

El derecho fundamental al
recurso en el orden penal y la
interpretación del artículo 24.1
de la Constitución de
conformidad con el Derecho
internacional y europeo de los
derechos humanos (especial
referencia a la situación de los
aforados y a los supuestos de
conexidad): un ejemplo de
desafortunada jurisprudencia
constitucional

Alejandro Saiz Arnaiz

Catedrático de Derecho Constitucional UPV-EHU
Profesor Ordinario en la Escuela Judicial

Sumario: I. Introducción. II. Hechos y propuestas. III. El derecho al doble grado de jurisdicción de toda persona declarada culpable de un delito. IV. El aforamiento de los diputados y senadores. V. Las razones (y alguna sinrazón) del Tribunal Constitucional: repaso crítico: 1. Tratados internacionales e interpretación (defectuosa, por interesada) de los derechos fundamentales; 2. El aforamiento y el doble grado de jurisdicción, o de las ponderaciones implícitas del constituyente y del legislador; 3. El empleo indebido (y el silencio injustificable) de la jurisprudencia internacional. VI. Conclusiones y propuestas

I. INTRODUCCIÓN

En una serie de recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional se ha planteado la compatibilidad entre el aforamiento de los miembros de las Cortes Generales y el derecho fundamental al recurso en el orden penal. El problema, como se sabe, dista de ser una novedad. Ya en la STC 51/1985, de 10 abril, el alto Tribunal consideró que la garantía que representa el

conocimiento en única instancia de las causas contra Diputados y Senadores por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo («órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales») justifica la falta de un segundo grado jurisdiccional¹. Ahora, en alguna de las sentencias que se tratarán inmediatamente, parece volverse sobre el problema planteándolo en términos de mayor complejidad, aunque la respuesta última acabe por ser idéntica. Hasta aquí la primera vertiente de la cuestión que se analizará en las páginas que siguen.

La segunda faceta tiene que ver con un supuesto diferente aunque para nada desconectado del anterior. A modo de pregunta podría formularse del siguiente modo: ¿Resulta constitucionalmente admisible la privación del derecho al doble grado de jurisdicción respecto de un no aforado que se ve arrastrado a la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al encontrarse procesado en la misma causa que un Diputado o Senador?

Las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha conocido últimamente de pretensiones vinculadas a la eventual vulneración del artículo 24.1 CE –o, en su caso, del 24.2 CE– a resultas del enjuiciamiento por el Tribunal Supremo en única instancia de aforados y de otras personas encausadas en idéntico sumario sin serlo, son las números 64, 65, 66, 123, 126 y 127, todas ellas del año 2001. La doctrina jurisprudencial se fijó en las tres primeras, y a ellas dedicaremos nuestra atención de manera preferente. De las otras tres poco puede decirse. Referidas al conocido como asunto FILESA baste con notar aquí que el Tribunal Constitucional inadmite a trámite la pretensión de los demandantes de amparo relativa a la lesión del derecho al recurso penal². Con posterioridad a estas Sentencias se dictó la STC 70/2002, de 3 abril, que, si bien en nada referida a supuestos de aforamiento, es de *notable importancia* en cuanto al derecho al doble grado de jurisdicción. Las alusiones a esta última decisión serán también abundantes en este trabajo.

Enmarcado en estos términos el objeto del presente estudio estamos ya en

¹ «Determinadas personas –puede leerse en el F. 3 de la mencionada STC– gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados 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».

² En la STC 123/2001, de 4 junio, en la que el demandante era aforado, se afirma que la inadmisión trae causa de la «carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo» [art. 50.1 c) LOTC] [Antecedentes, ap. 4 c)]. En las SSTC 126 y 127/2001, también de 4 junio, en las que los recurrentes no eran titulares del fuero procesal, puede leerse en los Antecedentes (siempre en el ap. 4) que mediante sendas Providencias el Tribunal acordó inadmitir la queja relativa a la lesión del art. 24.1 CE tocante a la «doble instancia penal». No quedan así nada claras las razones de la inadmisión en ninguno de los supuestos. La relevancia de esta falta de claridad es, a nuestros efectos, muy relativa: ya se ha dejado escrito en el texto que la doctrina del alto Tribunal en la materia se desprende de las otras tres decisiones, sobre las que se volverá inmediatamente.

condiciones de adentrarnos en el relato de los hechos que condujeron a las sentencias que interesan y de formular algunas propuestas que son, al tiempo, un avance de las conclusiones a las que se quiere llegar.

II. HECHOS Y PROPUESTAS

En fecha 6 de abril de 2001 el suplemento correspondiente del «Boletín Oficial del Estado» publicó una serie de Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional (números 63 a 70, de 17 marzo de ese mismo año) dictadas todas ellas a resultas de distintos recursos de amparo planteados por algunos de los condenados por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el conocido como caso Marey³ (Sentencia 2/1998, de 29 julio; causa especial 2530/1995). En tres de aquellas Sentencias, en concreto las números 64, 65 y 66, los demandantes de amparo alegaban, entre otras, vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción por entender que se les había privado del mismo al haber conocido de la causa en instancia única el Tribunal Supremo a resultas del enjuiciamiento conjunto de delitos conexos decidido por este Tribunal en aplicación de los artículos 17, 272 y 300 de la Ley procesal penal al encontrarse encausada una persona aforada⁴. Los antecedentes a los que se vinculan las sentencias de amparo que aquí interesan son los siguientes.

A finales del mes de marzo de 1988 se presentó ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 una querrela firmada por más de cien ciudadanos dirigida contra los ex-policías J. Amedo y M. Domínguez, «y contra cualesquiera otras personas que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en la organización GAL». Entre los hechos que se relatan como perseguidos en tal querrela, que dio lugar a la apertura del Sumario 1/1988, aparece el secuestro de S. Marey. Acordados por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional varios desgloses para su tramitación separada, uno de ellos fue el relativo al secuestro recién mencionado, procedimiento designado como Sumario 17/1989 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5⁵.

