Las salas de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de Justicia: un futuro imperfecto

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

LA CONFIGURACION CONSTITUCIONAL

El artículo 152 de la Constitución española planteó la culminación de la organización judicial en el ámbito de las Comunidades Autónomas con unos Tribunales Superiores de Justicia, como órganos colegiados en los que concluiría la instancia judicial respecto de los procesos seguidos ante los órganos de la jurisdicción radicados en la propia Comunidad, y sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

Es de notar que la norma que los instituía estaba dictada en sede del título VIII, "De la organización territorial del Estado", y en el capítulo III de éste, referido a las Comunidades Autónomas. Además, su ubicación sistemática tras el artículo 151, que regula la vía rápida para la autonomía plena de determinados territorios, y en un texto normativo que se refiere de modo expreso a "los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior" fue la causa de que parte de la doctrina constitucionalista afirmase que estos tribunales sólo tenían cabida en estas Comunidades, manteniéndose las Audiencias Territoriales en las restantes.[1] Sin embargo, el paso del tiempo y el posterior desarrollo legislativo pusieron las cosas en su sitio, y se llegó claramente a la instauración de estos tribunales en todas las Comunidades Autónomas, con la consiguiente desaparición de las Audiencias Territoriales.

Esa ubicación sistemática planteaba también la cuestión de la posible coexistencia de diferentes poderes judiciales en el Estado, si prosperaba una ordenación federalista. Pero tanto la exégesis de la Constitución, en su conjunto, como la posterior regulación de estos tribunales en la Ley Orgánica del Poder Judicial —norma estatal—, dejaban clara la instauración del principio de unidad de jurisdicción —artículo 117.5 CE—, la preeminencia del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y jurisdicción en toda España —artículo 123 CE—, y la competencia exclusiva del Estado acerca de la Administración de Justicia —artículo 149.1.5ª CE—[2].

LA SITUACION ACTUAL

En desarrollo de tal previsión constitucional, la Ley Orgánica del poder judicial creó *ex novo* estos tribunales, con ámbito territorial similar —en la mayor parte de ellos— de las fenecidas Audiencias Territoriales, pero con muy distintas atribuciones y, sobre todo, con una diferente significación jurídico-política. Porque ya no se trata de unos órganos colegiados de segundo grado, establecidos en regiones como división administrativa de un Estado unitario, sino como los órganos que culminan el ejercicio de la jurisdicción en la Comunidad Autónoma, dentro de una concepción descentralizada del Estado español.

Empero, esta diferente concepción no se ha plasmado de igual modo en las diversas Salas que los componen. Mientras que las Salas de lo Contencioso-administrativo y las de lo Social son tribunales con igual composición que cualesquiera otros, que culminan la instancia en el ámbito de sus respectivas competencias —a través del recurso contencioso administrativo en primera instancia, o del recurso contra las resoluciones de los jueces unipersonales, las primeras; y mediante la atribución del recurso de suplicación, las segundas—, y contra cuyas decisiones puede interponerse recurso de casación ante las respectivas Salas del Tribunal Supremo[3], las Salas de lo Civil y Penal tienen dos características diferenciadoras:

1º) En orden a su competencia, porque pueden ser competentes para resolver recursos de casación y revisión, contra resoluciones de los órganos jurisdiccionales civiles con sede en la propia Comunidad, cuando: a) la respectiva Comunidad Autónoma tenga un derecho civil propio; b) el recurso se funde en la infracción de este ordenamiento, y c) el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

2º) En cuanto a la composición de la Sala, por cuanto está presidida por el propio presidente del Tribunal Superior de Justicia, y una de cada tres plazas de magistrados es cubierta por el Consejo General del Poder Judicial, sobre una terna propuesta por el órgano legislativo de la Comunidad Autónoma, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en el ámbito de la comunidad —artículo 330.3 LOPJ—.

