



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

AFORAMIENTO Y DOBLE INSTANCIA PENAL

**DE LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LA
INTERPRETACIÓN DE NUESTROS TRIBUNALES**

Lidia Molina Gómez

Alicante, septiembre de 2013

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y PROCESAL

AFORAMIENTO Y DOBLE INSTANCIA PENAL

**DE LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LA
INTERPRETACIÓN DE NUESTROS TRIBUNALES**



Trabajo Fin de Máster presentado por Lidia Molina Gómez, bajo la dirección del Profesor D. Javier Román Pastor, como parte del programa formativo que conduce a la obtención del Título de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Alicante.

INDICE

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS	5
INTRODUCCIÓN.	6
CAPITULO I. CONSIDERACIONES SOBRE LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL	8
1.1.- La Segunda Instancia Penal en nuestro ordenamiento.	9
1.2.- Referencia a los instrumentos internacionales de aplicación en la materia.	10
1.2.1.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 14.5.	10
1.2.2.- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.	11
1.3.- LO 19/2003: hacia la generalización del doble grado de jurisdicción penal .	12
CAPITULO II. EL PROBLEMA CENTRAL: LOS AFORAMIENTOS	14
2.1.- La competencia objetiva. Los aforamientos.	14
2.2.- Concepto y naturaleza del fuero especial.	15
2.3.- El tratamiento de los aforamientos en nuestro ordenamiento Jurídico.	16
2.4.- La conexidad. Sus implicaciones ante el aforamiento.	19
2.5.- Primeras conclusiones.	22
2.5.1.- Respecto de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	22
2.5.2.- Respecto del contenido del artículo 2 del Protocolo número 7 al CEDH.	23
2.5.3.- Perspectiva conjunta.	23
CAPITULO III. LAS CONDENAS DE LA ONU. ALCANCE.	26
3.1.- Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU en materia de aforamiento:	26
- Caso Terrón C. España	
- Caso Capellades C. España	
- Caso Pascual Estevill C. España	
3.2.- El Comité de Derechos Humanos de la ONU. Funciones y carácter no vinculante de sus informes.	29

CAPITULO IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES DE VULNERACIÓN DE PIDCP.	31
4.1. Pronunciamientos generales sobre el problema de la doble instancia.	31
4.2. Sentencias que resuelven supuestos en los que concurre un sujeto con la condición de aforado ante el Tribunal Supremo.	34
4.3. Conclusiones.	37
CAPITULO V. PERSPECTIVAS DE REFORMA.	39
CAPITULO VI. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.	41
5.1.- La necesidad de una reforma legislativa.	42
5.1.1. Creación de un órgano jerárquicamente superior.	42
5.1.2. Alteración de las reglas de competencia.	43
5.1.3. Creación de una Sala de Apelación dentro del propio TS.	43
5.1.4. Eliminación de los aforamientos.	44
5.1.5. Reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	44
5.2.- Opciones ejercitables por los individuos.	48
5.2.1 Acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	48
5.2.2. Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.	54

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
Ed.	Editorial
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Pág.	Página
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.E.D.H	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN.

El presente estudio tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva eminentemente práctica, uno de los principales problemas que plantea el derecho a la doble instancia en el proceso penal español. Nos estamos refiriendo, concretamente, a aquellos supuestos en los que concurre un individuo que ostenta –por mandato legal o constitucional– la condición de aforado. La complejidad de la relación existente entre la figura del aforamiento y este derecho ha aconsejado dejar a un lado otras cuestiones de igual trascendencia para esta materia –como pueden ser las condenas dictadas en apelación como consecuencia de la interposición de un recurso frente a una sentencia absolutoria, o el respeto de las garantías constitucionales en los recursos de apelación y casación–.

Para abordar el tema elegido “*de los pactos internacionales de Derechos Humanos a la interpretación de nuestros Tribunales*”, ha resultado esencial focalizar la atención en la exigencia, establecida por la normativa de origen supranacional, de establecer una segunda instancia en el orden jurisdiccional penal, haciendo referencia al alcance de esta obligación y a cuál ha sido la interpretación que de la misma han efectuado nuestros Tribunales. Esto ha permitido proporcionar un marco normativo de referencia para aproximarnos a las principales cuestiones de relevancia para la materia.

Para que la exposición resulte clara, se ha considerado, por tanto, conveniente desarrollar el siguiente esquema: en primer lugar, analizaremos la normativa internacional de aplicación al caso –*el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Defensa de las Libertades Fundamentales*– y el tratamiento que efectúa nuestro ordenamiento de las exigencias recogidas en estos instrumentos. A continuación introduciremos el problema central de este estudio, los aforamientos –sin olvidar la mención obligada a la conexidad–, abordando sus implicaciones en materia procesal y ofreciendo unas primeras conclusiones orientadas a determinar si existe, efectivamente, vulneración de la normativa internacional.

A continuación estudiaremos diversos Dictámenes de la ONU –*Caso Terrón c. España*, entre otros– en los que el Comité de Derechos Humanos concluye que España

vulnera el derecho a la doble instancia penal en ciertos casos de aforamiento, centrándonos de forma específica en las consecuencias jurídicas que tienen este tipo de resoluciones. El examen teórico de este problema concluirá con el estudio del tratamiento jurisprudencial que nuestros Tribunales efectúan de las declaraciones del Comité de Derechos Humanos sobre tales vulneraciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A la luz de las conclusiones alcanzadas, se efectuará una breve mención acerca de las reformas normativas que está ultimando el Legislador con el ánimo de determinar la incidencia que pudiesen tener en esta materia –para lo cual tomaremos como referencia la Propuesta de Texto Articulado de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial– exponiendo las conclusiones extraídas de este análisis y ofreciendo, finalmente, algunas propuestas de reforma y opciones ejercitables por los individuos ante una eventual restricción de su derecho al doble grado jurisdiccional.

Nuestro trabajo pretende, en definitiva, dar respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿qué efectos jurídicos tienen en nuestro ordenamiento las resoluciones dictadas en esta materia por un organismo internacional?, y ii) ¿qué opciones puede ejercitar un individuo para combatir una posible vulneración de un derecho reconocido por un instrumento internacional ratificado por España?.

CAPITULO I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL

Los recursos han sido definidos como el «conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el objeto de evitar los errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del Derecho¹». Esta definición es matizada por algunos autores que restringen el uso del término ‘recurso’ para referirse al «control de las resoluciones judiciales por un órgano jurisdiccional distinto y superior al que dictó la decisión que se impugna²», y reservan el vocablo ‘remedio’ para las impugnaciones que carecen de efecto devolutivo y, por tanto, son conocidas por el órgano *a quo*.

La existencia de un sistema de recursos tiene su fundamento en la idea de fiabilidad³ del órgano judicial y en la necesidad de que las resoluciones puedan ser objeto de ulterior revisión para salvaguardar la legalidad. Esta idea es ampliamente aceptada por quienes consideran que la existencia de un recurso facilita la corrección de los errores cometido por los miembros de nuestros Tribunales, ya sea como consecuencia de una errónea valoración de las pruebas y fijación de los hechos enjuiciados, como durante el proceso de subsunción de hechos en las normas jurídicas.

Dejando a un lado cuestiones terminológicas acerca del concepto de doble instancia nos vamos a limitar a señalar, en este momento, que se trata de la posibilidad de que una sentencia condenatoria, dictada en el seno de un proceso penal, sea objeto de

¹GIMENO SENDRA, V., «Derecho Procesal Penal». Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Pág. 795.

² VV.AA. «Derecho Procesal Penal». Ed. Thomson Reuters. Segunda edición. Ed. Civitas. 2010, pág. 919

³ «Siendo humanos no somos infalibles, y en la perspectiva judicial la posibilidad de equívoco incide, negativamente, en las debidas garantías de las partes intervinientes», por lo que se intenta restringir al máximo la posibilidad de error «en toda la variedad posible de actos que el juez realiza o debe controlar: el procedimiento, la interpretación de normas jurídicas aplicables al caso concreto, la apreciación de los hechos afectando al fondo del asunto o a sus contenidos secundarios, la valoración jurídica sobre la afirmación de los hechos, las simples cuestiones de estilo...», YÁÑEZ VELASCO, R., «Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. Págs. 85-86.

reexamen por un Tribunal superior, tanto respecto de la declaración de culpabilidad como de la pena, y que, en nuestro concreto sistema jurídico procesal, se configura como *«un verdadero segundo grado jurisdiccional, donde el tribunal ad quem tiene plenas facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, efectuando una nueva valoración de las pruebas de primera instancia sin condicionamiento alguno⁴»*.

1.1. La Segunda Instancia Penal en nuestro ordenamiento

Es necesario precisar que nuestro texto constitucional no consagra, explícitamente, el derecho a los recursos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que *«el derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva»*, recogido en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna⁵, y que se configura como un derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio, pero cuya naturaleza es la de un derecho de prestación que sólo es susceptible de ser ejercitado por los cauces que el Legislador establece⁶. Su carácter de derecho “de configuración legal” supone, en definitiva, que su existencia como tal no depende de la decisión legislativa de desarrollarlo, pero cuyo contenido, objeto y límites deben ser fijados –a salvo de las previsiones mínimas del propio precepto constitucional– por el Legislador.

No obstante, si bien ésta es la regla general que opera en nuestro ordenamiento, nos encontramos con la particularidad de que en el orden jurisdiccional penal la ‘configuración legal’ de este derecho se sustrae de la voluntad del Legislador –transformando en obligatoria la existencia de una doble instancia que permita la revisión de las sentencias–, para hacer efectivo el mandato establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española, que recoge la necesidad de que las normas relativas a derechos fundamentales que el texto constitucional reconoce sean interpretadas

⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, I., *«La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro»*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2011. Pág. 27. Matiza la autora que *«en este segundo grado no se permite la aportación indiscriminada de materiales nuevos o pruebas, sino que el tribunal de apelación realiza una revisio prioris instantiae»*, perfilando nuestra apelación como *limitada*, esto es, como una revisión de lo efectuado en la primera instancia.

⁵ Entre otras: SSTC 64/2001, 91/1994, 19/1983, 61/1983, 57/1984.

⁶ Véase la STC 99/1985.

conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y aquellos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en la materia.

Esto nos permite anticipar que el segundo grado de jurisdicción, en nuestro caso particular, se configura como una exigencia de origen supranacional en virtud de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España que serán objeto de estudio a continuación, a saber, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁷ (en adelante, el Pacto) y el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*⁸.

1.2. Referencia a los instrumentos internacionales de aplicación en la materia.

1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5).

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional comenzó a tomar conciencia de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos y de la pertinencia de coordinar medidas para su protección. En este contexto surgieron los tres Pactos que integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos –El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰–.

El primero de estos textos enumeró las garantías que deben presidir el trato a cualquier persona en un proceso judicial, plasmando expresamente en sus artículos 14 a 16, la necesidad de un juicio justo, el derecho a una justa resolución ante las cortes de justicia, el derecho de igualdad ante los tribunales, la prohibición de imponer sanciones

⁷ El Pacto fue aprobado en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de Naciones Unidas, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, y siendo ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE 30/4/1977).

⁸ Aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE número 243, de 10 de octubre de 1979).

⁹ Aprobado igualmente en la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de Naciones Unidas, entrando en vigor el 3 de enero de 1976, y siendo ratificado por España el 27 de abril de 1977.

¹⁰ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

con efecto retroactivo, así como una serie de protecciones adicionales –entre las que destacan la que centra nuestro estudio: el derecho a un recurso efectivo–.

Concretamente, según la redacción dada por el artículo 14 párrafo 5 «*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*». Se emplea, así, una fórmula que, lejos de imponer un determinado modelo, se limita a señalar tres aspectos: i) Que deben ser susceptible de recurso tanto la declaración de culpabilidad como la pena; ii) Que este derecho se reconoce a la persona declarada culpable, no a las demás partes intervinientes en el proceso; y iii) Que la revisión debe ser efectuada por un tribunal superior al que dictó la sentencia condenatoria.

Resulta necesario apuntar en este momento¹¹ que el Estado español no formuló reserva alguna respecto del contenido de este precepto –como sí fueron planteadas por algunos países de nuestro entorno¹²–.

1.2.2. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: el Protocolo Número 7¹³.

En similares términos, el artículo 2 del Protocolo n° 7 al CEDH¹⁴, señala que:

« 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

¹¹ Véase el epígrafe 1.5 del Capítulo V: Reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹² Las reservas efectuadas al precepto en cuestión por diversos países pueden encontrarse en la base de datos “United Nations Treaty Collections”: <http://treaties.un.org>

¹³ Protocolo firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988, ratificado por España mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

¹⁴ Que por virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del citado Protocolo, debe considerarse precepto adicional al Convenio, resultando de aplicación todas las restantes disposiciones de éste último.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución».