En un momento de la instrucción, y en declaraciones prestadas ante el Ma-

³ Un comentario a algunos de los contenidos de estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional puede encontrarse en JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «El derecho al juez imparcial: luces y sombras en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (A propósito de los recursos de amparo contra la STS núm. 2/1998, causa especial núm. 2530/1995, recaída en el “Caso Marey”. Especial tratamiento de la STC 69/2001, de 17 marzo, “Vera c. Sala Segunda del TS”)», *RTC Aranzadi*, núm. 5, 2001. Puede también consultarse, sobre la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, 1999, *passim*.

⁴ Idéntico criterio de conexidad justificó el sumario único en el ya referido caso FILESA.

⁵ Con posterioridad, y mediante Auto de 27 marzo 1995, el procedimiento que se venía tramitando como Sumario 17/1989, se acumuló al 1/1988, del que seis años antes se había desglosado.

gistrado que la conducía, el Sr. Amedo implicó en los hechos (y entre otras personas) al entonces Diputado, y Ministro del Interior al producirse el secuestro, Sr. Barrionuevo. Al entender que existían indicios de responsabilidad criminal contra éste y otros aforados (ninguno de los cuales sería finalmente procesado), el Magistrado que venía instruyendo el sumario dirigió exposición razonada a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que aceptó su competencia designando un nuevo instructor de entre sus miembros y acordando que fuera el Pleno de la Sala el que entendiera de la causa. Continuada la instrucción, la Sala Segunda solicitó autorización al Congreso para dirigir el procedimiento contra el Sr. Barrionuevo. Concedido el suplicatorio, y tras la realización de otras diligencias, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó Auto de apertura de juicio oral en fecha 24 septiembre 1997, *excluyéndose del objeto del proceso todos los hechos posteriores al secuestro de don S. Marey* al entenderse, con criterio restrictivo en cuanto al concepto de delitos conexos, que la razón de ser de la propia competencia en la causa se debe a

«que aparece procesado en la misma el Excmo. Sr. D. José Barrionuevo Peña, Diputado del Congreso, y éste sólo está implicado en los hechos relativos al secuestro de Segundo Marey, a su integración en el grupo de quienes llevaron a cabo dicho secuestro y al uso de los fondos públicos que para dicha acción se utilizaron [por lo que] entendemos que este procedimiento sólo habrá de referirse a los delitos que pudieran haberse cometido por tales hechos, excluyendo aquellos otros que, referidos también en el citado auto de procesamiento dictado por el Juzgado Central de Instrucción número 5 en el Sumario 1/1988, nada tienen que ver con el mencionado secuestro»⁶.

Dictada sentencia, la mayoría de los condenados elevaron distintos recursos de amparo sosteniendo en algunos de ellos, y entre otras, vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción ya que el conocimiento de la causa por el Tribunal Supremo, obligado a resultas de la condición de aforado de uno de los procesados, les había privado de la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio⁷. Sostuvieron los demandantes de amparo, en los términos que el Tribunal Constitucional emplea al reproducir su pretensión,

«que la doctrina constitucional, que entiende que las garantías que protegen a Senadores y Diputados compensan la ausencia de doble instancia, debe ser matizada en este caso, dado que el recurrente no es aforado y, por tanto, no ha utilizado ningún fuero especial, porque su condición no se lo permitía»⁸.

Hasta aquí el apretado resumen de los hechos antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Para el análisis que ahora quiere llevarse a cabo interesa insistir en los siguientes aspectos:

⁶ F. 2 del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1997, reproducido parcialmente en el F. 5 de la STC 64/2001 y en el F. 4 de las SSTC 65 y 66/2001.

⁷ Esta alegación aparece, en concreto, en los amparos planteados por los señores Sancristóbal (STC 64/2001), Henz y Corujo (STC 65/2001), y Hierro y Planchuelo (STC 66/2001).

⁸ F. 5 STC 64/2001, reproducido como F. 4 en las SSTC 65 y 66/2001.

a) *Ninguno de los recurrentes* en las ya conocidas SSTC 64-66/2001 *era persona aforada*; de hecho, el único titular de fuero especial en el proceso por el secuestro de S. Marey, a saber, el Diputado socialista J. Barrionuevo, no alegó en su recurso de amparo⁹ vulneración del derecho fundamental al que me vengo refiriendo.

b) Todos los procesados en la causa especial 2530/1995, y condenados en la aludida STS 2/1998, de 29 julio, de la Sala Segunda, fueron *arrastrados* a la competencia del alto Tribunal por la condición parlamentaria del Sr. Barrionuevo, circunstancia que delimitó el ámbito del proceso a los hechos en los que éste estaba presuntamente implicado (el secuestro, su integración en el grupo de quienes lo llevaron a cabo y el uso de fondos públicos utilizados para dicha acción, y no cualesquiera otros cometidos por los GAL), de acuerdo con el entendimiento estricto de la conexidad sostenido por la Sala Segunda en el ya citado Auto de apertura del juicio oral.

Las sentencias del Tribunal Constitucional a las que me vengo refiriendo (64-66/2001) no son, ya se ha dicho en la Introducción, las primeras en las que el supremo intérprete de la Constitución se enfrenta al aforamiento y a su compatibilidad con la privación del derecho al recurso. Son, sin embargo, las primeras en las que se resuelve, declarando su constitucionalidad, sobre idéntica privación cuando el afectado no es Diputado o Senador, habiendo sido privado del doble grado de jurisdicción a resultas de su enjuiciamiento por el Tribunal Supremo al encontrarse procesado en la misma causa alguno de aquéllos¹⁰. Insistiré, no obstante, en que las reflexiones que aquí se harán valen no sólo para los no aforados, sino también para los miembros de las Cortes Generales¹¹.

Para mayor claridad conviene avanzar desde este mismo momento la tesis última que aquí se mantendrá: la pura y simple supresión del derecho al recurso, que parece ser una consecuencia natural, si no obligada, del aforamiento establecido para los Diputados y Senadores, no resulta directamente de la Constitución que, antes bien, impone, a mi juicio, el resultado contrario. La interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, de la que se trae para todo condenado el derecho al doble grado de jurisdicción, es también obligada en la hipótesis a la que alude, en lo que ahora

⁹ Decidido por la STC 68/2001, también de 17 marzo.