Es preciso detenerse en la primera de estas dos peculiaridades. La Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Civil, tiene una función propiamente culminante de la organización judicial en la Comunidad Autónoma, especialmente a través del ejercicio

[1] En el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, la relacion entre los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Territoriales no estaba claramente perfilada; de hecho, el articulo 73 planteaba que dicho tribunal estaría compuesto por las Salas de que conste la Audiencia Territorial integrada en el y, además, por una Sala de Recursos presidida por el Presidente del Tribunal y compuesta por el número de magistrados que fije la ley de planta.

[2] La posibilidad de una competencia de las Comunidades Autónomas sobre el poder judicial venía abierta por lo establecido an la disposición adicional 4ª de la Constitución, que prevenía que los Estatutos de Autonomía podrían mantener las respectivas Audiencias Territoriales en las Comunidades donde tengan su sede más de una de aquéllas, "distribuyendo las competencias entre ellas", mas siempre "de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste".

[3] Cuando el recurso contencioso administrativo se ha fundado y resuelto conforme al derecho público de la Comunidad Autónoma, la recurribilidad en casación viene limitada por lo establecido en el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

de su competencia para resolver el recurso de casación en materia del derecho civil propio de la Comunidad. No sólo culmina las instancias procesales en esta materia, sino que asume la función de interpretación del derecho civil propio de la comunidad y de unificación en su aplicación, con vocación de crear jurisprudencia en la materia. Además, la norma competencial impide que de estos asuntos conozca —con carácter general— el Tribunal Supremo[4]. En cuanto al ámbito de la jurisdicción penal, el alcance de su cometido es menor, pues le compete el enjuiciamiento de causas contra jueces, magistrados y fiscales por infracciones penales cometidas en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, si no corresponden al Tribunal Supremo, además de contra aquellas autoridades de la Comunidad Autónoma a las que el Estatuto de Autonomía reserve este especial fuero. Pero, en todo caso, sus sentencias serán recurribles en casación ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.

A estas competencias inicialmente previstas, la reforma llevada a cabo como consecuencia de la instauración del Tribunal del Jurado añadió la de conocer del recurso de apelación contra determinados autos y contra las sentencias pronunciadas por el Magistrado-Presidente de este Tribunal, siendo las sentencias dictadas en apelación revisables en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Dicha somera exposición de la competencia de estas Salas revela que el legislador no ha sido capaz de arbitrar un sistema competencial que culminase las instancias procesales dentro de la Comunidad Autónoma, en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, en un solo órgano, Superior de Justicia de la Comunidad. Este efecto sólo se produce, en el orden civil, mediante el recurso de casación foral que, siendo algo distinto —y más— que una instancia, permite el ejercicio de las funciones nomofilácticas y unificadoras respecto al derecho civil propio, lo que sólo sucede en algunos Tribunales Superiores de Justicia[5]; y en el orden penal, mediante el recurso de apelación de naturaleza especial en sede de Tribunal de Jurado, ya que las decisiones de todos los magistrados-presidentes de cualquiera de las Audiencias Provinciales radicadas en la Comunidad Autónoma son recurribles ante el Tribunal Superior.

Si a ese examen cualitativo añadimos una verificación cuantitativa de la actividad de estas Salas, tras diez años de ejercicio de la jurisdicción, el resultado no puede ser más desalentador. De los resúmenes de estadísticas judiciales desde 1989, año de su constitución, hasta la fecha, puede inferirse la escasa actividad jurisdiccional de dichos tribunales, que han tenido hasta el momento pocas oportunidades de dictar sentencia en materias propias de su competencia. Tan sólo Cataluña en resolución de recursos de casación en aplicación del derecho civil propio, Madrid y Andalucía en otros ámbitos, tienen una actividad jurisdiccional que mínimamente puede aproximarse a un baremo razonable.[6]

Lo cual no es sólo grave desde una perspectiva de servicio público, al producirse un auténtico derroche de medios personales respecto de magistrados que, según el artículo 330.3 LOPJ, bien tienen un reconocido prestigio en el ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, bien —los de procedencia de la carrera judicial— han de tener especiales conocimientos del derecho civil propio de este territorio. Es también desalentador para los propios magistrados componentes de estas Salas, que pueden ver truncada su aspiración a colaborar en la fijación jurisprudencial del derecho propio de la Comunidad en la que ejercen su función.[7]

Para suplir estas carencias, ya detectadas al tiempo de su creación pero incrementadas con el paso del tiempo, la verdad es que nada, o muy poco, se ha hecho. Veámoslo.