Al objeto del presente trabajo resulta de especial relevancia resaltar aquellos aspectos que difieren de la regulación de este derecho efectuada por el CEDH respecto de la efectuada por el Pacto. Así, si bien ambos instrumentos recogen la necesidad de que tanto la declaración de culpabilidad como la condena sean susceptibles de revisión, y que lo deban ser por un tribunal superior, el Convenio Europeo establece varias excepciones a este derecho. Concretamente, la que nos interesa es la que excluye de la posibilidad de disponer de un recurso efectivo a quien es juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal. A continuación se abordará esta cuestión con mayor detenimiento.

1.3. LO 19/2003: hacia la generalización del doble grado de jurisdicción penal

Es conocida por todos la voluntad del Legislador tendente a generalizar la segunda instancia en materia penal. Muestra de la misma fue la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyas principales modificaciones se orientaron hacia la introducción del recurso de apelación frente a sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia –que se sustanciaría ante la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ correspondiente (73.3c LOPJ)– e introduciendo el recurso de apelación frente a las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –que sería conocido por la Sala de Apelación de la misma–.¹⁵

¹⁵ ASENCIO MELLADO, J.M., «Introducción al Derecho Procesal». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008. Pág. 166–167.

Esta voluntad de generalizar la segunda instancia en el ámbito penal fue plasmada por el Legislador en la Exposición de Motivos de la mencionada ley en los términos que se muestran a continuación:

«Destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

Debe valorarse positivamente el hecho de que las medidas de reforma adoptadas al cobijo de esta Ley Orgánica permitiesen solucionar, en parte, los problemas planteados por los Dictámenes de las Naciones Unidas¹⁶ respecto a la vulneración del derecho al recurso establecido en el artículo 14.5 PIDCP. Sin embargo, podemos adelantar que se trató de una reforma parcial –y que, por tanto, fueron parciales sus efectos–, razón que justifica que diez años después de operada dicha reforma podamos afirmar que todavía no ha concluido satisfactoriamente el proceso de adaptación de nuestra normativa procesal interna a las exigencias derivadas del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶ El Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *Gómez Vázquez c. España*, el 11 de agosto de 2000 (Comunicación N° 701/1996) fue la primera de una serie de resoluciones que declararían la violación por parte del Reino de España del párrafo 5, del artículo 14 PIDCP, en ese concreto asunto por considerar que la imposibilidad de que el fallo condenatorio y la pena de la víctima de la violación fuesen objeto de una revisión íntegra (no limitada a meros aspectos formales o legales de la sentencia), no satisfacía las garantías del artículo 14.5 del Pacto.

El texto completo de este Dictamen puede ser consultado en la base de datos de *United Nations High Commissioner for Human Rights* (“Treaty Body Database”), en el apartado CCPR-Human Rights Committee/Jurisprudence: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (Referencia CCPR/C/69/D/701/1996)

CAPITULO II. EL PROBLEMA CENTRAL: LOS AFORAMIENTOS

Tras haber perfilado el marco normativo de referencia para nuestro estudio, vamos a poner nuestra atención en el supuesto que consideramos –tras haber analizado profundamente la cuestión– que quedó olvidado en el tintero del Legislador de 2003 y que plantea mayores dificultades en relación a la exigencia internacional de una doble instancia en el orden jurisdiccional penal. Nos estamos refiriendo al caso de los aforamientos.

El interrogante se va a centrar, pues, en determinar si el específico caso de los aforados cuyas causas son conocidas en primera instancia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo podría constituir una vulneración del derecho en cuestión –partiendo de la configuración que nuestro código procesal efectúa del sistema de recursos y dejando a un lado aquellas causas contra aforados que son conocidas en primera instancia por órganos jurisdiccionales inferiores–.

Para ello, resulta necesario dar ciertas pinceladas previas, introduciendo la figura del aforamiento, y sus implicaciones en materia procesal.

2.1. – La competencia objetiva. Los aforamientos.

La competencia objetiva se define como el conjunto de normas –de naturaleza improrrogable según proclama el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, que establecen el órgano competente para conocer de un específico asunto en primera o única instancia.

Los criterios que permiten determinar esta competencia pueden reconducirse a i) la naturaleza de la infracción, –bien se trate de un delito o una falta, y dentro de ésta la mayor o menor gravedad de la pena a imponer–, ii), la clase de delito cometido o la materia atribuida legalmente a órganos concretos y iii) la cualidad de la persona imputada¹⁷. De estos criterios, el primero de ellos se configura como la regla general de

¹⁷ GIMENO SENDRA, V., «*Derecho Procesal Penal*». Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Pág. 167–168.

atribución de la competencia objetiva, convirtiéndose los dos restantes –*ratione materiae* y *ratione personae*– en excepciones de aplicación preferente. No vamos a entrar en el vasto campo de la prerrogativas *ratione personae*, bastando para nuestro propósito centrarnos en aquellos concretos aspectos que pueden tener trascendencia en relación con el derecho de impugnación.

2.2. – *Concepto y naturaleza del fuero especial*

Dicho esto, vamos a centrar nuestro análisis en la última de esas opciones, es decir, en aquellos supuestos en los que por mandato legal –bien se trate de una previsión establecida en Leyes Orgánicas (incluidos los Estatutos de Autonomía y la LOPJ) o en la propia Constitución–, se produce la derogación singular de las normas de la competencia objetiva, de forma que las causas contra ciertas personas –por razón del cargo o función pública que desempeñan–, pasan a ser conocidas por Tribunales distintos de los que serían competentes por aplicación de la regla general de atribución de competencia.

Esta situación particular nos sitúa en presencia de un aforamiento que, en palabras de GIMENO SENDRA, constituye «*una derogación de las normas comunes de la competencia objetiva en cuya virtud determinadas Autoridades quedan sometidas, de conformidad con su jerarquía, a órganos superiores del Juez de Instrucción territorialmente competente en todo lo relativo a su procesamiento, instrucción y enjuiciamiento*¹⁸», cuyo fundamento radica en la existencia de ciertas causas objetivas y razonables que justifican y legitiman su instauración como mecanismo para dar respuesta a la necesidad de proteger de la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales y de garantizar la separación entre los diferentes poderes del Estado. Y lo hace no en atención a un interés privado de los titulares de la misma, sino con ánimo de proteger el interés general que supone asegurar la libertad e independencia del órgano constitucional al que pertenecen los sujetos en los que

¹⁸ GIMENO SENDRA, V. «*Derecho Procesal Penal*». Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Pág. 176.

concorre lo condición de aforado¹⁹. En definitiva, se trata de un mecanismo de garantía institucional frente a injerencias externas²⁰ (que incide, debemos añadir, en ciertos derechos fundamentales).

2.3. – El tratamiento de los aforamientos en nuestro ordenamiento Jurídico

La prerrogativa de fuero especial viene establecida de manera expresa en la Constitución Española –artículos 71.3 y 102.1– respecto de determinados sujetos. Así, concretamente, estos preceptos señalan que las causas contra Diputados y Senadores, así como contra el Presidente y los demás miembros del Gobierno, se sustanciarán ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Asimismo, existen varios supuestos distintos del anterior en los que, *ratione personae*, se produce igualmente esta derogación de las reglas de competencia²¹. Esto sucede, sin ánimo de efectuar una enumeración acotada, con los aforamientos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 de la LO 2/1986, de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, son conocidos por los Juzgados de instrucción – respecto del enjuiciamiento de faltas–, y por las Audiencias Provinciales, para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el desarrollo de sus funciones por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De similar forma, resultan competentes las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para

¹⁹ La Sentencia 22/1997, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 6, recoge esta postura al señalar que «*la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores [es] proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado*».

²⁰ YÁÑEZ VELASCO, R., «*Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. Pág. 357.

²¹ Véanse, entre otros, los artículos.: 26 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; 6.3 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, de Defensor del Pueblo; 35.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; 57.1 y 3 y 119.1 de la Ley 6/1985, del Poder Judicial.

conocer de *«las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los TSJ, así como de la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo»*, según reza el artículo 73.3 LOPJ.

Sin embargo, por su incidencia práctica para el propósito de nuestro análisis, vamos a dirigir nuestra atención a los supuestos introducidos por el artículo 57.1 LOPJ, al tratarse del precepto que referencia los casos de aforamiento de las principales Autoridades del Estado, cuyas causas son trasladadas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para su conocimiento. Concretamente nos habla de:

«El Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía. Así como la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia» (artículo 57.1 LOPJ)²².

Y señalamos que es éste el supuesto que nos resulta de interés dado que supone que el más Alto Tribunal se configura como el órgano competente para conocer en primera instancia del procesamiento, instrucción y enjuiciamiento de las causas penales dirigidas contra los sujetos referidos, lo cual, partiendo de que nuestra legislación procesal no prevé la existencia de recurso alguno frente a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, supone también que la causa sea conocida en única instancia por este órgano, siendo aquí donde entra en juego el problema central de

²² Esta competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se extiende, igualmente, a los jueces del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea en el supuesto previsto en el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de abril de 1957, así como a los miembros del Parlamento Europeo a los que se reconocen las mismas prerrogativas que a los miembros de sus respectivos Parlamentos nacionales.

nuestro análisis: la inexistencia de segunda instancia y, por tanto, de revisión de la pena y de la declaración de culpabilidad por un tribunal superior.

A este respecto resulta conveniente señalar que, según la jurisprudencia, la existencia de una primera y única instancia en estos supuestos de aforamientos ante el Tribunal Supremo se considera como una medida legítima y proporcionada para la consecución de la finalidad de esta institución, al apreciar que la independencia de los miembros de los órganos constitucionales queda protegida cuando es el más alto Tribunal el que desempeña la función de Juez natural predeterminado por la Ley²³. En similares términos, el propio Tribunal Constitucional considera que la condición de aforado y la consecuente inexistencia de doble instancia no supone vulneración del derecho a la igualdad –establecido en el artículo 14 de nuestro texto constitucional– al no suponer un trato desigual susceptible de ser considerado irrazonable por cuanto responde «*no a motivos personales concurrentes en los querellados, sino a la valoración y a la consideración de especificidad de la función que ejercen, que concierne, de modo relevante, al interés público, justificativo de normas singulares determinativas de la competencia para el conocimiento de las causas que a ellos afectan*»²⁴.

Este planteamiento es reproducido por algunos autores al considerar, a través de un razonamiento análogo, que el hecho de que «*algunas personas por razón de su cargo gocen de una especial protección [,] contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior*»²⁵, de forma que las garantías particulares (que acompañan, en el concreto supuesto, a los parlamentarios) compensa la ausencia de un segundo grado de jurisdicción, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas es el superior en la vía judicial ordinaria (STC 51/1985).

²³ DE URBANO CASTRILLO, E. «El recurso de casación penal en la actualidad». En *Los Recursos de casación y apelación en el orden penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007. Págs. 194–200.

²⁴ Ver el Auto 353/1988, de 16 de marzo de 1988, dictado en un caso de aforamiento de Magistrados del Tribunal Constitucional.

²⁵ GARRIDO LORENZO, M.A., «Hacia la reforma de la segunda instancia penal. Los recursos de apelación y casación a examen». En *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y de revisión*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009. Págs. 441–491.

2.4. – *La conexidad. Sus implicaciones ante el aforamiento*

No puede eludir este estudio la mención obligada a la cuestión de la conexidad por las importantes consecuencias que plantea cuando se aprecia en el seno de una causa en la que interviene un sujeto en quien concurre la condición de aforado. Con este propósito debemos recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone, con carácter general, que para cada delito atribuido a una persona se debe abrir un proceso, añadiendo a continuación, como excepción a lo anterior, que los delitos conexos (art. 17 LECrim) –por razones de diversa índole concernientes a la finalidad de esta figura– deben comprenderse en un mismo proceso²⁶.

Reproduciendo las palabras de GIMENO SENDRA podemos considerar que la conexidad presupone *«la existencia de dos o más delitos y se resuelve, desde el punto de vista procesal, en el enjuiciamiento conjunto de todas las conductas punibles en un solo proceso, como consecuencia de la existencia de ciertos nexos o elementos comunes referidos, ya sea a los inculcados, ya sea a los hechos delictivos»*²⁷.

La finalidad de esta figura viene perfectamente resumida en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 2012, que reproduce lo dispuesto en un Auto anterior de la misma Sala de 29 de Junio de 2006, al considerar que es el criterio de continencia de la causa (art. 300 LECrim) el que aconseja *«la unidad en la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento porque permite asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y facilita la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se imputa una participación en la realización del hecho delictivo»*, siendo aconsejable en estos supuestos *«una instrucción y, en su caso, enjuiciamiento, conjunto para alcanzar la verdadera entidad fáctica que se investiga o enjuicia»*. En definitiva, estamos ante un mecanismo tendente a evitar sentencias contradictorias, favorecer el cumplimiento del principio de economía procesal, así como sortear la indefensión derivada de posibles vulneraciones posteriores de la cosa juzgada.

²⁶ Artículo 300 LECrim: *«Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso»*.

²⁷ GIMENO SENDRA, V., *«Derecho Procesal Penal»*. Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Pág. 198.