¹⁰ Situación que se reproduce, como ya sabemos, en las SSTC 126 y 127/2001, aunque como también sabemos en éstas el Tribunal inadmitió la queja referida a la privación del doble grado de jurisdicción.

¹¹ Las páginas que siguen se limitan, tal y como acaba de aclararse, al fuero especial de diputados y senadores en el orden jurisdiccional penal, prescindiéndose de todo tratamiento de otras hipótesis de aforamiento (que pueden provocar fenómenos de *arrastré* como el que se acaba de describir) de las muchas previstas en nuestro ordenamiento jurídico [véanse, en materia penal, el art. 57, aps. 2 y 3 LOPJ, y, con muy distintos efectos en cuanto a la privación del derecho al recurso, el art. 73.3, letras a) y b), de la misma Ley Orgánica].

interesa, el artículo 71.3 CE, por lo que también en estos casos los titulares del fuero procesal allí aludidos y condenados (en instancia única por el Tribunal Supremo) habrían de disponer de una posibilidad de recurso. En otros términos: el derecho al doble grado de jurisdicción ha de predicarse de cualquier persona condenada por el Tribunal Supremo en instancia única, con independencia de que se trate de un aforado o de alguien que ha sido juzgado por dicho alto Tribunal por razón de conexidad.

III. EL DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN DE TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO

Es de sobra conocido que nuestra Constitución no explicita en ninguna de sus disposiciones un pretendido derecho al recurso¹². Es igualmente sabido que el Tribunal Constitucional ha venido considerando, ya desde su primera jurisprudencia, que el mencionado derecho no sería, en el orden jurisdiccional penal, sino una más de las facultades o posiciones jurídicas mediante las que se manifiesta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con el que se abre el artículo 24.1 CE. Y ello merced a la interpretación de este último de conformidad con los tratados internacionales (en este caso, el art. 14.5 PIDCP) tal y como impone el artículo 10.2 CE. En palabras del Tribu-

¹² Los términos doble instancia y recurso (este último se equipara en estas páginas al de doble grado de jurisdicción) no pueden considerarse como sinónimos. De hecho, con buen criterio, el Tribunal Constitucional ha ido depurando su propia terminología y ha dejado de emplear en esta materia toda referencia a la doble instancia, algo que, como se comprobará inmediateamente, hizo en sus primeros pronunciamientos (y, todavía hoy, hace en algunas ocasiones).

Si se asume, siempre en el ámbito penal, que la doble instancia reclama una apelación (ya sea plena o limitada), es evidente que la exigencia que resultaría del derecho fundamental en cuestión sería más intensa que la predicable de un genérico o inconcreto derecho al recurso, dentro del que cabría sin dificultades el de casación. En este contexto es obvio que en un ordenamiento como el nuestro el problema se plantea de modo muy diferente para, por un lado, los aforados y quienes por razón de conexidad son juzgados en única instancia por el Tribunal Supremo y, por otro, la generalidad de quienes se ven sometidos a un proceso penal. En el primer supuesto, contra la sentencia que se dicte no cabe recurso de ningún tipo (más allá del extraordinario de revisión); en el segundo, son imaginables (sin perjuicio, de nuevo, del recurso de revisión) el recurso de apelación (en los casos de procedimiento abreviado, juicio de faltas y procedimiento ante el Tribunal del Jurado) y el de casación (único posible frente a las sentencias dictadas en el procedimiento ordinario), cuyos márgenes son, al menos en teoría, bien distintos. Así las cosas, no es ni mucho menos lo mismo afirmar que del art. 24.1 CE emana el derecho fundamental al recurso (valdría la casación), que sostener la existencia de un derecho fundamental a la doble instancia que, en puridad, sólo se alcanzaría a través de la apelación. A la postre, y sobre esto volveremos más adelante, todo dependerá de la interpretación que se quiera hacer del art. 14.5 PIDCP: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

Un completo estudio sobre el derecho al recurso en el orden penal y los contenidos constitucionales del mismo se encuentra en VARELA GÓMEZ, B. J.: *El recurso de apelación penal*, Valencia, 1997, en particular, pgs. 38-133.

El derecho fundamental al recurso en el orden penal...

nal Constitucional: «el derecho a la segunda instancia en el orden penal [...] es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE»¹³.

En este sentido, se evidencia una clara distinción constitucional en el tratamiento del derecho a los recursos en el orden penal y en los demás órdenes jurisdiccionales. Así, mientras que en aquél la libertad del legislador para decidir sobre el sistema de recursos «tiene un límite [...] que viene impuesto por el artículo 14.5 del Pacto»¹⁴, en los demás casos «el derecho a los recursos es un derecho de estricta configuración legal»¹⁵.

Marcando esta diferencia, en definitiva, *incorporando a la Constitución el derecho al recurso penal*, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una labor de identificación de los contenidos constitucionalmente declarados del derecho a la tutela judicial efectiva que le venía impuesta por la interpretación internacionalmente adecuada de los derechos fundamentales que resulta del artículo 10.2 CE¹⁶. Nada existe, en tratado o acuerdo internacional de ningún tipo, equiparable a la previsión que *para toda persona condenada por un delito* resulta del artículo 14.5 PIDCP, por lo que nada puede extraerse por semejante vía interpretativa para los recursos en los órdenes jurisdiccionales diversos del penal.

El principio fue formulado por vez primera en la STC 42/1982, de 5 julio (F. 3):

«el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidas por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho [...]. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno [...] 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 artículo 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 este género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento».

Sólo dos semanas más tarde, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad, y aclarando las diferencias entre el orden penal y el laboral, con consideraciones que pueden proyectarse sin dificultad a los ámbitos civil y con-

¹³ STC 200/2000, F. 2, con remisión a abundante jurisprudencia del mismo Tribunal. Un muy completo resumen de la jurisprudencia constitucional en la materia se encuentra en la STC 70/2002, de 3 abril, F. 7, ap. b).

¹⁴ STC 37/1988, F. 5 (amparo decidido por el Pleno del Tribunal). Véase, en este mismo sentido, STC 113/1992, F. 5.

¹⁵ Entre otras muchas, STC 293/2000, F. 2. A la «libertad del legislador» para el «establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso», salvo en materia penal, aluden, por ejemplo, las SSTC 210/2001, F. 2; 88/2002, F. 2, y 108/2002, F. 3.