Hasta el momento presente sólo se ha modificado la competencia de estas Salas por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, cuya disposición final 1ª modificó el artículo 73.3 c) de la LOPJ, para atribuirles la competencia para el conocimiento de los recursos de apelación en los casos previstos por las leyes, lo que había de ponerse en relación con los artículos 846 bis a) y siguientes de la LECrim., introducidos en dicha ley orgánica. Este recurso de apelación tiene naturaleza extraordinaria, ha de ser motivado y fundado en motivos tasados[8], y sirve pa-

[4] Salvo que en el recurso se invoque también la infracción de precepto constitucional —art. 1730 LEC todavía vigente—. Esta excepcionalidad desaparece en la redacción de la nueva LEC, artículo 478.1, segundo párrafo, aunque debe entenderse subsistente por la aplicabilidad general del artículo 5º.4 LOPJ. No obstante, la definitiva introducción del recurso extraordinario de infracción procesal limitará de modo considerable estos supuestos.

[5] Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, como tribunales de casación, merecen un más detenido recuerdo: históricamente sólo existió un Tribunal de Casación en Cataluña, durante la Segunda República, y feneció con ella. Pero la idea fue mantenida entre numerosos juristas, y cristalizó en los artículos 152.1 de la CE y 73 de la LOPJ, preceptos que han de ser puestos en relación con el artículo 149.1, 8ª de la CE, en cuanto al alcance y contenido de la expresión "conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Tanto los estudios llevados a cabo respecto a este precepto constitucional —Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, Zaragoza 1981, Jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña, 1983— como el propio desarrollo legislativo posterior han mostrado: a) que el texto constitucional sólo impide la creación *ex novo* de derechos civiles especiales, allí donde no preexistían; b) que el término "desarrollo" de los derechos civiles preexistentes está permitiendo una amplísima regulación de instituciones de derecho civil, lo que de modo especial ha sucedido en Cataluña; c) que, por esta vía, perfectamente acomodada a nuestra realidad constitucional, podemos llegar a constituir auténticos tribunales de casación autonómicos, en materia de derecho civil.

[6] De la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia, aprobada por el pleno del Consejo General del poder Judicial el 21 de julio de 1999, se desprende que estas Salas conocieron, en el quinquenio comprendido entre 1994 y 1998, inclusive, un total de 3.340 asuntos, entre todas ellas. En 1998 sólo las Salas de Cataluña, con 152 asuntos tramitados, y Madrid con 115, excedieron del centenar. En materia civil, Cataluña fue la Sala que dictó mayor número de sentencias (34), lo que se explica fundamentalmente por el importante desarrollo legislativo del derecho civil catalán realizado por el Parlamento de Cataluña.

[7] A mi juicio, el ejercicio de la actividad jurisdiccional en estas Salas podría constituir un adecuado rodaje y preparación profesional para ulterior promoción al Tribunal Supremo, por el conocimiento de recursos de casación y revisión; pero al paso que vamos parece que sólo ha de servir de cómoda y afortunada prejubilación.

[8] La STSJ de Valencia de 6 de octubre de 1998 estudia detalladamente la naturaleza del recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.

ra colmar la exigencia unificadora de en el territorio de la Comunidad Autónoma, previsto en el artículo 152 CE. En principio, este recurso de apelación no puede entrar en la valoración de la prueba efectuado por los ciudadanos jurados al emitir el veredicto, pues de hacerlo se desnaturalizaría el propio sentido y finalidad del jurado popular.[9] Pero no se alcanza fácilmente la conveniencia de mantener el recurso de casación —en los términos establecidos en los artículos 850 y 851 LECrim— contra las sentencias dictadas por estas Salas resolviendo recurso de apelación en el ámbito del Tribunal de Jurado, pues si los Tribunales Superiores de Justicia ya han tenido oportunidad de evaluar defectos procedimentales sedicentemente cometidos en el juicio o en la sentencia, no parece oportuna la revisión en casación de dichas cuestiones. A mi juicio, en este ámbito el recurso de casación debería quedar restringido a los casos de infracción de ley recogidos en el artículo 849 LECrim., y a los defectos formales cometidos en sede de apelación.