Introducidas algunas notas generales sobre esta figura debemos, ahora, señalar en lo que nos afecta, que la apreciación de conexidad en una causa en la que concurre un individuo aforado supone que, en virtud de lo previsto por el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se otorgue carácter preferente al Tribunal que conozca de la causa contra el sujeto aforado frente al órgano que debiera conocer de aquellas contra los restantes sujetos. En otras palabras, viene a decir que en aquellos casos de conexión en los que alguno de los querellados estuviese sometido, excepcionalmente, a un Tribunal distinto del que debiera conocer la causa según la regla general de atribución de competencia objetiva, la conexidad gozará de preferencia e impedirá el enjuiciamiento separado de las conductas o sujetos en cuestión, determinando la competencia a favor del Tribunal al que corresponda por razón del aforamiento²⁸.

Este planteamiento es recogido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Auto de fecha 6 de octubre de 1994 y, por remisión íntegra al mismo, el Auto de fecha 22 de diciembre de 1994, al apreciar que *«cuando, de acuerdo con las reglas que respecto de la conexión establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 17 y concordantes, sea absolutamente inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado, es obvio que esta exigencia de inescindibilidad del enjuiciamiento habrá de primar sobre cualquier otra consideración, y éste deberá realizarse conjuntamente por el Tribunal que haya de conocer del comportamiento indiciariamente delictivo del aforado»*.

En la práctica –y en especial para el supuesto de hecho que constituye el eje de nuestro análisis–, la existencia de conexidad cuando uno de los enjuiciados tiene la condición de aforado supone que cualquier otro procesado, aún no ostentando tal condición, sea vea “arrastrado” ante el mismo Tribunal que deba conocer de la causa contra la persona aforada, lo cual –dejando a un lado los restantes supuestos de aforamiento excluidos anteriormente–, supone trasladar su enjuiciamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con las consecuencias respecto al derecho de acceso a los recursos que se señalarán en un estadio más avanzado de este escrito y que, ahora

²⁸Artículo 272 LECrim: *«La querrela se interpondrá ante el Juez de instrucción competente. Si el querrellado estuviese sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querrela. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querrellados por un mismo delito o por dos o más conexos, y alguno de aquellos estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito»*.

podemos avanzar, vienen referidas, específicamente, a la imposibilidad de recurrir el fallo condenatorio por quienes no siendo aforados, se ven privados del derecho al recurso como consecuencia de haber sido su causa conocida por el más alto tribunal de nuestra organización judicial.

Se nos plantea, entonces, el interrogante de si la conexidad en este supuesto vulnera el derecho al juez predeterminado por la ley. En este sentido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Auto de 21 de mayo de 2012 que reproduce lo dispuesto en un Auto anterior de la misma Sala de 29 de junio de 2006, introduce esta cuestión al mencionar que la extensión del conocimiento de la instrucción de causas penales contra aforados respecto de los no aforados plantea el problema de si esa investigación se acomoda al derecho al juez predeterminado por la ley debido a que, si bien el Tribunal Supremo es el órgano *predeterminado por ley* para conocer de las causas contra aforados, no lo es respecto de aquellos en quien no concurre esta condición.

Para resolver esta cuestión, el mencionado Auto trae a colación la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de marzo de 2001, en la cual se refieren los requisitos del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley²⁹ para afirmar, a continuación, que el juez ordinario predeterminado legalmente en el caso de acciones contra Diputados y Senadores es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no siéndolo en las causas contra los no aforados, en las cuales es la norma de conexión³⁰ la que permite la investigación, y en su caso, enjuiciamiento de los no aforados. En definitiva, esta Sentencia señala que *«la admisión a trámite de una querrela cuando se dirija contra aforados y no aforados, será acordada por el Tribunal a quien corresponde la competencia para el aforado, dada la importancia de esa resolución procesal que determina la apertura de un procedimiento penal de investigación, momento procesal en el que deben actuar las garantías que fundamentan la institución del aforamiento»*. De este modo, la resolución en cuestión determina la exigencia de que en las incoaciones se determine con precisión el ámbito

²⁹ Los requisitos relativos al derecho al juez predeterminado por la ley a que se refiere esta resolución se concretan en: *la creación del órgano judicial por norma jurídica, que haya sido investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional.*

³⁰ Ver artículo 272 LECrim.

de competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la instrucción de las causas valorando el contenido esencial del derecho al juez predeterminado por la ley y el principio de seguridad jurídica que puedan concurrir en el caso concreto.

Y es precisamente en estos términos en los que se pronuncia la interesante Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1995, al recordar que el principio de igualdad supone la prohibición de proferir una diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable, de forma que *«el que determinadas personas estén sometidas a un "status" especial por el cargo que desempeña, desde el punto de vista de su enjuiciamiento, no debe, en principio, arrastrar una desviación de la competencia ordinaria de los que no tienen tal "status", salvo cuando ello sea indispensable»* –ya que esto puede constituir un agravio–, por lo que únicamente cuando sea inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado será procedente aplicar la regla de conexión establecida en el artículo 17 LECrim, no procediendo tal aplicación cuando no concurra esta inseparabilidad. Lo que viene, en definitiva, a concluir esta resolución es la necesidad de que las competencias especiales por razón de la persona sean interpretadas restrictivamente.

2.5. –Primeras conclusiones

A la luz de lo que se ha explicado, es momento de extraer unas primeras conclusiones para responder al interrogante de si existe el derecho a la doble instancia penal en el caso de los aforamientos ante el Tribunal Supremo, y si de apreciarse su inexistencia, ésta constituye una vulneración de la normativa internacional.

2.5.1. Respecto de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del tenor literal del artículo 14.5 PIDCP se desprende –como se ha mencionado inicialmente– que todo sujeto tiene derecho a la revisión tanto de la declaración de culpabilidad como de la pena por una instancia superior.

Hemos podido comprobar –tras el análisis de las implicaciones que plantean los aforamientos ante el Tribunal Supremo en materia procesal– que esto resulta de imposible cumplimiento debido a que frente a las resoluciones de este órgano no está

prevista la existencia de ningún recurso en nuestro ordenamiento por tratarse del más alto órgano jurisdiccional. Siendo así, esta imposibilidad orgánica –que impide que haya podido preverse algún mecanismo de revisión frente a estas sentencias– nos lleva a concluir, necesariamente, que existe vulneración del derecho a la doble instancia en el ámbito penal en los términos del Pacto. Y consideramos, además, que la fórmula (“*conforme a lo prescrito por la ley*”) que cierra el artículo 14.5 PIDCP en nada obsta a la apreciación de esta vulneración por cuanto sólo puede hacer referencia, en nuestra opinión, a la facultad de los Estados Parte de regular la modalidad de acceso o ejercicio de este derecho, pero en ningún caso se puede admitir que esta referencia a la legislación interna deje en manos del Estado la posibilidad de excluir por esta vía el mencionado derecho³¹.

2.5.2. Respetto del contenido del artículo 2 del Protocolo número 7 al CEDH. A diferente conclusión nos lleva, sin embargo, la lectura de la disposición ubicada en el instrumento europeo ya que, pese a establecer como regla general la doble instancia penal, explícitamente prevé dos supuestos que exceptuarían la misma, a saber, que la condena se produzca al resolver un recurso interpuesto contra la absolución del sujeto, o –en lo que nos concierne– cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal.

Por tanto, dado que –en el supuesto de nuestro análisis– la competencia objetiva se ve trasladada al Tribunal Supremo respecto de las causas penales contra los sujetos en los que concurre tal prerrogativa –y respecto de aquellos no aforados que, por razón de conexidad se vean arrastrados a este Tribunal–, y que éste es el más alto órgano jurisdiccional, debemos concluir que estamos ante la excepción prevista en el artículo 2, y por tanto, que no existe vulneración del derecho a la doble instancia en los términos fijados por el instrumento europeo.

2.5.3. Perspectiva conjunta. En este punto hemos alcanzado dos respuestas contrapuestas al considerar que se está produciendo la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en los términos del Pacto Internacional, pero no así del establecido en el Convenio Europeo. Surge entonces el interrogante de qué interpretación debe

³¹ Nótese que la Jurisprudencia utiliza el razonamiento inverso al señalar que lo dispuesto en el Pacto *no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes* (STC 42/1982).

prevalecer en las resoluciones adoptadas por nuestros Tribunales. Para responder a esta cuestión traemos a colación la Sentencia 116/2006, de 24 de abril, del Tribunal Constitucional que, si bien no hace referencia a un supuesto de aforamiento, sí que recoge una postura doctrinal favorable a considerar que se vulnera el derecho a la segunda instancia al señalar que:

«Por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 14.5 del Pacto este Tribunal desde la STC 42/1982, de 5 de julio, ha venido afirmando que el mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, “obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento”».

Este planteamiento contribuye a que consideremos que debe adoptarse la conclusión más propicia a la existencia de un derecho fundamental, y dado que el Pacto establece una disposición que se ve limitada en cuanto a su contenido por lo dispuesto en el Convenio Europeo, no puede sino primar lo dispuesto en el Pacto por ser más favorable al reconocimiento de un derecho de tal relevancia como lo es el de acceder a un recurso efectivo. Por tanto, debe articularse la posibilidad de reexamen de la sentencia condenatoria, tanto respecto de las bases que justifican la declaración de culpabilidad, como de la condena impuesta. De lo contrario, estaríamos incumpliendo la normativa internacional, puesto que, como ha indicado acertadamente algún autor, en materia de *«derecho a los recursos están vedadas las interpretaciones restrictivas que colisionen con el principio favor actionis³²»*.

La conclusión que estamos apuntando no puede más que considerarse acertada si atendemos a lo dispuesto en el artículo 53 del Convenio Europeo al afirmar – reforzando nuestro razonamiento– que *«ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea*

³² DE URBANO CASTRILLO, E. *«El recurso de casación penal en la actualidad»*. En *Los Recursos de casación y apelación en el orden penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007. Págs. 194–200.

*parte», y que resulta aplicable si tomamos como referencia el artículo 7 del Protocolo Número 7 al Convenio (que recogía el derecho a la segunda instancia en su artículo 2), que consagra que los preceptos 1 a 6 integran el Convenio Europeo como preceptos adicionales, siendo de aplicación todas las disposiciones del mismo. Esto debe completarse con el contenido del artículo 18 CEDH que considera que las *restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.**

En definitiva, este precepto reafirma nuestra postura de considerar que predomina lo dispuesto en el Pacto Internacional de Nueva York, frente a las limitaciones incluidas por el Convenio Europeo por cuanto, desde nuestro punto de vista, pretende reflejar el espíritu del propio Convenio como herramienta orientada a la protección de los Derechos Humanos y, por tanto, proclive a otorgar cierta prevalencia a aquellas protecciones reforzadas de un determinado derecho que pudiesen efectuar otros pactos internacionales, mediante el veto a aquellas interpretaciones del propio texto europeo que pudiesen suponer un perjuicio o restricción de estos derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales.

Por tanto, poniendo en práctica lo expuesto, deberíamos entender que cuando cualquier Estado Parte del Convenio Europeo haya ratificado otro convenio o pacto internacional que efectúe una regulación de un derecho más propicia a apreciar la existencia de tal derecho, debe prevalecer la regulación más favorable contenida en ese otro instrumento, adoptando el texto europeo el carácter de “contenido mínimo” del mismo.

CAPITULO III. LAS CONDENAS DE LA ONU: ALCANCE.

3.1. – Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU en materia de aforamiento:

- CASO TERRON c. ESPAÑA³³

Si bien han sido múltiples los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los que se concluye la violación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vamos a acotar nuestra aportación al análisis de varios asuntos. El primero de ellos será el caso Terrón c. España.

El dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su comunicación número 1073/2002 expone el caso de un ciudadano español –Jesús Terrón–, miembro de las Cortes de Castilla La Mancha, condenado por el Tribunal Supremo por un delito de falsedad en documento privado a dos años de prisión, por resolución que no fue recurrida en amparo ante el Tribunal constitucional.

En su comunicación inicial el individuo en cuestión reivindicó la vulneración del artículo 14.5 del Pacto al apreciar la violación de su derecho a que la sentencia y la pena fuesen revisadas por un tribunal superior, dado que su enjuiciamiento por el Tribunal Supremo había supuesto que la sentencia no fuese susceptible de revisión judicial posterior. También declaró la vulneración del art. 26 del Convenio al considerar discriminatoria la diferencia de trato entre los miembros de las cortes regionales cuando cometen un delito y tiene derecho a ser juzgados ante el TSJ de la jurisdicción en cuestión, lo cual no se cumple en el presente caso al haber cometido el delito en Madrid un miembro de un Parlamento regional.