¹⁶ Me permito remitir al lector a SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. Al artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999, *passim*.

tencioso-administrativo¹⁷, afirmaba el mismo Tribunal que nada se opone en la Constitución:

«a la existencia de recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia, si bien es cierto que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (pues tal imposición no se infiere ni siquiera del art. 24 CE), ni en materia de jurisdicción laboral hay tampoco norma equivalente al artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos concerniente al proceso penal»¹⁸.

Con posterioridad, el alto Tribunal decantaría el derecho al recurso penal predicándolo únicamente, y así resulta del artículo 14.5 PIDCP, del condenado, y no de cualesquiera otras partes del proceso¹⁹.

En alguna oportunidad el Tribunal Constitucional ha utilizado también el Protocolo Séptimo del Convenio Europeo de Derechos Humanos en apoyo de su interpretación del artículo 24.1 CE en la materia ahora estudiada²⁰. A fecha de hoy, como se sabe, España no ha ratificado aún el mencionado Protocolo²¹, por lo que su utilización a efectos interpretativos no puede dejar de resultar chocante (se trata de una norma no vigente en nuestro ordenamiento jurídico)²². De igualmente sorprendente ha de calificarse dicho

¹⁷ En el ámbito contencioso-administrativo puede verse la trascendental STC 89/1995.

Lo que vale para la jurisdicción penal puede ampliarse a la penal-militar (aunque no al contencioso-militar).

¹⁸ STC 51/1982, F. 3.

¹⁹ STC 123/1986, F. 2 (negando tal derecho al procesado absuelto que sólo pretende la revisión de los fundamentos de la resolución) y, sobre todo, SSTC 33/1989, F. 4 y 37/1988, F. 5 (recurso de amparo, este último, decidido por el Pleno).

²⁰ El art. 2 del citado Protocolo afirma:

«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 ley.

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».

Conviene recordar ahora que al firmar este Protocolo España procedió, entre otras, a la siguiente declaración: «1. El Tribunal Supremo, a los efectos del art. 2, párr. 1, es órgano jurisdiccional superior».

²¹ Sobre las vicisitudes de la no-ratificación, autorizada por las dos Cámaras de las Cortes Generales en la pasada VI Legislatura, puede verse el «Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados», sesión de 23 mayo 2001, núm. 235.

²² Tal sucede en las SSTC 102/1994, F. 3; 259/1994, F. 1, 89/1995, F. 4 y 70/2002, F. 7. En la primera de ellas se afirma que la doble instancia en la jurisdicción penal «configurada precisamente como garantía en el Convenio Europeo de Derechos Humanos [...] (art. 2.1, Protocolo Séptimo), y como tal por ello mismo integrada en el ámbito de la tutela judicial, conlleva la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales ante un juez superior».

Mucho más recientemente, en la STC 196/1998, F. 1, el Tribunal ha aludido a la «apela-

empleo por un doble orden de razones adicionales: en primer lugar, porque la referencia al Protocolo Séptimo puede considerarse innecesaria en la medida en que el derecho aludido se encontraba ya consagrado en la jurisprudencia constitucional a partir del artículo 14.5 PIDCP. En segundo lugar, porque cuando se refirió por vez primera al Protocolo implicado, el propio Tribunal Constitucional recordó, entonces sí, que no se encontraba ratificado por España; recordatorio éste que olvidaría en algunas ocasiones posteriores²³. Parece obligado en estos casos hablar de *despiste* del Tribunal que no provoca efectos de importancia sobre la «ratio decidendi».

Puede apuntarse un nuevo dato que evidencia algún titubeo en la jurisprudencia constitucional en esta materia. Me refiero a que el más alto intérprete de la Constitución no acaba de *fijar* el derecho al doble grado de jurisdicción en una concreta disposición constitucional o, más precisamente, en alguno de los derechos fundamentales aludidos «nominatim» en el artículo 24 CE. Del repaso a las sentencias en la materia puede concluirse que si bien en un primer momento se acudió por el Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con posterioridad se encajó el derecho al recurso en el ámbito de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pudiéndose apreciar últimamente el empleo de ambos referentes de manera indistinta. Así, por ejemplo, en las decisiones de las que se viene tratando desde el comienzo de estas páginas, SSTC 64-66/2001, con tenor que se reproduce en todas ellas, el Tribunal afirma que

«el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE (SSTC 42/1982, de 5 junio, F. 3; 76/1982, de 14 diciembre, F. 5; 60/1985, de 6 mayo, F. 2; 140/1985, de 21 octubre, F. 2; 30/1986, de 20 febrero, F. 2; 190/1994, de 20 junio, F. 2; 133/2000, de 16 mayo, F. 3)».

Y se produce la curiosa paradoja de que en tres de estas decisiones del

ción como exigencia del Convenio de Roma». Manifiesto equívoco por cuanto dicho Convenio (insisto: aún no ratificado) no impone la apelación sino únicamente el examen de la condena o de la declaración de culpabilidad por un tribunal superior.

²³ La STC 113/1994, F. 5, es un perfecto ejemplo de una muy correcta utilización del referente internacional en esta materia. En efecto, puede allí leerse cómo las garantías en el proceso que protegen los arts. 24.2 CE y 14.5 PIDCP suponen «el derecho no tanto a una doble instancia como a que el fallo condenatorio y la pena impuesta “sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo previsto por la Ley”», a la vez que se afirma que el mandato que se deriva de aquellas disposiciones no es suficiente para crear por sí solo recursos inexistentes, «pero obliga a interpretar conforme a la Constitución los recursos previstos por el legislador y, a la par, actúa como límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador (con excepciones como puede ser la dispuesta para cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta, en el art. 2.2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, *aún no ratificado por España* [...])». La cursiva está añadida. Este mismo recordatorio de la no ratificación consta en la STC 41/1998, F. 11, y en el ATC 104/2002, de 17 junio, F. 3, donde es el propio demandante de amparo quien hace constar, tal y como observa el Tribunal, la no ratificación.