REFORMAS LEGISLATIVAS PROPUESTAS

Junto a esa modificación ya examinada, el legislador ha tratado de dotar de nuevas cargas competenciales a las Salas de lo Civil y Penal, introduciendo para ello modificaciones legislativas que, o bien no han llegado hasta el momento a término por la reciente disolución de las Cortes, o bien constituyen derecho promulgado pero se encuentran en periodo de *vacatio legis.*

1. El proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 1997, y en él se prevenía que contra las sentencias dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cabría recurso de apelación para ante las Salas de lo Civil y Penal, como Salas de lo Penal, de los Tribunales Superiores de Justicia.[10] Este proyecto de ley no avanzó en su tramitación, por lo que será necesario que los cuerpos legisladores que surjan tras las elecciones generales lo retomen.

2. De mayor enjundia y trascendencia puede llegar a ser la reforma operada en el procedimiento civil, mediante la introducción del recurso de infracción procesal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 1999 y publicada en el BOE de 8 enero de 2000, Ley 1/2000, de 7 de enero, ha creado *ex novo* el llamado "recurso extraordinario por infracción procesal", regulándolo en los artículos 468 a 476. Recurso que viene a sustituir, en parte, al de casación por quebrantamiento de forma, pero con diferente alcance y, en lo que aquí interesa, con diferente tribunal *ad quem*, ya que artículo 468 previene que "Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia".[11]

Se plantea un recurso de naturaleza extraordinaria, necesariamente motivado y fundado en motivos tasados consistentes en: infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional; infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; y vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución —art. 469 LEC—. Requiere denuncia previa de la infracción procesal, siempre que haya habido oportunidad para ello. La sentencia que aquí se dicta, si es estimatoria del recurso, produce el efecto anulatorio de la recurrida y la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración —art. 476.2—; siendo únicamente susceptible de recurso de casación en interés de ley.

Este nuevo recurso era demandado doctrinalmente, aunque su regulación y su posible concurrencia con el de casación han dado lugar ya a debates. Sin embargo, la modificación legislativa y la nueva competencia de estas salas han quedado, de momento, sin eficacia, ya que requería una correlativa modificación orgánica, para ampliar la competencia atribuida a las Salas de lo Civil y Penal en el artículo 73 de la LOPJ, y esta nueva regulación no se ha producido, al no alcanzar la propuesta mayoría suficiente para su aprobación.

Ante ello, se ha optado por una regulación con pretensiones de transitoriedad —pero sin ninguna garantía de ella—, que por el momento atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, pero limitándolo las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación

[9] Frente a la opinión común al respecto, la STS 895/1999, de 4 de junio, introduce como motivo de apelacion frente a la sentencia del Magistrado-Presidente el error de hecho en la apreciación de la prueba en cuanto a revisión de la razonabilidad del veredicto, como forma de control de la racionalidad de la inferencia lógica y para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos.

[10] Hasta el momento la apelación —o, en su caso, queja— contra dichas resoluciones compete a las Audiencias Provinciales, conforme al articulo 82.1-3º de la LOPJ y disposición adicional 5ª, en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento. La posible y futura avocación de tales recursos para el Tribunal Superior ha motivado ya controversia, por existir opiniones doctrinales que entienden que dichos recursos deberían quedar residenciados en las Audiencias Provinciales, sin perjuicio de un ulterior recurso unificador ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia. En mi opinión resulta innecesaria y perturbadora esa doble vía impugnatoria, y sería conveniente que la norma proyectada llegase a constituir derecho vigente