Por su parte, el Estado español en sus observaciones alegó la inadmisibilidad de la comunicación al considerar que no se habían agotado todas las instancias internas (requisito para la admisibilidad de las comunicaciones remitidas por individuos al Comité) al haber prescindido del recurso de amparo. En lo que nos resulta relevante el Estado español concluyó que no se había violado el art. 14.5 al ser la condición de

³³ Puede consultarse el texto completo del Dictamen en la Base de Datos mencionada (UNHCHR - Referencia CCPR/C/82/D/1073/2002).

aforado la que justificó que el tribunal competente hubiese sido el Tribunal Supremo –y, por tanto, recibiese un trato diferente al del resto de ciudadanos que no ostentan tal condición–, y por no haber mostrado Terrón objeciones a ser enjuiciado en única instancia por el Tribunal Supremo hasta que no hubo sentencia condenatoria.

Finalmente, el Comité de Derechos humanos resolvió en el sentido de considerar irrelevante la falta de objeción a ser juzgado por el Alto Tribunal –al tratarse de una norma impuesta por nuestro procedimiento penal– y considerar que la garantía establecida en el artículo 14.5 del Pacto no se ve satisfecha cuando concurre la circunstancia –bastante frecuente en algunos Estados Partes en el mismo–, de que un individuo sea juzgado por la más alta autoridad jurisdiccional de un Estado. La causa radica, según señala, en que el precepto en cuestión estipula que cualquier sujeto condenado por un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un tribunal superior, sin que la referencia “de acuerdo con la ley” suponga que este derecho de revisión quede bajo el ámbito de discrecionalidad del Estado en cuestión³⁴.

Tras concluir la existencia de violación del art. 14.5 el Comité instó al Estado español a adoptar las medidas necesarias para solucionar la cuestión y proporcionar al condenado la compensación adecuada.

- **CASO CAPELLADES c. ESPAÑA**

Nos interesa especialmente este Dictamen³⁵ dictado en el caso Capellades c. España al circunscribirse al concreto ámbito de persona no aforada que ve su causa

³⁴ Communication No 1073/2002, 15 November 2004 (English version): «*If an individual is tied by the highest ordinary criminal court, the guarantee set out in article 14.5, of the Covenant does not apply; the absence of a right to review by a higher tribunal is offset by the fact of being tried by the highest court, and this situation is common in many States parties to the Covenant. Article 14.5 of the Covenant stipulates that everyone convicted of a crime shall have the right to this conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law. The Committee points out that “according to law” is not intended to mean that the very existence of a right to review is left to the discretion of the States parties. Although the State party’s legislation provides in certain circumstances for the trial of an individual, because of his position, by a higher court than would normally be the case, this circumstance alone cannot impair the defendant’s right to review of his conviction and sentence by a court. The Committee accordingly concludes that there has been a violation of article 14.5 of the Covenant with regard to the facts submitted in the communication*».

³⁵ Caso Capellades c. España: Comunicación N° 1211/2003, de 8 de agosto de 2006, (referencia CCPR/C/87/D/1211/2003).

enjuiciada por el Tribunal Supremo en primera instancia como consecuencia de apreciarse conexidad en un caso de financiamiento irregular de un partido político. El Comité concluye su informe apreciando la violación del artículo 14.5 del Pacto al entender que la expresión “conforme a lo prescrito por la ley” que incluye tal precepto *«no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes»*, y que si bien es práctica común de muchos Estados Partes el otorgar el conocimiento de ciertas causas a un tribunal de mayor jerarquía que aquel al que le correspondería, por razón del cargo que ostenta un individuo, *«esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior»*.

- **CASO PASCUAL ESTEVILL c. ESPAÑA**

A colación interesa traer, asimismo, el Dictamen³⁶ dictado en el caso Estevill c. España, con ocasión de la comunicación enviada por Luis Pascual Estevill, vocal del Consejo General del Poder Judicial, condenado en su condición de magistrado por un delito de prevaricación en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal a la pena de seis años de suspensión del ejercicio de la magistratura. Interesante resulta este informe debido a que el Comité en este caso no aprecia vulneración de precepto en cuestión por tratarse de un ex juez que había «insistido» en ser enjuiciado ante el Tribunal Supremo. Concretamente se señala que:

«El sistema legal del Estado Parte habría proporcionado el derecho de apelación si el autor hubiera sido juzgado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sin embargo fue el propio autor quien insistió en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta que el autor es un ex juez de gran experiencia, el Comité considera que, insistiendo en ser juzgado en única instancia por el Tribunal Supremo, ha renunciado a su derecho de apelar. El Comité considera que en las circunstancias del caso, la alegación del autor constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo Facultativo».

³⁶ Caso *Pascual Estevill c. España*: Comunicación N° 1004/2001, de 25 de marzo de 2003, (referencia CCPR/C/77/D/1004/2001).

3.2. – El Comité de Derechos Humanos de la ONU. Funciones y carácter no vinculante de sus informes.

A la luz de estos dictámenes nos surge un importante interrogante, cual es el de determinar el alcance y consecuencias jurídicas que una condena de estas características, emitida por un órgano internacional, puede acarrear para el Estado español. Para ello, no podemos pasar por alto, la tarea de perfilar cuál es la naturaleza de este órgano y qué competencias tiene asignadas.

Al respecto podemos señalar que el Comité de Derechos Humanos se configura, según lo dispuesto en el artículo 28 PIDCP, como un órgano integrado por dieciocho expertos independientes, nacionales de Estados Partes en el Pacto, encargado de la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, fue el Protocolo Facultativo del Pacto el que, con el fin de asegurar los propósitos del mismo, consagró la necesidad de que los Estados Partes en este instrumento reconociesen al Comité la competencia para recibir y pronunciarse respecto de aquellas comunicaciones de individuos que se hallasen bajo la jurisdicción de un Estado y alegasen –previo agotamiento de los recursos internos disponibles– ser víctimas, por el mismo, de una violación de cualquiera de los derechos integrados en el Pacto.

Estas quejas individuales son tramitadas de acuerdo con un procedimiento reglado, escrito y contradictorio entre las partes –cuya regulación se encuentra en los artículos 1 a 5 del Protocolo Facultativo³⁷– que principia por la recepción, por el Comité, de una comunicación individual que es puesta en conocimiento del Estado en cuestión para que éste –en plazo de seis meses– presente por escrito las explicaciones pertinentes aclarando el asunto y proponiendo las medidas a adoptar. Estas comunicaciones, a continuación, son objeto de examen por el Comité, quien, si considera que el caso cumple los requisitos de admisibilidad, adopta un dictamen sobre el fondo del asunto incluyendo sus observaciones, determinando si se ha producido una

³⁷ El texto completo del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A XXI, de 16 diciembre de 1966 puede ser consultado a través del siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>.

violación o no, y dando traslado del mismo tanto al Estado Parte interesado como al individuo. En este punto, si el Comité aprecia que se ha producido la efectiva vulneración de alguno de los preceptos del Pacto, solicita al Estado Parte que ponga remedio a la violación en virtud de la obligación asumida por el mismo, a tenor del artículo 2.3 PIDCP³⁸, de ofrecer un recurso efectivo frente a vulneraciones del mismo (bien sea articulando mecanismos de indemnización, de modificación legislativa, etc.).

Para concluir las anteriores apreciaciones debemos recordar que –si bien en materia de derecho de los Tratados rige el principio *Pacta sunt Servanda*³⁹–, las decisiones del Comité carecen de fuerza vinculante para el Estado denunciado, de manera que –ante la posible declaración de vulneración de cualquiera de los derechos que integran el Pacto– queda a la voluntad del mismo la adopción de las medidas sugeridas por el Comité.

³⁸ Artículo 2.3 PIDCP: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

³⁹ Principio consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1963.

CAPITULO IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES DE VULNERACIÓN DEL PIDCP.

Avanzando un estadio más de este estudio, vamos a proporcionar ahora los razonamientos ofrecidos por la jurisprudencia respecto a las condenas del Comité de Derechos Humanos por vulneración del derecho a los recursos. Para ello vamos a ofrecer las líneas argumentativas generales, acompañadas, en algunos casos de breves fragmentos extractados (*en cursiva*) de las sentencias que nos han servido de marco, tanto de aquellas que se refieren específicamente a supuestos de vulneración del derecho al recurso en el caso de fuero especial, como aquellas que aluden en general al problema de la doble instancia en nuestro ordenamiento.

Podemos agrupar los razonamientos ofrecidos por nuestros Tribunales en torno a dos:

I) Aquellos que, aún reconociendo que existe vulneración en los términos dispuestos en el Pacto por inexistencia de recursos previstos frente a las resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en primera instancia, consideran que esta restricción se ve compensada por la protección del interés general.

II) Aquellos que consideran que el mandato contenido en el precepto que venimos analizando del Pacto (art. 14.5) no es bastante para crear recursos inexistentes en nuestro ordenamiento.

4.1. Pronunciamientos generales sobre el problema de la doble instancia

En múltiples resoluciones mantiene el Tribunal Constitucional que el mandato establecido en el artículo 14.5 PIDCP no es suficiente para crear por sí mismo recursos no previstos por un Estado, como recoge la importante **Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1982**, de 5 de julio, al indicar que el «*mandato no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior*» y que, «*en*

consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Proceso Penal de nuestro ordenamiento»⁴⁰.

Más recientemente, la **Sentencia TC 70/2002**, de 3 de abril, expuso, respecto de las competencias atribuidas al Comité (artículos 41 y 42 PIDCP), que éstas se limitaban al examen de las comunicaciones recibidas por los individuos que alegasen ser víctimas de violaciones de alguno de los derechos recogidos en el Pacto, estando facultado, respecto de estas últimas (artículo 5.4 del Protocolo), *«para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto»*. Asimismo la resolución añade que *«las observaciones que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales»*, de modo que *«no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia»*. Refuerza esta idea señalando que si realmente la intención del Comité fuese *«redefinir los contenidos del Pacto, reinterpretando el art. 14.5 [...] poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación»*, entonces no podríamos olvidar que la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, reconoció a los Estados parte la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen, facultándole para restringir su extensión.

Esta última argumentación es recogida en similares términos por la **Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2003**, de 28 de abril, al reconocer que si bien en el proceso penal el doble grado jurisdiccional se configura como una garantía del derecho a un proceso con todas las garantías, *«tal exigencia no llega a condicionar la configuración legal de ese segundo grado jurisdiccional, perteneciendo al ámbito de libertad del Legislador la configuración del sistema de recursos contra las resoluciones judiciales»*, de forma y manera que *«sólo cuando el Legislador ha establecido los concretos medios de impugnación cuanto (sic) el sistema de recursos se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva, y aun así con diferente alcance según los tipos de procesos, las clases de recursos y los órganos que están llamados a conocer de éstos»*.

⁴⁰ Argumento plasmado también en la STC 51/1985, de 10 de abril.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 19 de febrero de 2003**, en su fundamento jurídico segundo, reitera este argumento –recogido previamente por el Auto TS de 14 de diciembre de 2001– al estimar que *«el Comité no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar al dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para solicitar la revisión de la sentencia firme dictada por esta Sala»*. La razón radica en la ausencia de disposición alguna en el Protocolo Facultativo que amplíe las competencias –otorgadas al Comité por los artículos 41 y 42 del Pacto– que limitan la actuación del mismo, cuando no se haya alcanzado una solución satisfactoria en el conflicto, a la mera elaboración de un informe que enviará a los Estados Partes. Y añade que, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 42/1982, se viene reconociendo por este Tribunal que el artículo 14.5 del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación. En otro orden de cosas, encontramos en esta resolución un segundo argumento que resulta de nuestro interés, al reconocer el Tribunal, en relación con lo dispuesto por el Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo, que el artículo 2 otorga a los Estados parte en el mismo la facultad de configurar el propio recurso, y establecer posibles limitaciones al mismo, al señalar que el *«derecho a revisión de la sentencia condenatoria por un tribunal de mayor jerarquía se rige por las leyes del Estado y que caben excepciones»* [...] como cuando *«el proceso se ha desarrollado ante el tribunal de mayor jerarquía⁴¹»*.

En la misma línea, en este caso en **Auto de 16 de febrero de 2004**, la Sala Segunda del Tribunal Supremo reitera que la labor del Comité, en cuanto que permite el acceso de las personas individuales al mismo, se circunscribe a la valoración del caso concreto, lo cual *«implica que no se trata de una censura de un Estado al sistema procesal penal de un país signatario del Pacto, sino una valoración, caso a caso, de la afectación de los derechos reconocidos, a la persona implicada en un proceso concreto⁴²»*. Y consideran que la opción de la doctrina es ésta en tanto del articulado del

⁴¹ Refuerza esta idea al apuntar que otros países han declarado expresamente que su Constitución no garantiza la doble instancia (Alemania).

⁴² La misma tesis se había introducido ya en la mencionada STC 70/2002, de 3 de abril, señalando *«las observaciones del Comité se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del artículo 14.5 del Pacto»*.

Pacto y del Protocolo se desprende que *«los Dictámenes del Comité no tienen valor jurídico vinculante, salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena»*.

Por su parte, la **Sentencia 116/2006, de 24 de abril**, del Tribunal Constitucional reconoce lo acertado del razonamiento que plantea el Tribunal Supremo, negando que los Dictámenes del Comité tengan fuerza ejecutoria para poder anular los actos de los poderes públicos nacionales, al no ser existir clausula alguna en el Pacto que se pronuncie en el sentido de reconocer esta ejecutoriedad, como tampoco se ha instaurado por nuestro ordenamiento ninguna medida tendente a permitir que un Dictamen del Comité pueda abrir la vía para la revisión de las sentencias penales firmes.