Tribunal Constitucional el derecho en cuestión se incardina, *contrariamente a lo que ahora se nos dice*, no en el 24.2 CE sino en el apartado precedente de este mismo artículo²⁴.

En cualquier caso ha de reconocerse que poca (*rectius*: ninguna) trascendencia tiene la ubicación formal del derecho al recurso penal en una u otra sede (en uno u otro párrafo del art. 24 CE), aunque no deja de ser censurable que el Tribunal Constitucional haya sido incapaz por el momento de mantener un criterio único, máxime en el ámbito de una disposición constitucional tan necesitada (y tan carente, hoy por hoy) de claridad interpretativa²⁵.

Prescindiendo en este momento de la abundante jurisprudencia constitucional que ha depurado progresivamente (aunque no totalmente, como acaba de recordarse) los contornos del derecho aquí estudiado, en particular por referencia a la casación penal, que cumple, al menos en parte, el papel del recurso al que se refiere el artículo 14.5 PIDCP²⁶, podría concluirse, de cuanto hasta aquí se ha dicho, lo siguiente:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no crea por sí mismo recursos no previstos en la legislación procesal penal (su art. 14.5, que remite a la Ley, no es una norma *self-executing*), pero obliga a interpretar aquella legislación, a tenor del artículo 10.2 CE, en el sentido más favorable (y aquí, a diferencia de cuanto sucede en otros órdenes jurisdiccionales, juega el principio *pro actione*²⁷) a la existencia de un recurso ante un Tribunal superior por parte de toda persona declarada culpable de un delito.

²⁴ Tal ocurre en las SSTC 140/1985; 190/1994, y 13/2000. Para colmo de confusión ha de mencionarse la STC 12/2002, de 28 enero, F. 2, en la que el derecho al recurso penal se ubica indistintamente en los dos apartados del art. 24 CE.

²⁵ Sobre el particular puede consultarse el excelente número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000.

²⁶ La lista de sentencias a este propósito sería muy larga. Valgan, por todas, las referencias a las SSTC 37/1988, F. 5, y 184/1997, F. 5. En la primera se establece que el art. 14.5 PIDCP deja libertad al legislador nacional («conforme a lo prescrito por la Ley») sobre «cuál sea ese Tribunal superior y cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena [...]. Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación [...]; y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal Superior». En la segunda puede leerse, con cita de algunos pasajes de la anteriormente citada, cómo el art. 14.5 PIDCP «no establece propiamente una doble instancia, sino un sometimiento del fallo y de la pena a un Tribunal superior, lo que *ex* art. 10.2 CE, ha llevado a una interpretación “integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación de la casación”, conforme a la cual ésta sirve no sólo a los efectos de satisfacer “un mandato al legislador interno”, sino que viene a ser cauce del ejercicio de un “derecho fundamental para el ciudadano”».

²⁷ La alusión a este principio en el ámbito ahora estudiado puede verse en la jurisprudencia reciente, por ejemplo, en las SSTC 12 (F. 2), 22 (F. 2), 62 (F. 2), 71 (F. 3), 78 (F. 2), 88 (F. 2), 91 (F. 3), 108 (F. 3), 120 (F. 3), y 164 (F. 3), todas ellas de 2002.

El derecho fundamental al recurso en el orden penal...

b) La casación penal puede asumir así un «carácter necesario», no predicable de idéntico recurso (o, más en general, de otros recursos) en otros ámbitos procesales²⁸.

c) La libertad del legislador para decidir sobre el sistema de recursos dentro de cada proceso «tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el artículo 14.5 del Pacto»²⁹.

Ya para concluir este punto hay que recordar ahora que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Dictamen de fecha 20 julio 2000, *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*³⁰, consideró, en el supuesto concreto, que el recurso de casación, dado su limitado objeto, provoca «la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena» sean revisadas «íntegramente», por lo que «no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto»³¹. El Comité declaró que «la condena del autor (sic) debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto», concluyendo que «en un plazo de 90 días» habría de recibir información del Estado parte «sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen»³². A la postre, este Dictamen venía a cuestio-

²⁸ La cita del carácter necesario es de la STC 230/1993, F. 2.

²⁹ STC 37/1988, F. 5. También 113/1992, F. 5, 12/2002, F. 2, y 91/2002, F. 3.

³⁰ Comunicación 701/1996 (CCPR/C/69/D/701/1996).

³¹ La cursiva se ha añadido.

³² La reacción inicial del Tribunal Supremo a este Dictamen se encuentra en la Nota de Prensa emitida por dicho Tribunal el día 13 de septiembre de 2000. Se afirma allí que la Sala de lo Penal «ha tomado conocimiento del Dictamen», acordando dar cumplimiento al mismo, de manera «que sea el Tribunal que conoció del recurso de casación el que dé respuesta concreta a las pretensiones del recurrente», añadiendo más adelante, en manifiesto rechazo de la opinión del Comité de Derechos Humanos, que el recurso de casación «ya constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto Internacional [...]»; es decir, sosteniendo justo lo contrario de cuanto había declarado aquel Comité.

Sobre este Dictamen pueden consultarse, FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Apresurado comentario al “informe” o “exposición” del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso “Gómez Vázquez c. España” (10-28 julio 2000)», *Poder Judicial*, núm. 60, 2000, pgs. 225 y ss.; JAÉN VALLEJO, M.: «La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 septiembre 2000, pgs. 1-4, y (segunda parte) 23 noviembre 2000, pgs. 4-6; MAZÓN COSTA, J. L.: «La casación española incumple el derecho a la segunda instancia penal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», en la misma Revista, 19 octubre 2000, pgs. 4-6; del mismo autor, y siempre en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, «La agonía de la casación penal española como segunda instancia», 29 marzo 2001, pgs. 5-6 (el autor de estos dos últimos trabajos es el abogado del recurrente ante el Comité de Derechos Humanos). Véase también el detallado estudio de FONT SERRA, E.: «La exigencia de la doble instancia en el proceso penal», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, segundo semestre de 2002, núm. 1, pgs. 5-27.

Por *El País* de fecha 15 de septiembre de 2001 se supo que, ante la pasividad española, el Relator Especial del Comité hubo de dirigirse al Gobierno para que le informara de las medidas adoptadas para cumplimentar el Dictamen. Tales medidas llegarían de la mano del Auto del Tribunal Supremo de 14 diciembre 2001.