[11] La posible competencia para conocer de esta clase de recursos, como recursos de amparo procesal, fue planteada por Gabaldón López, en "El futuro de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia" —Studia Juridica 10, edición del Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya, 1994, págs. 259 y ss.—, proponiendo un recurso de amparo frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma que no fueran susceptibles de ulterior recurso, de modo que estas Salas se convertirían en la instancia jurisdiccional resolutoria de los recursos de amparo a la que se refiere el artículo 53.2 CE, aunque no planteaba la modificación del recurso de casación por quebrantamiento de forma Esta propuesta ha servido, con importantes variaciones, como punto de partida para la nueva regulación que la LEC establece

conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Así se establece en la Disposición Final 16ª de la LEC.

Por esta vía se vuelve a un sistema de garantías semejante al establecido con el recurso casación por quebrantamiento de forma, e igualmente limitado que éste en cuanto a las resoluciones recurribles; de forma que aquellas decisiones de las Audiencias Provinciales que, poniendo fin a la segunda instancia, no sean susceptibles de casación, y en las que se haya cometido —o validado— una infracción procesal grave o se hayan vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, no podrán ser modificadas mediante este recurso extraordinario, con lo que se le priva de parte de su eficacia, y a los órganos de la jurisdicción de la competencia para amparar los derechos fundamentales de los afectados por el proceso.[12]

De este modo queda cerrada, por el momento, un camino de ampliación de las competencias de las Salas de lo Civil y Penal de estos tribunales, que hubiera sido beneficiosa para las partes en el proceso, al acercarles la posibilidad de impugnación de sentencias y autos por razones procesales, y que también hubiera significado un notable incremento de la actividad de estos órganos, dotando de contenido a la previsión constitucional establecida en el artículo 53.2 CE, que reconoce a los tribunales la función de amparo de los derechos y libertades.

3. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, publicada en el BOE de 13 de enero y también en periodo de vacación, regula los recursos contra las sentencias y determinados autos dictados por los Jueces de Menores, para los que declara competente a la "Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia" —artículo 41—. También aparece esta nueva Sala como competente para conocer del recurso de apelación contra los autos dictados por el Juez de Instrucción al determinar la aplicabilidad de la citada Ley a los mayores de dieciocho años —artículo 4—. Por su parte, la Disposición final segunda ordena al Gobierno que en el plazo de seis meses eleve al Parlamento un proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la creación de las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, a la vez que ordena a los órganos competentes la formación especializada en esta materia de jueces y fiscales.

No sabemos, por el momento, cuál va a ser la composición de estas Salas. Únicamente puede inferirse del texto legal ya promulgado que para formar parte de ellas deberá haber magistrados especialistas, quienes probablemente tendrán prioridad para alcanzar las plazas que, según la planta judicial, deban dotarlas. Pero, si los juzgados de menores se integran en la jurisdicción penal, si el proceso que tramitan es el medio para el ejercicio de la acción penal, y si aplican normas de naturaleza inequívocamente punitiva, ¿no hubiera sido adecuado que las Salas de lo Penal, ya existentes —e infrautilizadas—, hubieran sido competentes para conocer de estos recursos? En último término, y ante la exigencia del legislador, ¿será razonable entender que las Salas de nueva constitución puedan quedar integradas por un presidente, necesaria o prioritariamente especialista, y que donde no sea precisa una mayor planta de magistrados se completen por otros, integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del mismo Tribunal Superior? Porque, de no arbitrarse una medida de estas características, podemos volver a constituir órganos de bajo contenido competencial y repetir experiencias desafortunadas.

OTRAS POSIBILIDADES DE FUTURO

No se ha planteado el legislador, por el momento, dos iniciativas que en el orden jurisdiccional penal podrían resolver cuestiones inquietantes y, a la vez, ampliar la competencia de estas Salas.