Ahora bien, pese a lo anterior, y esto nos resulta útil, el Tribunal considera que los Dictámenes del Comité sí gozan de efectos internos cuando declaran que se ha vulnerado un derecho contenido en el Pacto, debido a que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, el Pacto forma parte de nuestro Derecho interno, de forma que, *«las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales»*. Además, esta resolución reconoce, y esto es muy importante, que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto forma el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en nuestro ordenamiento.

4.2. Sentencias que resuelven supuestos en los que concurre un sujeto con la condición de aforado ante el Tribunal Supremo

Comenzamos introduciendo la **Sentencia TC 51/1985, de 10 de abril**, que resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a la Sentencia dictada en 31 de octubre de 1983 por el Tribunal Supremo, por la que se condenó a un Senador (M. Castells Arteché) como autor de un delito de injurias no graves al Gobierno, previsto y penado en los artículos 161 y 162 del Código Penal de 1973, a la pena de un año de prisión menor y accesorias.

Respecto a la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española CE derivado de la privación del derecho al recurso, esta Sentencia señala –apoyándose en lo dispuesto por el propio Tribunal en la ST 42/1982– que lo dispuesto en el Pacto no es bastante para crear recursos inexistentes, de modo que en el asunto en cuestión no cabría recurso de casación por prohibirlo el art. 847 LECrim. Como consecuencia, la resolución señala que *«el solicitante de amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el Tribunal más alto de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia»*. Añade que la competencia objetiva en estos casos viene determinada por el artículo 71.3 CE, de modo que *«determinadas personas gozan, ex Constitutione, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior [...] disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria»*.

En este mismo sentido, recientemente, el **Auto de la Sala segunda TS, de 4 de octubre de 2011**, por remisión a la Sentencia TC 166/1993 ha afirmado que el privilegio del fuero es un plus que equilibra la inexistencia de una doble instancia, de manera que, si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el art. 24.2 CE, debe ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales⁴³.

Por su parte, la **Sentencia 64/2001 del Tribunal Constitucional**, de 17 de marzo, recoge la queja planteada por un individuo que, no siendo aforado, vio como, apreciada la conexidad, su causa fue enjuiciada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ostentar uno de los imputados en la causa la condición de aforado. La relevancia de esta resolución radica en la valoración que efectúa el Tribunal respecto de la ponderación que considera procede efectuar entre el derecho al doble grado de jurisdicción de los aforados, y las necesidades de protección de los órganos constitucionales. Concretamente señala que:

⁴³ Nuevamente reitera este argumento el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 1995 al considerar que no puede hacerse ninguna objeción a la aplicación de reglas especiales de competencia y, como consecuencia, *a la consecuencia de verse privado de unos determinados recursos* cuando se trata de una persona aforada.

«Si bien el artículo 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del TS, sin embargo, debe entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial [...]. Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo».

A continuación señala que cuando se trata de restringir el derecho de una persona no aforada, debe efectuarse una ponderación específica, tanto por el Legislador como por los órganos jurisdiccionales penales, atendiendo a los diferentes derechos e intereses en juego. Alude –para sustentar esta afirmación– al juicio ponderativo que fue llevado a cabo por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Tanassi (Decisión de inadmisión de 18 de Diciembre de 1980), concluyendo que *«la exclusión de la segunda instancia por la legislación interna era proporcionada a otros fines legítimos: y que la protección de las funciones del gobierno, determinante de la competencia de la Corte Constitucional italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye en concurso a una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al gobierno».*

Muy relevante resulta, de igual modo, **el voto particular que formula el Magistrado Don Tomás S. Vives Antón**, a la sentencia previa, manifestando su desacuerdo al considerar que *«debiera haberse estimado el amparo al menos respecto al reconocimiento del derecho a la doble instancia, si bien sin declaración de nulidad de la sentencia impugnada, sin perjuicio de otros efectos»* que pudiese haber previsto nuestra legislación para estas vulneraciones. Añade, a continuación, que para admitir que lo dispuesto en el art. 71.3 conlleva obligar a ponderar ambos derechos a favor de la restricción de la doble instancia penal, esto debería haberse establecido expresamente en el precepto. Sin embargo, no es ese el tenor literal del artículo, *«que no impone el*

conocimiento de las causas penales en única instancia por la Sala de lo Penal de TS, por tanto, si el art. 71.3 hace posible el doble grado de jurisdicción» no deben los Tribunales restringir esta posibilidad. Este razonamiento le lleva a concluir que debiera haberse otorgado el amparo solicitado, si bien sin posibilidad de que la sentencia impugnada pudiese ser anulada (ni declarada nula su firmeza) como consecuencia de haber otorgado el amparo. Finaliza indicando que la vulneración radica «en la insuficiencia del Ordenamiento (...) la insuficiencia de la ley que sólo el Legislador puede remediar y que constituye por sí sola, una vulneración del derecho fundamental».

4.3. Conclusiones

Tal y como se ha avanzado anteriormente, la lectura de los anteriores extractos nos permite apreciar que nuestros propios Tribunales admiten la existencia de una vulneración del precepto en cuestión –como no podía ser de otra manera–, pero ofrecen razonamientos forzados orientados a justificar la permanencia de esta violación en base a las siguientes consideraciones:

- Negar al Pacto la capacidad de crear recursos no previstos por nuestro ordenamiento, y al Comité de Derechos Humanos la facultad de censurar a través de sus dictámenes nuestro sistema procesal al considerar que la declaración de una posible vulneración por este órgano no tiene valor jurídico vinculante⁴⁴ (salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena).
- Determinar que la ostentación de la condición de aforado, y la consecuencia de ver su causa enjuiciada por el Alto Tribunal contrarresta la imposibilidad de recurso, al mismo tiempo que la ponderación efectuada atendiendo a los diferentes derechos e intereses en juego inclina la balanza a favor de proteger las funciones de las instituciones, aunque ello implique un trato desigual para los imputados no aforados.

⁴⁴ Resulta de interés al respecto lo dispuesto en el informe del Consejo de Estado de 2 diciembre de 2010 referido a la inexistencia de segunda instancia penal en casos de aforamiento ante el Tribunal Supremo. Puede ser consultado en: <http://Jurisprudencia.vlex.es/vid/-314817730>.

- Entender que es facultad del propio Estado decidir las modalidades y en su caso, restricciones de ejercicio del derecho de reexamen.

En lo que nos resulta favorable:

- El Magistrado que redacta voto particular (Vives Antón) considera que si el art. 71.3 no impone el conocimiento de las causas penales en única instancia por la Sala de lo Penal de TS, no corresponde a los Tribunales restringir esta posibilidad y admite la existencia de una insuficiencia de la ley que sólo el Legislador puede remediar y que constituye por sí sola, una vulneración del derecho fundamental.
- Que no debe perderse de vista que los Dictámenes del Comité gozan de efectos internos cuando declaran que se ha vulnerado un derecho contenido en el Pacto, debido a que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, el Pacto forma parte de nuestro Derecho interno constituyendo el contenido del mismo el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en nuestro ordenamiento.

Por tanto como vemos, los propios órganos jurisdiccionales reconocen que se está vulnerando el artículo 14.5 del Pacto, por lo que la trayectoria de nuestro trabajo tiene que orientarse ahora hacia el análisis de las vías para evitar que se aprecie el incumplimiento del Pacto, o en su defecto, hacia los mecanismos que permitan al individuo que se ve privado de su derecho al recurso recibir una compensación.

CAPITULO V. PERSPECTIVAS DE REFORMA⁴⁵.

No puede obviar, quien escribe estas líneas, la conveniencia de referirse a la reforma que se está ultimando de nuestra obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal a la vista de la recientemente publicada **Propuesta de Texto Articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** –elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012–, con el objeto de verificar si la sugerencia de nueva regulación prevé una solución satisfactoria al problema que está constituyendo el eje de nuestro análisis. Podemos adelantar que la respuesta no se vislumbra favorable.

La Exposición de Motivos refleja –como ya hizo la Ley 19/2003 de reforma de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial– la voluntad de generalizar la doble instancia penal para satisfacer las exigencias derivadas de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos. Textualmente cita que:

“En materia de recursos contra sentencias, la reforma del proceso penal había de afrontar tres grandes cuestiones. En primer lugar la generalización de la apelación para hacer efectiva la doble instancia tal y como ya viene anunciado en la LOPJ desde la reforma de 2003 (art. 73) en previsión todavía no desarrollada y que obedeció a una serie de Dictámenes del Comité de Naciones Unidas para protección de los derechos humanos reprochando a España no contar con un sistema que satisficiese de forma adecuada el derecho de toda persona a que su condena penal sea revisada por un Tribunal superior. Los angostos cauces casacionales no satisfacen de manera plena ese derecho, pese al ensanchamiento de que han sido objeto a través del derecho a la presunción de inocencia. La nueva Ley afronta ya esa sentida exigencia: todas las sentencias dictadas en un proceso penal quedan abiertas a la revisión a través de un recurso de apelación”.

Sin embargo, resulta cuanto menos sorprendente que el citado fragmento concluya su mención a la reforma en materia de recursos señalando que *todas las sentencias dictadas en proceso penal quedan abiertas a la revisión a través de recurso de apelación* cuando de la lectura detenida del articulado se desprende, por un lado, que *«todas las sentencias penales podrán ser revisadas por un Tribunal superior a través*

⁴⁵ Pueden consultarse las Propuestas de Texto Articulado a que se hará referencia en este epígrafe en la página web del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es>

del recurso de apelación legalmente establecido, salvo las excepciones previstas por la Ley en las causas contra aforados» (artículo 15), y, por otro lado que son «recurribles en apelación todas las sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio de los Tribunales de Instancia y de la Audiencia y por el Magistrado–Presidente del Tribunal del Jurado, así como las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las causas contra aforados» (artículo 587), siendo nula la mención efectuada, como se puede comprobar, a los aforados cuyas causas son conocidas ante el Tribunal Supremo en primera instancia.

Por su parte, la única mención que efectúa la **Propuesta de Texto Articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial** al respecto, se limita a enumerar los supuestos de aforamiento por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo (sin perjuicio de otros casos previstos en la Constitución Española u otras Leyes), extendiéndolos al *«Presidente del TS, y del CGPJ, Vicepresidente del TS, Presidente del Tribunal Constitucional, Jueces del TS, Magistrados del TC, Presidente de la AN y de cualquiera de sus Salas y de los TSJ, Jueces de la AN o de un TSJ, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del TS, Vocales del CGPJ, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía».*

Se infiere de estos breves extractos –contribuyendo a la validez de las conclusiones que alcance este estudio a la vista de las nulas modificaciones sugeridas por estos textos en la materia–, que ha quedado nuevamente en el tintero del Legislador la esperada solución al problema de la ausencia de recurso efectivo en todos los supuestos ya que –si bien considera susceptibles de ser recurribles en apelación las sentencias dictadas en causas contra aforados que son conocidas por los Tribunales Superiores de Justicia– cierra la puerta a aquellas dictadas por el Tribunal Supremo en primera instancia. Ahora bien, la persistencia del problema no debe resultarnos de todo punto extraño ya que su solución habría requerido, en la opinión de quien suscribe, una reforma más profunda, en tanto que, tomando en consideración que el problema deviene de la inexistencia de recursos establecidos frente a las sentencias del Tribunal Supremo –por ser el más alto órgano jurisdiccional–, la única solución aceptable (prescindiendo de la opción de crear una instancia superior a tal efecto, por ser una propuesta a todas luces disparatada por la escasez de recursos y medios de nuestra Administración de

Justicia) habría venido de la mano de modificaciones orientadas, como desarrollaremos en el apartado de conclusiones, por ejemplo, a la creación de una Sala de Apelación dentro del propio Tribunal Supremo (alternativa que si bien podemos adelantar que no cumple las exigencias del Pacto Internacional de Nueva York sí que permitiría afirmar que se ha generalizado en todos los supuestos el derecho al recurso efectivo).

CAPITULO VI. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

El análisis de la normativa aplicable a nuestro supuesto y de la regulación de los aforamientos en nuestra legislación, nos ha permitido apreciar la vulneración del derecho de acceso a un recurso efectivo en los términos establecidos por el Pacto (no así del Convenio Europeo). Esta conclusión se ha visto reforzada tras el análisis de las observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos en los casos *Terrón c. España* y *Estevill c. España*.