En efecto, mediante el referido Auto el Tribunal Supremo vino a dar *ejecución* (si se me

nar, en cierto modo y siempre para el caso concreto, la voluntariosa actitud de nuestro Tribunal Constitucional para quien, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente repasada, la casación penal, con los límites que para la misma resultan de su vigente regulación en la legislación procesal, podría, en alguna medida, cumplir la exigencia impuesta por el artículo 14.5 PIDCP³³. Frente a esta actitud voluntarista se había advertido en un voto particular firmado por cuatro magistrados en la ya conocida STC 37/1988:

«Es comprensible que, al amparo del artículo 14.5 del Convenio de Nueva York, se intente aplicar la exigencia en todos los casos de la doble instancia en materia penal: Sometimiento al Tribunal superior, entendiéndose que la casación penal cumple esos fines, *lo que no es enteramente cierto, porque ese recurso es extraordinario, tasado, sujeto a requisitos especiales que no todos los recursos pueden cumplir, resultando así que no todos los recurrentes tienen acceso a ese peculiar medio de impugnación, cuyo fin primero, no se olvide, es el de la unificación de la jurisprudencia para uniformar, dentro de la igualdad, los criterios de los Tribunales de instancia. Lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales (hoy sólo para faltas y delitos menores), tarea, por supuesto, del legislador [...]*»³⁴.

No creo, y aquí comparto el criterio del Tribunal Constitucional, que pueda descartarse *de plano* la compatibilidad de nuestro recurso de casación penal con el artículo 14.5 PIDCP. En otros términos: una cierta interpretación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal y, de otro lado, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre aquella disposición del Pacto, ha-

permite el empleo del término) del aludido Dictamen desestimando la pretensión de nulidad de la condena impuesta a Gómez Vázquez, C., y aunque es cierto que puede, cómo no, discreparse de esta resolución, de lo que no puede en ningún caso dudarse es de su carácter bien trabado y motivado. Más aún, creo que ha de reconocerse el singular esfuerzo desplegado por la Sala que, más allá de las circunstancias del caso concreto (que se tratan de manera detenida), ha teorizado sobre la, en su criterio, imposible ejecución hoy por hoy de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento.

³³ A este Dictamen se refiere el Magistrado discrepante en las SSTC 64-66/2001, para notar que teniéndolo en cuenta, aunque sin citarlo, «tal vez [...] la mayoría ha efectuado un importante cambio en la que venía siendo nuestra doctrina tradicional al respecto», y para sostener «que el cambio efectuado constituye, en mi opinión, un progreso». Da la sensación de que Vives Antón quiere aludir al hecho, sobre el que se volverá más adelante, de que sus colegas reconozcan, por vez primera, que el art. 71.3 CE no impone la instancia única.

³⁴ Punto 3 del voto particular firmado por cuatro Magistrados (se ha añadido la cursiva). Como se sabe, en el sentido de incorporar la apelación a todos los procesos penales van la práctica totalidad de las iniciativas que se están formulando desde distintos ámbitos (entre otros, el propio Tribunal Supremo) en la perspectiva de la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse *Del modo de arreglar la Justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000; en concreto, pg. 35 (propuesta al respecto del Consejo General del Poder Judicial), y pgs. 97 y 111 (propuestas en esta materia del Tribunal Supremo).

Reenvío ahora al lector al último epígrafe de este trabajo a propósito de cuanto allí se dice acerca del Borrador de LOPJ aparecido en el mes de mayo de 2002.

rían posible, en principio, el encaje en esta última de la casación hoy prevista en el código procesal penal. En su STC 70/2002, de 3 abril, el Tribunal Constitucional ha sostenido esta idea aunque prescindiendo, eso sí, de toda referencia al *case-law* del Comité. Se nos dice allí (F. 7) que conforme a la propia doctrina,

«existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto».

Unas reglas, se insiste, que abarcan «todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías»; incluidas las que afectan a la valoración de la prueba³⁵. Tiene razón el Tribunal, al menos eso creo, cuando sostiene que esta interpretación es compatible con el «tenor literal del Pacto», pero se equivoca cuando para reforzar su conclusión alude *a fortiori* al Convenio, y en particular a su artículo 6.1 (del que más adelante se dirá algo), al artículo 2 del Protocolo Séptimo (sobre el que también volveremos) y a una reciente Sentencia del Tribunal de Estrasburgo (*Krombach*). Se equivoca porque el 6.1 CEDH no impone, en ningún caso, el doble grado de jurisdicción³⁶; porque el Protocolo Séptimo no ha sido ratificado por España (recordatorio éste que no se hace) y, en fin, porque la decisión en el caso *Krombach c. Francia*, de 13 febrero 2001, *no puede citarse sin notar* que la ratificación por la República francesa de aquel Protocolo se

³⁵ En el ap. c) de este mismo F. 7 el Tribunal Constitucional concreta aún más esta idea «respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados», afirmando, en definitiva, y en contra del criterio resultante del Dictamen del Comité de Derechos Humanos, que es posible una «revisión íntegra» del fallo y de la pena impuesta. Alude, a estos efectos, a la posible revisión de las pruebas por un doble cauce: el «estrecho» del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («error en la apreciación de la prueba») y el mucho más amplio que traería causa del art. 852 de la misma Ley, que hace posible la casación por la infracción de un precepto constitucional, de manera que la invocación del art. 24.2 CE (proceso con todas las garantías, presunción de inocencia) posibilitaría que el Tribunal Supremo controlara «tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas». La doctrina resultante de la STC 70/2002 se reproduce en el ATC 104/2002, F. 4.

El Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 diciembre 2001, por el que se rechazan las pretensiones de «ejecución» del Dictamen del Comité de Derechos Humanos formuladas por Gómez Vázquez, C., coincide con el planteamiento del Tribunal Constitucional al que me acabo de referir a propósito del encaje de la casación en el ámbito del art. 14.5 del Pacto; así resulta, con claridad, de sus razonamientos jurídicos sexto y séptimo.