1. Parece necesario abordar, definitivamente, la doble instancia en toda clase de procesos penales. Esta posibilidad de apelación contra la sentencia dictada en proceso penal ya existe en el juicio de faltas —artículo 976 LECrim.—, en el procedimiento abreviado cuando la competencia para el enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal —artículo. 795 de la misma norma— y en el proceso ante Tribunal del Jurado —artículo. 846 bis a) y siguientes de la LECrim., antes citados—, en este caso con las limitaciones ya expresadas. Pero en el proceso penal tramitado conforme a las normas generales de la LECrim., o con arreglo al procedimiento abreviado pero con competencia para el enjuiciamiento residenciada ante tribunales colegiados, rige estrictamente el principio de única instancia, de modo que las sentencias en ellos dictadas son únicamente susceptibles del recurso extraordinario de casación.

Entiendo que el derecho a la revisión del fallo por un tribunal superior, establecido claramente en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para toda persona declarada culpable, exige esta generalización, no necesariamente como un *novum iudicium* o segunda oportunidad, sino —al menos— como *revisio prioris instanciae*, forma de control de lo resuelto por el órgano sentenciador. Garantía que también viene impuesta por el Protocolo nº 7 a la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales —Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984—, que previene que toda persona declarada culpable de una infracción penal tiene el derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena.

Pero sucede que, en la regulación hoy vigente, la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el órgano sentenciador no es posible, sino por la vía de vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia o por el examen de la

[12] Queda a quien sea parte legítima o hubiere debido serlo la posibilidad de plantear el ahora llamado "incidente excepcional de nulidad de actuaciones", establecido en el artículo 228 de la nueva LEC, pero dicho incidente habrá de ser resuelto por el mismo tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza, lo que puede constituir un obstáculo para la prosperabilidad de la cuestión planteada.

adecuación a la lógica de la racionalidad de la inferencia[13] y, en los excepcionales casos regulados en el artículo 849-2º LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Para paliar este déficit normativo y dar estricto cumplimiento a los compromisos internacionales, debería generalizarse un modelo de doble instancia penal, limitado en cuanto a la revisión fáctica y con respeto al principio de inmediación. Como afirma Conde-Pumpido Tourón, esta limitación "no impide una revisión fáctica en todo aquello en que el Tribunal revisor pueda situarse en cuanto al medio de prueba en la misma o en similar posición a la que se encontraba el órgano de instancia"[14].

2. Otra cuestión que debe ser objeto de reflexión —y, a mi juicio, de reforma legislativa— es el relativo a la competencia para conocer de los recursos devolutivos en materia de instrucción penal. En la regulación vigente la Audiencia Provincial es la llamada a resolver estos recursos, tanto el de apelación como el de queja: artículos 82.1.2º LOPJ, de modo general, y 787.1 LECrim., en especial para el procedimiento abreviado. Sin embargo, la actual planta de gran número de Audiencias Provinciales las constituye con sección única, de modo que pueden ser competentes para resolver estos recursos los propios magistrados que han de fallar el proceso en juicio oral.

En efecto, la competencia para el enjuiciamiento, en juicio oral y público, de las causas por delito seguidas por el trámite de sumario ordinario corresponde a dichas Audiencias Provinciales, y también las de aquellas causas tramitadas por el procedimiento abreviado en las que la pena correspondiente sea superior a cinco años de prisión —artículo 14, apartados 3 y 4, LECrim.—. Además, estas Audiencias son competentes para resolver los recursos de apelación deducidos contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal, en causas por delito de menor gravedad seguidas por el procedimiento abreviado, de modo que, dada la naturaleza revisora de la apelación, la Audiencia Provincial se constituye en órgano sentenciador de segunda instancia.

Aunque en algunas Audiencias Provinciales, constituidas en varias secciones orgánicas, se ha podido remediar la cuestión por vía de reparto de asuntos, cruzando la competencia de modo que la sección que resuelve recursos contra interlocutorias no decide la causa; sin embargo, ni tal solución es unánime en todas las Audiencias Provinciales en que podría adoptarse, ni la vía de repartimiento de asuntos parece ser la adecuada para resolver, en definitiva, tan importante cuestión.[15]

Porque la resolución de recursos contra autos de procesamiento, de prisión o de libertad, de continuación del trámite conforme al artículo 789.5 LECrim., de denegación de apertura del juicio oral en procedimiento abreviado, y otros de similar entidad jurídica, determina en los magistrados del órgano colegiado un conocimiento previo del asunto que puede producir la pérdida de la imparcialidad objetiva cuando deban conocer de la causa, bien en juicio oral y única instancia, bien en la segunda instancia por vía del recurso de apelación contra la sentencia del Juez de lo Penal.