Por su parte, el estudio de algunas de las resoluciones judiciales más relevantes en esta materia nos ha facilitado comprender la postura que mantienen tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional acerca de la posible vulneración por el Reino de España de la normativa internacional mencionada. Las forzadas interpretaciones efectuadas por estos órganos admiten –como no podía ser de otra manera– que no existe derecho al recurso cuando es el Tribunal Supremo el que dicta una sentencia en primera instancia en una causa contra un aforado (extendiendo esta consecuencia respecto de los no aforados cuya causa penal se ve enjuiciada ante el mismo Tribunal por razón de conexidad), justificando la restricción de este derecho en razones que, como hemos señalado, carecen del peso suficiente para aceptar la efectiva restricción de este derecho, máxime cuando –como dice VIVES ANTÓN en el voto particular mencionado previamente–, no es lógico asumir que si nuestro texto constitucional no prevé que el Tribunal Supremo conozca de estas causas en primera y única instancia, sea la interpretación de nuestros Tribunales la que establezca el carácter incompatible de ser enjuiciado ante el Tribunal Supremo y poder acceder a un recurso efectivo.

Y, dado que la lectura de las Propuestas de textos articulados nos ha mostrado el escaso interés del Legislador por abordar una cuestión que consideramos de relevancia, sobre todo a la luz de las cuestiones de actualidad política que se están suscitando recientemente y que guardan cierta relación con esta materia, consideramos conveniente, en base a los planteamiento expuestos, delimitar las posibles pautas de actuación que podrían ser adoptadas por el propio Reino de España, así como por parte de los individuos privados de su derecho a recurrir.

5.1.- La necesidad de una reforma legislativa

A la vista de las conclusiones extraídas a partir del desarrollo de la cuestión que venimos exponiendo, y de la escasa perspectiva de reforma que se vislumbra en la voluntad del Legislador, vamos a sugerir algunas de las propuestas que podrían ser adoptadas, a nivel legislativo, para la obtención de una solución favorable.

Habiendo tomado conciencia de que el problema fundamental en torno al cual gira esta exposición se centra en la imposibilidad de ejercitar un recurso frente a las resoluciones dictadas en primera instancia y única instancia por el Tribunal Supremo, consideramos necesaria una profunda reforma de nuestra legislación procesal. A este respecto podemos sugerir dos ideas: i) que se modifiquen las reglas de competencia que otorgan al Tribunal Supremo el conocimiento en primera instancia de las causas o ii) que se cree un órgano superior que pueda conocer del recurso.

5.1.1. Creación de un órgano jerárquicamente superior. La segunda de estas opciones comprendemos que es inviable, no sólo por la situación actual de escasez de recursos materiales y personales en la Administración de Justicia sino por la profunda reforma legislativa –comenzando con la reforma del texto constitucional que consagra que *«el Tribunal supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales»* (art. 123 CE)– que habría de precederla y que deviene, a todas luces, impracticable.

5.1.2. Alteración de las reglas de competencia⁴⁶. Por tanto nos queda la primera de las alternativas expuestas, de forma y manera que las causas pasasen a ser conocidas, en primera instancia, por un órgano jerárquicamente inferior al Tribunal Supremo, creado a tal efecto, de modo que quedase abierta la vía de un posible recurso ante el Tribunal Supremo. Quizás la mejor alternativa –prescindiendo de la creación de un nuevo Tribunal inferior en rango–, pudiera residir en otorgar la competencia objetiva a la Sala de lo Penal Audiencia Nacional, ampliando las materias de especial importancia de que conoce este Tribunal para incluir el conocimiento de aquellos delitos cometidos por personas que ostenten la condición de aforados y demás individuos que por razón de conexidad deban ser enjuiciados en la misma causa.

Esta sería una manera de –manteniendo la existencia del fuero especial– permitir que los sujetos que venimos refiriendo no viesan restringido el derecho que les es reconocido por el PIDCP (art. 14.5).

5.1.3. Creación de una Sala de Apelación dentro del propio Tribunal Supremo. Otra de las propuestas de reforma podría centrarse en la creación de una Sala de Apelación en el propio Tribunal Supremo que conocería del recurso frente a la dictada en primera instancia por otra Sala del mismo. Estaríamos de esta forma cumpliendo la exigencia de articulación de un mecanismo de revisión de la resolución recaída, –si bien no por un Tribunal superior tal como requiere la literalidad del Pacto– por lo que esta respuesta sería sólo parcialmente satisfactoria⁴⁷.

⁴⁶ «No estaría de más que también reflexionaran los responsables de la modernización de nuestro proceso penal sobre la manera de regular las competencias en materia de aforamiento, excluyendo en todo caso al Tribunal Supremo, y también a los Tribunales Superiores de Justicia, de la instrucción de cualquier proceso penal, e incluso al Tribunal Supremo de su enjuiciamiento en cualquier instancia y a los Tribunales Superiores de Justicia, en la primera. Ni uno ni otro Tribunal han sido concebidos para ello, ni por su propia naturaleza ni por los medios de todo tipo con los que cuentan y deben contar. Bastaría, por ejemplo, con regular el status del magistrado de la AP (o de la Nacional), predeterminado para instruir causas con aforado, en su caso, y atribuir su enjuiciamiento en primera instancia a una Sala, si se quiere reforzada con cinco magistrados, del TSJ (o de la AN), para que después fuera el Pleno de una o de otra la que conociera de la apelación. De esta manera el TS se mantendría en los límites que exige su verdadero carácter». ORTIZ-ÚRCULO, J.C., «La doble instancia en materia penal. Estado actual y perspectivas de futuro» Persona y Derecho, volumen 55 (2006) págs. 701–719. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra.

⁴⁷ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., en «La segunda instancia penal» (Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, 2005, pág. 149) nos señala, en esta línea, que «nada impide que la segunda instancia fuera competencia de un tribunal distinto compuesto de magistrados de igual rango, e incluso [...]

5.1.4. Eliminación de los aforamientos. No vamos a plantear aquí la posibilidad de eliminar los aforamientos, dado que consideramos que —en el concreto de caso de fuero especial ante el Tribunal Supremo— esta figura cumple una finalidad necesaria desde el punto de vista de protección de los órganos constitucionales. No obstante, resulta interesante, o cuanto menos curiosa, la propuesta apuntada por YÁÑEZ VELASCO⁴⁸ cuando plantea la conveniencia de aceptar los aforamientos únicamente cuando dependen de la disponibilidad de la parte —al entender que la concesión del suplicatorio ya supone protección suficiente del Poder Legislativo frente a injerencias de otros Poderes—, de modo que contempla como opción adecuada para solucionar el problema la de conceder al sujeto aforado la posibilidad de que «*ante un enjuiciamiento concreto, pueda presentarse una elección [...] mantener el aforamiento ante el Tribunal Supremo o bien renunciar al mismo*». Teniendo en cuenta que la renuncia abriría la posibilidad de ejercitar el derecho al recurso y que no rechazar el aforamiento supondría renunciar a esta posibilidad de recurrir⁴⁹.

5.1.5. Reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dejando a un lado las proposiciones de reformas de ámbito legislativo interno tendentes a adaptar nuestra legislación a la exigencia del Pacto, no debemos pasar por alto la cuestión crucial en torno a la cual está desarrollándose este estudio, a saber, que de no existir la exigencia de origen supranacional de instaurar el derecho al recurso para todas las sentencias condenatorias penales, no estaríamos hablando de la necesidad de efectuar reformas en nuestra legislación procesal para adaptarnos al concreto precepto cuya vulneración hemos analizado.

Esto —que puede parecer de Perogrullo— fue lo que debieron meditar varios Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales, tras valorar que sus respectivas regulaciones procesales en materia penal no podían cumplir

del mismo órgano jurisdiccional integrado por magistrados diferentes». Señala que en estos supuestos si bien no existe superioridad desde un punto de vista de jerarquía administrativa, sí podría apreciarse cierta superioridad funcional desde el en tanto que su decisión puede sustituir a la dictada en primera instancia.

⁴⁸ YÁÑEZ VELASCO, R., «*Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. Pág. 365.

⁴⁹ No obstante, debemos reconocer que esta solución nos situaría frente a los problemas que precisamente trata de evitar la figura del aforamiento y que justifican que se trate de una condición irrenunciable.

los requerimientos derivados del derecho a la doble instancia penal en todos los supuestos, formularon reservas al precepto en cuestión.

Debemos recordar que, en base a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969⁵⁰, por reserva se entiende la «*declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*⁵¹». Así, haciendo uso de este mecanismo, los siguientes Estados (sin efectuar una enumeración taxativa) excluyeron los efectos del artículo 14.5 PIDCP:

– **ALEMANIA.** «*Article 14 (5) of the Covenant shall be applied in such manner that: (a) A further appeal does not have to be instituted in all cases solely on the grounds the accused person having been acquitted by the lower court—was convicted for the first time in the proceedings concerned by the appellate court. (b) In the case of criminal offences of minor gravity the re—view by a higher tribunal of a decision not imposing imprisonment does not have to be admitted in all cases*».

– **LUXEMBURGO.** «*(b) The Government of Luxembourg declares that it is implementing article 14, paragraph 5, since that paragraph does not conflict with the relevant Luxembourg legal statutes, which provide that, following an acquittal or a conviction by a court of first instance, a higher tribunal may deliver a sentence, confirm the sentence passed or impose a harsher penalty for the same crime. However, the tribunal's decision does not give the person declared guilty on appeal the right to appeal that conviction to a higher appellate jurisdiction." The Government of Luxembourg further declares that article 14, paragraph 5, shall not apply to persons who, under Luxembourg law, are remanded directly to a higher court or brought before the Assize Court*».

– **NETHERLANDS.** «*Article 14, paragraph 5."The Kingdom of the Netherlands reserves the statutory power of the Supreme Court of the*

⁵⁰ Nótese que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es posterior al PIDCP, pero cuya definición del término *reserva* nos resulta de utilidad.

⁵¹ Concepto de reserva plasmado en el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

Netherlands to have sole jurisdiction to try certain categories of persons charged with serious offences committed in the discharge of a public office».

– **NORWAY.** *«The Government of Norway declares that] the entry into force of an amendment to the Criminal Procedure Act, which introduces the right to have a conviction reviewed by a higher court in all cases, the reservation made by the Kingdom of Norway with respect to article 14, paragraph 5 of the Covenant shall continue to apply only in the following exceptional circumstances: 1. "Riksrett" (Court of Impeachment). According to article 86 of the Norwegian Constitution, a special court shall be convened in criminal cases against members of the Government, the Storting (Parliament) or the Supreme Court, with no right of appeal. 2. Conviction by an appellate court. In cases where the defendant has been acquitted in the first instance, but convicted by an appellate court, the conviction may not be appealed on grounds of error in the assessment of evidence in relation to the issue of guilt. If the appellate court convicting the defendant is the Supreme Court, the conviction may not be appealed whatsoever».*

Con esto queremos mostrar que la mera formulación –en el momento en que España aceptó o ratificó el Pacto– de una reserva a un precepto tan concreto podría haber evitado la problemática que lleva desarrollándose como consecuencia de nuestra configuración procesal desde la famosa sentencia *Gómez Vazquez c. España*, y que si bien inspiró la reforma de 2003 tendente a la generalización de la segunda instancia penal, continúa esbozando puntos de fricción en lo que a aforamientos ante el Tribunal Supremo se refiere.

Sin embargo, no habiéndose efectuado tal reserva en el momento oportuno, y no pudiendo efectuarse con carácter posterior ni retroactivo, consideramos que no existe mecanismo para sustraernos de la aplicación de este concreto precepto, (excluyendo las opciones de la denuncia y suspensión del Pacto, que por cuestiones obvias no consideramos convenientes). En definitiva, no estamos ante una opción susceptible de ser tomada en consideración si admitimos que no ha sido previsto, por las disposiciones finales del Pacto, que un Estado pueda denunciar el mismo y retirarse de él, lo cual

supone, por consiguiente, que «*si un Estado ha ratificado el Pacto, no puede cancelar sus obligaciones mediante la denuncia del tratado*». ⁵²

Por tanto, en definitiva, sólo nos queda adaptar nuestra legislación a las exigencias internacionales y, en atención a lo previsto por la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas ⁵³ sobre *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, instar al Reino de España a cumplir su obligación de respetar y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, procurando que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales, «*incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento interno*» (artículo I.2 de la citada Resolución) y, concretamente, proporcionando la reparación adecuada, efectiva, proporcional y rápida de los daños sufridos, mediante la concesión a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, derivadas de acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado, una restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, así como garantías de no repetición en los términos dispuestos en este instrumento.

Exigencia que es reiterada, asimismo, por el propio artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al exigir a los Estados Parte que respeten y garanticen a los individuos los derechos reconocidos en el Pacto y adopten las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos estos derechos.

⁵² Folleto informativo N.º15 (Rev. 1). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Geneva (Suiza), 2005. Disponible para su consulta en:

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>

⁵³ Resolución A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005, aprobada por la Asamblea General, 60/147.