³⁶ Véase la nota 75.

hizo acompañada de una declaración interpretativa, que el TEDH sí recuerda en su razonamiento, en virtud de la cual se entiende que la casación (explícitamente aludida) cumple con las exigencias del artículo 2.1 del precitado Protocolo. Y todo ello, quede aquí aclarado, aun cuando haya de reconocerse que pocas dudas pueden caber, con la jurisprudencia estrasburguesa en la mano, sobre la adecuación del recurso de casación al estándar impuesto por aquel Protocolo³⁷.

Se decía unas líneas más arriba que el Tribunal Constitucional llega a esta conclusión prescindiendo, creo que *conscientemente* (y no por desconocimiento), de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en la interpretación del artículo 14.5 PIDCP, y ello a pesar de que, como creo que ocurre, le sirva (o mejor: le hubiera servido) para avalar su posición. Así resultaría de casos como *Perera c. Australia*, donde se afirmó que el artículo 14.5 del Pacto «does not require that a Court of Appeal proceed to a factual retrial, but that a Court conduct an evaluation of the evidence presented at the trial and of the conduct of the trial»; *H.T.B. c. Canadá*, en el que el Comité consideró que el condenado «does not however have a right to a hearing *de novo*»; *Lumley c. Jamaica*, que estimó compatible el *leave to appeal* con el Pacto³⁸, y *Bryhn c. Noruega*, donde se aceptó que el recurso «may be conducted in writing, rather than orally»³⁹. Aunque algún otro ejemplo podría también mencionarse en sentido contrario, no creo equivocado afirmar que el más reciente *case-law* del Comité de Derechos Humanos consiente, al menos en principio, afirmar la compatibilidad de la casación penal española, interpretada en el sentido en que lo hace el Tribunal Constitucional, con las exigencias deducibles del artículo 14.5 PIDCP.

Hasta aquí el estado de la cuestión en lo relativo al derecho al recurso en el orden jurisdiccional penal; en el siguiente epígrafe se aludirá al aforamiento de Diputados y Senadores para verificar ulteriormente su *necesaria compatibilidad* (en contra del criterio del Tribunal Constitucional) con aquel derecho, y no sólo para los aforados, ya se ha dicho, sino para quienes se ven arrastrados por conexidad a la competencia en única instancia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

IV. EL AFORAMIENTO DE LOS DIPUTADOS Y SENADORES

El estatuto de los miembros de las Cortes Generales se integra, más allá de la asignación económica, por un triple elemento: la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero especial, siendo este último el aspecto menos estudiado, y polémico a lo que se ve, de la condición parlamentaria.

³⁷ Véase la nota 76.

³⁸ «As long as the examination of an application for leave to appeal entails a full review, that is, both on the basis of the evidence and of the law».

³⁹ Ejemplos todos sacados de JOSEPH, S., J. SCHULTZ y M. CASTÁN: *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, 2000, pgs. 330-335.

El derecho fundamental al recurso en el orden penal...

En las causas contra Diputados y Senadores, se nos dice en el artículo 71.3 CE, «será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», que deviene así, tal y como ha insistido el Tribunal Constitucional, el juez ordinario predeterminado por la ley en las acciones penales dirigidas contra aquellos parlamentarios. Esta previsión constitucional ha de completarse con las correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 303.5; 309; 750-756 y, ahora, 118 bis), con la Ley de 9 febrero 1912 sobre competencia para conocer en las causas contra Diputados y Senadores, y con los artículos 20.2 y 21 del Reglamento del Congreso y 22 de la norma interna del Senado. Este conjunto integra, en palabras del Tribunal Constitucional, «un confuso marco normativo» en el que la persistencia de normas preconstitucionales

«sólo se explica por el olvido del legislador, pese a nuestros llamamientos anteriores –que hemos de reiterar ahora– sobre la inseguridad jurídica que tal situación comporta (STC 206/1992, fundamento jurídico 3). La inseguridad jurídica que genera la inadecuación de la vieja normativa hoy existente sobre la regla procesal del aforamiento de Diputados y Senadores exige, para una interpretación coherente y sistemática de este instituto, una pronta acción del legislador»⁴⁰.

En nuestro Derecho histórico, y más allá del Tribunal de Cortes incorporado a la Constitución gaditana con remisión al reglamento interior (art. 128), el fuero especial aparece únicamente en el texto fundamental de 1876 (art. 47), que remite a una ley de desarrollo que vería la luz, ya se ha recordado, en 1912. Nuestro aforamiento para los Diputados y Senadores es, sigue siendo en la actualidad, un hijo de la Restauración. En perspectiva comparada puede afirmarse que nada hay parangonable al artículo 71.3 CE en mayoría de las Constituciones de nuestro entorno.

En opinión de FERNÁNDEZ-MIRANDA la justificación «de esta institución es evidente, dada la alta posición institucional de los representantes parlamentarios. Con ella se defiende, en principio, a los propios parlamentarios, garantizando la máxima solvencia en el enjuiciamiento. De otro lado se defiende también al propio Poder Judicial, haciendo recaer la responsabilidad de la sentencia, no sobre eslabones presumiblemente más débiles de la organiza-

⁴⁰ STC 22/1997, F. 4. Pasaje, el que acaba de reproducirse, que no deja de poner en evidencia el malestar del alto Tribunal por el escaso éxito de su llamamiento a la intervención normativa parlamentaria.

En la STC 123/2001, el Tribunal vuelve a aludir a la situación de inseguridad jurídica que resulta del conjunto legal en esta materia aprovechando, de paso, para recordar su apelación al legislador. Trece meses después de este pronunciamiento se ha aprobado la Ley Orgánica 7/2002, de 5 julio, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se introduce un nuevo art. 118 bis en esta Ley. Se pretende, así, en respuesta a una de las cuestiones litigiosas planteadas en el amparo decidido por la Sentencia últimamente citada, cubrir con las garantías propias del derecho de defensa la situación de imputado que afecte a algún Diputado o Senador, visto que tal situación no requiere de suplicatorio, que sólo se exige para inculpar o procesar a los miembros de las Cámaras de las Cortes Generales.

ción judicial, sino sobre el órgano supremo»⁴¹. En un sentido similar se ha insistido en que el fundamento del aforamiento se encuentra, en el momento presente, en «la búsqueda de la serenidad de ánimo suficiente para poder decidir en justicia, y con imparcialidad, evitando que presiones, demasiado cercanas, transformen las Salas de Justicia en meros centros de agitación y propaganda»; en definitiva, la competencia del Tribunal Supremo como instrumento «para garantizar la neutralidad de la función judicial», frente a las presiones de la opinión pública y, en particular, de los medios de comunicación⁴².