Este conocimiento previo no sólo pone a los magistrados en la tesitura de entrar a sala con el prejuicio de conocer el asunto debido a los reiterados recursos previos ya examinados y resueltos por ellos, sino también, y esto es más preocupante, puede inducirles a validar en la sentencia las medidas cautelares contra el acusado decididas por el instructor, y que fueron confirmadas en vía de recurso por los propios magistrados que ahora han de formar sala de enjuiciamiento.

Ciertamente, esta clase de contaminación objetiva no está tomada en consideración en los artículos 54.12 LECrim. ni 219.10 LOPJ, referidos a la existencia de causa de abstención o recusación por haber sido instructor de la causa o haberla resuelto en anterior instancia; pero debería ser recogida, *de lege ferenda*, como una de las causas que impiden el conocimiento del asunto en cuanto al fondo.

Como afirma la STC, Sala 1ª, 320/1993, de 8 de noviembre de 1993, citando otras del TEDH, el derecho a un juez imparcial incluye el de la apariencia de imparcialidad, que puede verse afectada cuando el juez tenga una relación objetiva con el caso que pueda impedir su capacidad de enjuiciamiento y pueda suscitar recelo sobre su imparcialidad. Aunque la jurisprudencia del TC se ha referido a casos de magistrados que habían participado en la instrucción de la causa y posteriormente pasaron a formar parte del órgano sentenciador —STC 106/1989, de 8 de junio de 1989, entre otras— tal doctrina podría ser aplicable al caso.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998, dictada en el asunto Castillo Algar contra el Reino de España, ha apreciado vulneración del artículo 6.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que consagra el derecho a un juicio justo y a que la causa se juzgue por un tribunal independiente e imparcial. El Tribunal manifiesta que el hecho de

[13] La STS 776/1999, de 18 de mayo, resume la doctrina de la Sala Segunda, citando jurisprudencia anterior: "En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (cfr. SSTS 22.9.92 y 30.3.93)".

[14] Cándido Conde-Pumpido Tourón. "Doble instancia y recurso de casación". Ponencia presentada al XIV Congreso de Jueces para la Democracia San Lorenzo del Escorial, noviembre de 1999.

[15] En El Diario de Noticias La Ley, de 21 de enero de 2000, se informa de un acuerdo de los magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona, adoptado el 10 de enero, de continuar conociendo de casos sobre los que han resuelto en fase de instrucción, frente el criterio ya mantenido en la Audiencia de Madrid de reparto cruzado de procedimientos Esta medida se adoptó en la capital para evitar que un mismo tribunal resuelva recursos sobre un asunto que luego haya de juzgar.

que el presidente y el ponente del tribunal sentenciador formaran parte de la Sala que rechazó el recurso del demandante contra su procesamiento, en un auto en el que afirmaban la existencia de indicios suficientes para concluir la comisión de un delito militar, determina que, contrariamente a lo sostenido por el Gobierno español, ambos jueces quedaran contaminados por su participación en la instrucción, de tal forma que la imparcialidad del tribunal sentenciador puede suscitar serias dudas y los temores del demandante pueden estar objetivamente justificados. Aunque en el f.j. 46 se expresa —con cita del caso Hauschildt— que el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, en sí, justificar las dudas respecto a su imparcialidad; sin embargo, la circunstancia concurrente en el caso de haber formado parte de la Sala que confirmó el procesamiento y luego integrar el Tribunal sentenciador determinó la contaminación de los dos magistrados, entendiendo el TEDH que este caso es semejante al existente en el asunto Oberschlik, en el que un juez que había participado en la anulación de un sobreseimiento tomó parte ulteriormente en el examen de la apelación dirigida contra la condena del recurrente (sentencia Oberschlik contra Austria, de 23 de mayo de 1991) —f.j. 49—.