5.2.- Opciones ejercitables por los individuos

A continuación vamos a enumerar las que, sin carácter exhaustivo, podrían ser opciones ejercitables por los sujetos privados de su derecho al recurso efectivo ante las instancias internacionales: la reclamación de responsabilidad patrimonial y el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5.2.1. Acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El primero de los mecanismos que vamos a analizar se centra en la posibilidad de acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base a la competencia reconocida a éste para la interpretación y aplicación del CEDH –en su propio artículo 32–, si bien acotando esta opción –a la vista de las perspectivas de éxito–, únicamente para admitir que sea ejercitable por el sujeto que sin ostentar la condición de aforado ve su causa conocida por el mismo Tribunal competente para conocer de las causas contra las personas aforadas (el Tribunal Supremo), por razón de conexidad.

Esta opción encuentra su fundamento en la posibilidad articulada por el Convenio Europeo de admitir el planteamiento de demandas individuales ante el T.E.D.H, facultando expresamente a este Tribunal para conocer de aquella «*demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*» (art. 34 CEDH). A continuación haremos referencia a las vulneraciones que podrían ser susceptibles de ser alegadas.

Vulneración de la prohibición general de discriminación. Consideramos que la situación en la que se encuentra el individuo no aforado a que estamos haciendo

referencia podría entenderse encuadrada en un supuesto de discriminación, prohibida por el artículo 1 del Protocolo Núm. 12 al Convenio⁵⁴, al señalar que:

«1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1».

La razón que nos lleva a considerar que estamos ante un supuesto discriminatorio se puede sintetizar a través del siguiente razonamiento. En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la apreciación de conexidad en el supuesto de aforamiento supone, como venimos señalando, que la persona en la que no concurre tal condición de aforado –como consecuencia del principio de inescindibilidad de la causa– se vea “afectada” por la derogación singular de las normas de competencia objetiva que tiene como consecuencia el aforamiento, de manera que su causa pasa a ser conocida por un Tribunal distinto del que sería competente por aplicación de tales reglas de competencia.

Este extremo supone, sin duda, la existencia de un trato discriminatorio frente a este sujeto respecto de cualquier individuo no aforado que –en un supuesto en el que apreciásemos identidad de hechos, pero en el cual ninguno de los imputados en la causa ostentase la prerrogativa de fuero especial–, sería enjuiciado por el Tribunal competente según las reglas de competencia objetiva. Y esta situación, que en principio podría verse admitida por entender que la regla de conexidad justifica alterar tales normas competenciales, se ve privada de fundamento si añadimos que, como consecuencia de lo anterior, el sujeto ve restringido su derecho a recurrir el fallo condenatorio, dictado en primera instancia por el Tribunal Supremo, ante un Tribunal Superior.

⁵⁴ Protocolo número 12 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000). Aprobado y ratificado por España mediante instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 14 de marzo de 2008. Según el artículo 3 de este instrumento, los preceptos 1 y 2 del Protocolo se consideran adicionales al Convenio, siendo de aplicación todas las disposiciones de éste.

En definitiva, la discriminación no se produce –en sí misma– por la aplicación de la norma que obliga a comprender en un mismo procedimiento los delitos conexos, sino que debe apreciarse desde el momento en el que la aplicación de esa regla de conexión despliega la consecuencia de situar en una posición de desigualdad al sujeto que no siendo aforado –y que gozaría en otras circunstancias de su derecho a la doble instancia penal–, se ve perjudicado, en términos comparativos, por la imposibilidad de ejercitar un recurso frente a la sentencia. Esto nos lleva a estimar la existencia de un claro supuesto de discriminación al verse cumplida la premisa de que supuestos similares reciben un tratamiento desigual –y claramente perjudicial para uno de los sujetos– sin mayor justificación que la derivada de la concurrencia de un sujeto aforado, circunstancia que, a mayor abundamiento, escapa de su voluntad.

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que el propio Preámbulo del citado Protocolo Núm. 12 introduce los principios de Igualdad ante la Ley y de igual amparo ante la Ley como principios generales y elementos esenciales para la protección de los Derechos Humanos, y que esto resulta relevante si tenemos en cuenta que los principios de igualdad y no discriminación están íntimamente relacionados (en tanto el primero de ellos se refiere a la necesidad de que situaciones iguales se traten de manera igual y situaciones desiguales se traten de manera diferente, ocasionándose discriminación cuando se produce la violación de esta exigencia en los casos en que no concurre causa objetiva y razonable que justifique tal actuación).

Este razonamiento nos lleva, por tanto, a concluir que aún en el supuesto de que llegásemos a aceptar lo sostenido por la jurisprudencia⁵⁵ –al considerar que en el caso del sujeto aforado, por su condición, puede considerarse proporcionada la restricción de su derecho al recurso a favor del interés general que supone la protección de la independencia del órgano que integra (fundamento del aforamiento)–, no puede, desde nuestro punto de vista, hacerse extensible esta argumentación al sujeto que no ostenta la condición de aforado, y esto debe ser así si tenemos en cuenta que, al no existir en nuestro supuesto “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”⁵⁶ que justifique esa discriminación, no podemos

⁵⁵ Por todas, la mencionada STC 64/2001, de 17 de marzo.

⁵⁶ La S.T.E.D.H de 28 de mayo de 1985 en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido explica, en su párrafo 72, cuándo una diferencia de trato puede ser considerada discriminatoria. En

bajo ningún concepto, considerar trasladable ese análisis ponderativo (favorable a restringir el derecho al recurso) a los supuestos en los que el sujeto que ve restringido su derecho no es aforado ya que, en este concreto caso, no existiría la necesaria causa razonable y proporcionada que justificase la existencia de discriminación y, por tanto, carecería de sentido efectuar un juicio ponderador entre el derecho de este sujeto a un recurso efectivo y el interés general protegido por el aforamiento.

En conclusión, no concurriendo causa razonable y proporcionada que justifique tratar de manera diferente supuestos iguales (individuos no aforados), es adecuado pensar que estamos, efectivamente, ante un supuesto de existencia de discriminación prohibido por el artículo 1 del Protocolo 12 (e integrado como parte del Convenio en virtud de lo establecido en el artículo 3), quedando por tanto abierta la vía de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por esta violación.

Vulneración del derecho de toda persona a que su causa sea oída por un tribunal establecido por la ley. La vulneración del artículo 6 –en lo referido a que *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley»*–, puesto en relación con el artículo 14⁵⁷, vendría respaldada por la valoración efectuada por el propio Tribunal Constitucional al considerar que el juez predeterminado legalmente en el caso de acciones contra Diputados y Senadores es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero que no lo es, sin embargo, en las causas contra aforados⁵⁸. Por tanto esta concreta violación podría ser susceptible de ser alegada por la persona no aforada en su demanda ante el T.E.D.H.

Ahora bien, para aproximarse de manera completa al problema resulta de interés tener presente el razonamiento que proporcionó la anterior Comisión Europea de

sus propias palabras señala que: *«A los efectos de el artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si "carece de justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "objetivo legítimo" o si no hay un "razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar"»*. Y reconoce que los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar en qué medida está justificada la diferencia de trato.

⁵⁷ Artículo 14: *«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»*.

⁵⁸ Nos remitimos nuevamente la STC 64/2001, de 17 de marzo.

Derechos Humanos en su Decisión de 18 de Diciembre de 1980 (caso *Tanassi*⁵⁹), traída a colación por la citada Sentencia 64/2001, del Tribunal Constitucional, con la finalidad de reproducir el juicio ponderativo efectuado por la primera respecto a la violación de estos dos concretos preceptos. Lo que nos interesa de esta Decisión⁶⁰ es que formuló un interesante análisis ponderativo «*sobre las medidas existentes en el orden jurídico del Estado demandado [Italia], ponderando las desventajas que resultan para los no aforados de no gozar de un segundo grado de jurisdicción en una causa penal en relación con otros fines igualmente legítimos. Para concluir, en dicho caso, que la medida de la legislación interna que excluía la segunda instancia era proporcionada a otros fines legítimos*⁶¹». La importancia radica en que se inclinó la balanza en esta resolución a favor de la restricción del derecho a la doble instancia de la persona no aforada por otorgar mayor valor a esos otros fines.

Vulneración en la limitación de la aplicación de las restricciones de derechos. La violación del artículo 18 CEDH⁶² podría alegarse –con dudosas oportunidades de éxito, debemos admitir– realizando una interpretación ciertamente forzada en el sentido de considerar que la excepción prevista en el apartado segundo del art. 2 del Protocolo Núm 7 al Convenio⁶³, debe limitarse a aquellos supuestos en los que la legislación interna ha establecido, específicamente, que la competencia objetiva para conocer del asunto en primera instancia corresponda al más alto tribunal, no así para aquellos casos a los cuales se vea extendida esta competencia –por aplicación de reglas de conexidad que persiguen una finalidad concreta– sin haber estado incluidos inicialmente en la previsión del Legislador.

⁵⁹ Decisión de 18 de diciembre de 1980 de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Tanassi, Crociani, Palmiotti y Lefebvre D'Ovidio c. Italia*. Véase los párrafos 16 y 17.

⁶⁰ Carece de relevancia para nuestro propósito que esta Decisión concluyese que el artículo 6.1 del CEDH no imponía la exigencia de una doble instancia –ya que fue con carácter posterior cuando vio la luz el Protocolo Núm. 7 que sí lo consagra– y que, por tanto, no existía lesión del derecho a un proceso justo ni del derecho a la igualdad.

⁶¹ Se está refiriendo a los fines que protege la institución del aforamiento, a saber, la protección de las funciones del gobierno, la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, entre otros.

⁶² El artículo 18 del Convenio Europeo consagra la necesidad de que las restricciones que se impongan a los derechos reconocidos por el mismo sean aplicados según la finalidad para la cual han sido previstas.

⁶³ Recordemos que este precepto introducía la exclusión de la doble instancia penal de aquellos supuestos en los que la causa es conocida por el más alto órgano jurisdiccional.

La razón para sostener esta afirmación se encuentra en que –según podemos intuir– la limitación establecida en este precepto tiene como finalidad salvar posibles conflictos derivados de las previsiones contenidas en muchos de los textos constitucionales de los Estados Parte en el Convenio que confían a sus Altos Tribunales el conocimiento de causas contra determinados sujetos, generalmente altas Autoridades del Estado, por razones de preservación del interés general. En definitiva, por lo expuesto, consideramos que el individuo no aforado podría alegar, asimismo, la violación de este precepto en su demanda ante el T.E.D.H.

Vulneración de la obligación de proteger los Derechos Humanos reconocidos en otros Convenios. Finalmente, consideramos susceptible de ser alegada, tanto por el sujeto aforado como por el no aforado, la vulneración del artículo 53 CEDH –que prohíbe que las disposiciones del Convenio se interpreten en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos reconocidos por otros Convenios en los que el Estado sea parte– en base al razonamiento que se ha ofrecido anteriormente⁶⁴.

Procedimiento. Para concluir nuestra alusión a la posibilidad de acudir al T.E.D.H no debemos pasar por alto la pertinencia de abordar brevemente algunas cuestiones procedimentales que deben ser tomadas en consideración. En este sentido debe señalarse que el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ejercitarse conforme a las prescripciones establecidas en los artículos 34 a 46 del Convenio Europeo que exigen, de forma expresa, el previo agotamiento de las vías de recurso internas y que el recurso sea ejercitado en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva⁶⁵. En el caso de que el Tribunal declare que se ha producido una violación del Convenio o de alguno de sus protocolos, pero la legislación interna del Estado Parte no pudiese reparar dicha violación, se establece la

⁶⁴ Véase el subepígrafe 5.3, del capítulo II: “*Perspectiva conjunta*”.

⁶⁵ El desarrollo del procedimiento principia con la interposición de la demanda individual que será objeto de análisis por el T.E.D.H para determinar si se cumplen los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 35 del Convenio. Posteriormente, se reciben las observaciones escritas del Estado Parte cuyo nacional sea demandante y, si se declara admisible la demanda, se procede al examen contradictorio del asunto tratando de favorecer un arreglo amistoso del caso.

Pueden consultarse las exigencias de procedimiento acudiendo a los artículos 35 y siguientes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

posibilidad de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgue a la parte afectada una satisfacción equitativa, lo cual resultaría favorable para nuestro supuesto.

5.2.2 Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su defecto, reclamación de responsabilidad del Estado-Legislator.

La segunda de las alternativas que vamos a plantear se centra en la reclamación de responsabilidad por parte del individuo que se ha visto privado de su derecho a la segunda instancia, ostente o no la condición de aforado, como consecuencia de la falta de actividad legislativa para adoptar las disposiciones normativas exigidas supranacionalmente.

Partiendo de una puesta en relación de los artículos 96.1 y 10.2 de nuestra Carta Magna resulta obligado aceptar, como señala el primero de estos preceptos «*que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*» de manera que sus disposiciones sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma que tales instrumentos prevean o en la forma que establecen las normas del Derecho internacional. Esto nos lleva por tanto a admitir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto ratificado y válidamente publicado por nuestro país, forma parte de nuestro ordenamiento.

