articulación concreta del recurso de apelación, en correspondiente texto de enjuiciamiento, debe quedar en manor del buen hacer del legislador -a lo que, desde hace años, lamentable, no nos tiene acostumbrados-, sin embargo, si quisiera reparar en el dato de que el evidente riesgo de dilaciones que se corre al establecer dicha modalidad de recurso se podría paliar a través de varias vías que tuvieran como punto de referencia el principio asentado en el art. 11 de la L.O.P.J.⁷⁶.

VI.- Cabe, por último, aunque sea de forma breve, reparar en los distintos sistemas de impugnación existentes en el proceso penal español en relación con las sentencias definitiva. Coexisten procedimientos de doble instancia (juicio de faltas, procedimiento abreviado tramitado ante el Juzgado de lo Penal) con procedimientos de única instancia (procedimiento abreviado y ordinario por delitos graves desarrollados en la Audiencia Provincial), procedimiento de doble instancia y casación (procedimiento ante el Tribunal del Jurado) y, por último, procedimientos (en los que están encausados aformados) tramitados ante el Tribunal Supremo⁷⁷, en donde la sentencia no podrá ser objeto de ningún tipo de recurso ordinario o extraordinario, produciéndose, afirma GIMENO SENDRA⁷⁸ una proporción inversa “gravedad del hecho” y “garantías”. Esta absoluta carencia de un sistema⁷⁹, en materia de impugnación, en el proceso penal, fruto de las continuas modificaciones a la

⁷⁴ S.T.E.D.H. de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani. *Vid.*: GIBERT GIBERT, A. “**El juicio público con todas las garantías en la segunda instancia penal. (A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el <caso Ekbatani>)**”. R.G.D., 1990, núm. 549, págsn. 4489-4493.

⁷⁵ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS, L. **La vista oral en los recursos. ...**, trab. cit., págn. 1248; ARANGUENA FANEGO, C. **Proceso penal y ...**, trab. cit., págn. 64.

⁷⁶ “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.”.

⁷⁷ *Vid.*: ARANGUENO FANEGO, C. **Proceso penal y ...**, trab. cit., págsn. 47-48 y GARCIA PEREZ, J.J. **Proceso penal y doble instancia**. en “La reforma del proceso penal. IIº Congreso de Derecho Procesal de Galicia”. -CALVO SANCHEZ, Mº C. como Dtora. y VV.AA.-. Madrid 1989, págn. 671 (nota 46) sostienen posturas especialmente críticas con dicha limitación.

⁷⁸ **El derecho a los recursos y la reforma de la casación penal**. en “Constitución y Proceso”. Madrid 1988, págn. 152.

⁷⁹ De “asimétrico” es calificado por FAIREN GUILLEN el sistema de recursos (**El razonamiento de los Tribunales de apelación**. Madrid 1992, págn. 22).

L.E.Crim. de 1882⁸⁰ no deja de plantear serias dudas sobre su constitucionalidad, expuestas ya en 1984 por VAZQUEZ SOTELO cuando afirmaba: "... cabría preguntarse hoy, ante el texto de la nueva Constitución de 1978 hasta qué punto puede resultar ajustado a ella o ser inconstitucional esta "doble situación" de unos procesos dotados de unas garantías mayores (precisamente para las infracciones de menos gravedad) frente a otros, cuyas garantías son menores (precisamente para las infracciones de mayor trascendencia punitiva) ..."⁸¹.

Pero, incluso, con relación a aquel procedimiento de doble instancia, la duda sobre la constitucionalidad de los mismos ha surgido con respecto a las situaciones que se producen cuando habiendo sido absuelto el imputado por el Juez de lo Penal, posteriormente, en virtud del oportuno recurso de apelación presentado por alguna de las partes acusadores, resulta ser condenado por la Audiencia Provincial, sin que frente a dicha condena quepa ningún tipo de recurso ante un Tribunal superior, tal y como dispone el art. 14.5 del Pacto; dicha situación ha sido planteada, recientemente, en una sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid^{82 83}.

Parece, pues, obvio, por todo lo que antecede, que resulta imprescindible, cuanto antes, la elaboración de un nuevo texto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que, concretamente, en materia de recurso materialice efectivamente los mandatos constitucionales y los derivados de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, así como la doctrina emana del T.C. y del T.E.D.H. interpretando la C.E. y C.E.D.H., haciendo -parafraseando a ALMAGRO NOSETE⁸⁴- vivir en los preceptos concretos los aludidos mandatos constitucionales y los derivados de las normas internacionales que se han incorporado a nuestro ordenamiento interno.

⁸⁰ Vid.: VAZQUEZ SOTELO, J.L. **Crisis de la justicia y ...**, trab. cit. en "Iº Congreso de Derecho Procesal de ...", ob. cit., pág. 371 agudamente crítica la política de "parcheos" seguida por el legislador en los últimos años.

⁸¹ **Presunción de inocencia e íntima convicción ...**, ob. cit., págs. 515-516.

⁸² Integrada por Ilmo. Sr. D. José-Luis Calvo, Presidente, y por los Magistrados, Ilmos. Srs. D. Jesús Guijarro y D. Arturo Beltrán (Ponente).

⁸³ Tal situación, entiende DIEGO DIEZ, ha de estimarse una excepción a la regla de acceso al recurso de quien fue condenado penalmente (**El derecho de acceso a ...**, ob. cit., pág. 80). Por su parte, CALDERON CUADRADO explica la situación afirmando que: "La decisión de condena ha sido tomada en un segundo enjuiciamiento realizado precisamente por aquel órgano jurisdiccional que, en caso contrario (fallo condenatorio en primera instancia), tendría que resolver la impugnación previsiblemente planteada por el condenado, y que, en ambos supuestos, goza del carácter "superior" exigido en el mencionado pacto." (**Apelación de sentencias ...**, trab. cit., pág. 21).

⁸⁴ **Prólogo a la obra "Constitución y ..."**, ob. cit., pág. 7.