Esta situación puede plantearse habitualmente en nuestro proceso penal, en el que el tribunal llamado a decidir sobre la corrección en derecho de una resolución del instructor, como el procesamiento, la adopción de medidas cautelares o el sobreseimiento, ha de fundar en derecho su decisión, para lo cual necesariamente habrá de razonar acerca de la existencia de indicios de actuación delictiva del afectado por el recurso.

Ante ello, parece oportuno proponer la determinación de la competencia para resolver los recursos de carácter devolutivo contra las resoluciones del Juez de Instrucción, para ante un órgano colegiado distinto de las Audiencias Provinciales.[16]

Esta modificación podría introducirse en nuestro derecho orgánico y procesal, de modo que el órgano colegiado llamado a resolver estos recursos —generalmente de apelación— fuese un órgano colegiado constituido en los Tribunales Superiores de Justicia. En el ámbito de éstos, podría ser la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Penal, la competente para ello, para lo cual bastaría con modificar la norma procesal y dar en ella plenitud de sentido a la previsión competencial ya establecida en el artículo 73.3. c) de la LOPJ, que le atribuye "el conocimiento de los recursos de apelación en los casos previstos en las leyes".[17]

Dicha alteración competencial no comportaría necesariamente reforma de la LOTJ, pues el recurso de apelación establecido en el artículo 32.2 para ante la Audiencia Provincial no genera el recelo de continuo examen, dada la específica composición del órgano sentenciador en causas ante el Tribunal del Jurado.

A MODO DE RESUMEN

La precedente exposición ha tratado de mostrar: a) la lamentable situación en que se hallan, tras diez años de su constitución, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, sin que hasta el momento se hayan adoptado medidas eficaces para la adecuación de sus competencias; b) el sinuoso camino recorrido con los intentos legislativos de dotación de nuevas cargas competenciales, de los cuales el más novedoso y sugerente, cual es la atribución del recurso extraordinario por infracción procesal, ha quedado por el momento en el camino; c) la existencia de nuevas perspectivas de actuación, en el ámbito de la jurisdicción penal, con pleno respeto a lo prevenido en el artículo 152 de la CE, perspectivas que habrán de ser objeto de, al menos, una reflexión cuidadosa.

No se trata, ciertamente, de que se dote de nuevas competencias a las repetidas Salas por la vía de acumulación de detritus, de modo que terminen conociendo de todo aquello que nadie sepa dónde residenciar; sino de que se culmine con acierto la previsión constitucional de configuración autonómica del Estado, también en orden a las competencias de los tribunales de justicia.

Todo ello para evitar que, en la creación de nuevos órganos y en la atribución de nuevas competencias a los existentes, sea de aplicación la conocida Ley de Leahy: *Si se hace algo mal con bastante frecuencia, se convierte en correcto.*

[16] En esta línea argumental se planteó la comunicación presentada al XIV Congreso de Jueces para la Democracia, noviembre de 1999, por Alfonso Ballestín y por quien esto suscribe.

[17] Al efecto puede ser tomado en consideración el modelo vigente en Francia. En el procedimiento penal francés rige el principio de doble instancia en la instrucción, de modo que las resoluciones de mayor calado adoptadas por el *Juge d'instruction* son recurribles ante la *Chambre d'acussation*. Ésta es un órgano colegiado, establecido en sede de la *Cour d'appel*, ante el cual se replantean las *ordonnances* pronunciadas por el juez: especialmente, *ordonnance de non lieu* y *ordonnance de renvoi*, equivalentes en forma aproximada a nuestros autos de sobreseimiento y de continuación del trámite, respectivamente. Hasta el punto de que, en casos de infracción grave, la ley exige que la instrucción pase obligatoriamente por dos grados de jurisdicción.

La *Chambre d'acussation*, que revisa las resoluciones del *Juge d'instruction*, no tiene funciones sentenciadoras, al no constituir *juridiction pénale de jugement*.