Y si tenemos en cuenta que el artículo 9 CE consagra que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1) y que son principios rectores del mismo por mandato constitucional tanto el de legalidad, como los de seguridad jurídica y responsabilidad de los poderes públicos (9.3CE), llegamos a la conclusión de que el incumplimiento de las exigencias internacionales aceptadas válidamente por España a través de los mecanismos legalmente previstos, e integradas como parte de nuestro ordenamiento interno, supone la vulneración por parte de los poderes públicos de los dos preceptos mencionados.

Ahora bien, el incumplimiento al que nos estamos refiriendo surge como consecuencia de la falta de adaptación de la normativa interna al contenido del Pacto Internacional, en los términos a que venimos haciendo referencia a lo largo del presente

estudio, esto es, la falta de provisión de un mecanismo que permita a todo individuo ver revisados por un órgano jurisdiccional superior tanto su fallo condenatorio como la pena que le sea impuesta en el seno de un procedimiento penal.

Pensamos, entonces, acerca del mejor modo para articular esta suerte de mecanismo de reclamación de responsabilidad, y la primera alternativa que se perfila en nuestro esquema mental viene de la mano de la posibilidad prevista en el artículo 121 CE que permite ejercitar una acción de reclamación patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia⁶⁶, al prever que «*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*». Para sostener que sería de aplicación este precepto habríamos de considerar que existe error judicial por aplicación incorrecta del derecho, entendiendo por tal, la falta de aplicación por parte de nuestros Tribunales de la normativa internacional que integra nuestro ordenamiento. Sin embargo, debemos avanzar que se trata de una opción ciertamente disparatada si tenemos en cuenta que el error que le estaríamos achacando a nuestros órganos jurisdiccionales sería, de manera indirecta, el de no permitir al individuo perjudicado acceder a un recurso, por la propia falta de existencia de recurso alguno frente a la sentencia recaída en primera instancia por el Tribunal Supremo, cuya causa radica en una falta de actuación legislativa orientada a crear tal medios de impugnación.

Por tanto, reclamar una hipotética responsabilidad de la Administración de Justicia por la vía del error judicial, sería tanto como pedir a nuestros Tribunales que asumieran competencias legislativas creando medios de impugnación inexistentes para dar respuesta a las exigencias derivadas de la normativa internacional, sobrepasando las funciones que le son reconocidas constitucionalmente y asumiendo el papel de órgano que suple las carencias del Legislador, lo cual nos lleva a descartar de entrada esta opción, por suponer la invasión de las funciones del Legislador, sin necesidad de analizar los restantes presupuestos necesarios de la misma.

⁶⁶ La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se rige por lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo contenido nos remitimos.

Distinto sería considerar que la responsabilidad se derivase de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia como consecuencia de la pérdida de oportunidades procesales, opción admitida por la jurisprudencia. Sin embargo, resulta de fácil comprensión que no sea posible atacar una supuesta pérdida de oportunidad procesal por no poder ejercitar un recurso, cuando es precisamente la inexistencia de tal recurso la que justifica tal imposibilidad de ejercicio. En otras palabras, no puede apreciarse pérdida de oportunidad procesal cuando no existe disposición normativa que haya creado tal “oportunidad”. Esto es, precisamente, lo que recoge la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de treinta de enero de 2.012, al pronunciarse acerca de una posible responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del artículo 14.5 PIDCP, al admitir que:

«Es verdad que la jurisprudencia ha declarado que, dentro de las reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia tienen cabida las relativas a pérdida de oportunidades procesales, cuando esa pérdida es imputable efectivamente a un funcionamiento anormal de dicha Administración. Sin embargo, es irrefutable que, en este caso, no se puede reprochar a la Administración de Justicia, la pérdida de una oportunidad no prevista en el ordenamiento y ello por mucho que un órgano internacional haya recomendado su existencia»⁶⁷.

Esto nos lleva, necesariamente, a desechar la viabilidad de una posible reclamación por esta vía, lo cual aconseja analizar la siguiente opción, a saber, la responsabilidad establecida en el artículo 106.2 de la Constitución Española al indicar

⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de 9 de marzo de 2.011, cuando analiza un supuesto de pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en un caso de inexistencia de doble instancia penal, en el que el recurrente reprocha a la Administración la pérdida de una oportunidad procesal no prevista en el ordenamiento. Concretamente rechaza la existencia en ese supuesto de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia por cuanto si bien *«Es verdad que la Jurisprudencia ha declarado que, dentro de las reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia tienen cabida las relativas a pérdida de oportunidades procesales, cuando esa pérdida es imputable efectivamente a un funcionamiento anormal de dicha Administración. Sin embargo, es irrefutable que, en este caso, no se puede reprochar a la Administración de Justicia, la pérdida de una oportunidad no prevista en el ordenamiento y ello por mucho que un órgano internacional haya recomendado su existencia»*.

El Tribunal concluye señalando que *«el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone a los Estados Parte el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudicados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado Parte ha violado los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda»*.

que los particulares *«en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*. Sin embargo, se descarta igualmente esta alternativa por estar referida a la responsabilidad del Estado-Administración (recordemos que este precepto se inserta en el Título IV de la Constitución “del Gobierno y de la Administración”) mientras que lo que se intenta es reclamar la pasividad del Estado-Legislator, esto es, la pasividad de los órganos legislativos para dar respuesta a las exigencias internacionales a través de la elaboración de disposiciones normativas que permitan adaptar nuestra legislación procesal a la exigencia del Pacto.

Es por ello que pasamos directamente al análisis de la posibilidad abierta por el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por ser el único precepto de nuestra legislación que referencia la obligación de indemnizar como consecuencia de la aplicación de actos legislativos. Se expresa en los siguientes términos: *«las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos»*.

Sin embargo, y muy a nuestro pesar, surgen conflictos de difícil solución a partir de la simple lectura de su contenido por cuanto, en primer lugar, habla de “aplicación” de actos legislativos y, en segundo lugar, exige que el propio acto legislativo prevea esta posible indemnización. Estos obstáculos devienen insalvables si tenemos en cuenta que lo que pretendemos reprochar al Estado-Legislator es, precisamente, su falta de actividad, su pasividad a la hora de afrontar la obligación que asumió de legislar, por tanto, no existiendo actividad del Estado no cabe traer a colación la opción brindada por el artículo 139.3.

Acotadas como han quedado las alternativas a ejercitar por el individuo en base a las posibilidades de éxito previsibles, en función del sentido que han adoptado las resoluciones judiciales que ya han resuelto supuestos similares de reclamación de responsabilidad del Estado, nos queda únicamente hacer una breve referencia a lo que

algunos autores denominan “inconstitucionalidad por omisión”, a cuyo respecto nos ha resultado interesante la reflexión planteada por JIMENA QUESADA⁶⁸ acerca del alcance y las posibilidades de actuación ante un el incumplimiento de un deber de legislar.

No obstante, el propio autor trae a colación la Sentencia 24/1982, del Tribunal constitucional, que señala que *«la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al Legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el Legislador no lo hace»*. Lo cual hace necesario, en definitiva, que exista un mandato constitucional expreso de legislar y esa exigencia, por más que el propio art. 96.1 integre en nuestro ordenamiento el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el propio Pacto exija a los Estados adoptar las disposiciones normativas necesarias para que el ordenamiento nacional cumpla las exigencias del mismo, pero lo cierto es que la propia Constitución no contiene un mandato expreso dirigido al Legislador en tal sentido. Esto nos lleva, como cierre de este epígrafe, a desechar también esta opción.

⁶⁸ JIMENA QUESADA, L., *«Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional»*. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 58/59, págs. 207-225.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J.M., «*Introducción al Derecho Procesal*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008. 4ª edición. Págs. 166–167.

ASENCIO MELLADO, J.M., «*Derecho Procesal Penal*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Págs. 29–42 y 283–300.

BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., «*Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*». Ed. La Ley. Madrid, 2010. Págs. 305–322.

CACHÓN VILLAR, P., «*La doble instancia penal y el recurso de casación*». Revista jurídica de castilla y león, nº 10. Septiembre 2006

CASADEVALL, J., «*El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012. Págs. 33–78, 89–134 y 169–180.

CALDERÓN CUADRADO, Mª.P., «*La segunda instancia penal*». Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, 2005

DE URBANO CASTRILLO, E., «*El recurso de casación penal en la actualidad*». En *Los Recursos de casación y apelación en el orden penal*. Estudios de Derecho Judicial. Núm. 101. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007. Págs. 194–200.

DIAZ CABIALE, J.A., «*Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado–Administración y del Estado Legislación*». Ed. Comares. Granada, 2009.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI. C. (Dir.), «*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*». Ed. Dilex. Madrid, 2011, 4ª edición. Págs. 67–221.

FERRER GARCÍA, A. Mª., «*La segunda instancia penal, algo más que un recurso*» en *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*. Estudios de Derecho Judicial, Núm. 149. Consejo General Del Poder Judicial. Madrid, 2008. Págs. 73–114.

Folleto informativo, N.º15 (Rev. 1). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Geneva (Suiza), 2005.

GARRIDO LORENZO, M^a. A., «*Hacia la reforma de la segunda instancia penal. Los recursos de apelación y casación a examen*» en *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y de revisión*. Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. 150. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2009. Págs. 441–491

GIMENO SENDRA, V., «*Derecho Procesal Penal*». Ed. Thomson Reuters. Navarra, 2012. Págs. 167–201 y 795–862.

LÓPEZ MUÑOZ, R., «*Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*». Ed. Comares. Granada. 1996

MARTINEZ ARRIETA, A., «*Recurso de casación y de revisión penal. Control de la presunción de inocencia*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Págs 1–60.

MORENO CATENA, V., «*El recurso de apelación y la doble instancia penal*» en *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*. Estudios de Derecho Judicial. Núm. 149. Consejo General Del Poder Judicial. Madrid, 2008. Págs. 11–72.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., «*La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*». Ed. Thomson-Reuters. Cuadernos Civitas. Navarra, 2011.

VECINA CIFUENTES., «*La casación penal. El modelo español*». Ed. Tecnos. Madrid, 2003. Págs. 255 a 270

VV.AA. «*Derecho Procesal Penal*». Ed. Thomson Reuters. Segunda edición. Navarra, 2010. Págs. 919–987.

VV.AA. «*La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*». Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. 87. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006. Págs. 77–83.

YÁÑEZ VELASCO, R., «*Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.

RECURSOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO:

BOTELLA SORIA, E.J., «*Sistema de recursos contra las sentencias y la vulneración del derecho a los recursos en el proceso penal*» la Ley Penal, Nº47, Sección jurisprudencia aplicada a la práctica. Marzo 2008. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 878/2008).

DÍAZ MARTINEZ, M., «*La necesaria e inaplazable reforma de la segunda instancia en el proceso penal*». Diario la Ley, Nº15, Sección Informe de jurisprudencia, Abril 2005. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 783/2005).

GARBERÍ LLOBREGAT, J., «*El alcanzable mito de la segunda instancia penal*». Diario la Ley, Nº6507, Sección Doctrina, 19 junio de 2006, Año XXVII, Ref. D-151. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 1582/2006).

JIMENA QUESADA, L., «*Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional*». Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 58/59, págs. 207-225. Disponible en web:
<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3163751.pdf%E2%80%8E>

LOPEZ COIG, J.C., «*La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los Tratados Internacionales?*». Diario la Ley, Nº15, Sección Informe de jurisprudencia, Abril 2005. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 2724/2006).

LOPEZ GIL, M., «*Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*». Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2000, Ref. V, pág. 89, tomo 1. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 3362/2001).

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «*El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*». Ed. La Ley (Referencia: La Ley 3181/2013).

MONTÓN GARCÍA, M.L., «*Hacia la generalización de la segunda instancia en el proceso penal*». La Ley Penal, Nº4, Sección Legislación aplicada a la práctica. Abril 2004. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 609/2004).

ORTIZ-ÚRCULO, J.C., «*La doble instancia en materia penal. Estado actual y perspectivas de futuro*» Persona y Derecho, volumen 55 (2006) págs. 701-719. Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra. Disponible en: dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14694/1/PD_55-2_07.pdf

PÉREZ DE FRANCISCO, E., «*El problema del respeto de los derechos humanos en España a la luz del dictamen de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*». Anuario Jurídico-Económico, Nº36, enero 2003. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=876204>

PÉREZ MANZANO, M., «*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*». Diario la Ley, Nº 6566, Sección Doctrina, 9 octubre de 2006, Año XXVII, Ref. D-217. Ed. La Ley (Referencia: La Ley 2643/2006).

RODRIGUEZ RUBIO, C., «*La eficacia de las Resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*». Ed. Dykinson-Servicio de Publicaciones de la URJC. 2008. Disponible en: <http://ciencia.urjc.es/bitstream/10115/4546/1/EI%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>

SÁIZ ARNAIZ, A., «*Aforamiento y doble grado de jurisdicción*». Parlamento y Constitución. Anuario, ISSN 1139-0026, Nº 5, 2001 , págs. 71-101. Disponible en: dialnet.unirioja.es/download/articulo/1060347.pdf

TODOLI GÓMEZ, A., «*Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos graves*». Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19. Enero-Junio 2007. Disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/na/19-27.pdf