Aunque no puede negarse la razón de los avales que se acaban de ofrecer, tampoco puede desconocerse que el fuero especial (es decir, hoy por hoy: la competencia en instancia única del Tribunal Supremo) resulta más difícil de defender en un Estado Constitucional de Derecho, en el que el funcionamiento de la totalidad de los órganos que integran el Poder Judicial ha de hacerse descansar en su independencia e imparcialidad, en la inamovilidad de sus titulares y en la capacidad técnica indubitada de todos ellos⁴³. Qué decir, en fin, de las *vinculaciones políticas* que en ocasiones –cada vez más, por desgracia– se predicán de no pocos de los miembros del Tribunal Supremo (algo tendrá que ver el sistema de provisión singularmente discrecional de las vacantes en su seno), y mucho menos de los componentes de otros órganos judiciales, dato éste que serviría para debilitar la tesis de la (por naturaleza, a lo que se ve) cualificada independencia e imparcialidad de nuestra más alta instancia judicial.

Sea como fuere, y asumiendo que el fuero procesal, al menos en su diseño actual, sería perfectamente prescindible (en nuestro caso previa reforma de la Ley suprema) sin que se resintieran lo más mínimo las bases del Estado constitucional, ha de reconocerse que en la jurisprudencia del más alto intérprete de la Constitución se ha justificado, con argumentos muy próximos a los de algunos autores que se han reflejado líneas arriba, la presencia de dicha institución en nuestra norma fundamental. Valga, a estos efectos, con

⁴¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: «Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, ALZAGA, O. dir., vol. VI, Madrid, 1989, pg. 375.

⁴² FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: *El juez natural de los parlamentarios*, Madrid, 2000, pgs. 106-107.

Un apretado resumen de los argumentos a favor y en contra del fuero procesal penal de los Diputados y Senadores se encuentra en las respuestas de MARTÍNEZ ELIPE, L., a la Encuesta de *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pg. 69, para quien se trata de un «blindaje procesal» (pg. 68), que «implica una desconfianza hacia los órganos judiciales de grado inferior» (pg. 69). Particularmente crítica es la opinión de MONTERO AROCA, J. R.: «Los privilegios en el Proceso Penal», *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, en concreto, pgs. 39-40, a cuyo juicio el aforamiento es uno más de los «privilegios que se ha querido otorgar la clase política con poder para hacer las leyes».

⁴³ Si «a priori» es posible presumir una mayor cualificación de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, habrá de reconocerse igualmente que su praxis instructora no puede parangonarse a la de otros integrantes de órganos judiciales inferiores.

el recordatorio de algunas de las afirmaciones vertidas en el que puede considerarse auténtico *leading case* en la materia, la STC 22/1997, de 11 febrero, a la que ya me he referido con anterioridad⁴⁴.

Se reconoció allí que la garantía del aforamiento, al igual que la inviolabilidad y la inmunidad, puede ser reivindicada mediante el recurso de amparo por cuanto forma parte del contenido del derecho fundamental presente en el artículo 23.2 CE. Continuando una línea jurisprudencial que no se ha quebrado, se insistió en la existencia de un interés superior del ordenamiento, a saber, la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, como fundamento de unas prerrogativas que son «ius cogens» y que «no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*» (F. 5). Más en concreto, y a propósito del aforamiento, el Tribunal estableció que actúa

«como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial; [...] 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 (art. 123.1 CE)» (F. 6)⁴⁵.

Finalizaré este vistazo al fuero procesal de los miembros de las Cortes Generales con dos apuntes sobre cuestiones ya mencionadas.

La primera se refiere a la conexidad, que provoca, en los supuestos de fuero procesal que aquí se tratan, el enjuiciamiento por el Tribunal Supremo no sólo de la persona aforada sino de la totalidad de los procesados en la misma causa por idénticos hechos delictivos o por delitos conexos⁴⁶. En estos supuestos, la acumulación en un solo sumario encuentra sobrada justificación en argumentos tales como las posibles vulneraciones posteriores, en caso contrario, de la cosa juzgada o del *non bis in idem*, y el juego de principios

⁴⁴ También la más reciente STC 123/2001, de 4 junio, incorpora un completo discurso de justificación de las prerrogativas parlamentarias, en particular de la inmunidad (FF. 3-4).

⁴⁵ Argumento que se repite en las SSTC 64-66/2001 (F. 5 de la primera, F. 4 de las dos últimas).

⁴⁶ La conexidad en materia procesal penal «puede ser definida, pues, como el conjunto de reglas legales que, ante la existencia de un fenómeno de pluralidad delictiva susceptible de un tratamiento unitario por razones objetivas, subjetivas o causales, determinan en qué casos dicho fenómeno puede ser reconducido al enjuiciamiento de todas las conductas en un único proceso penal (art. 17 LECrim), y cuál va a ser entonces la jurisdicción y el órgano judicial objetiva y territorialmente competente para conocer del mismo (arts. 16 y 18 LECrim)», en GIMENO SENDRA, V., C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN y J. GARBERÍ LLOBREGAT: *Los procesos penales*, vol. I, Barcelona, 2000, pg. 389. Sobre la conexidad como excepción a los criterios de atribución competencial en el proceso penal, véase DE DIEGO DíEZ, L.-A.: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, 1998, pgs. 159-161.

como el de economía procesal y el de intermediación⁴⁷. Estos motivos sirven también, en perspectiva constitucional (y, como se verá más adelante, a la luz de los tratados internacionales), para hacer posible la situación (a la que antes denominaba de *arrastre*) que padecen quienes, sin ser aforados, se sientan en el banquillo del Tribunal Supremo acompañando a otros procesados –Diputados o Senadores– en el mismo sumario cuando, en ausencia de estos últimos, habrían de ser juzgados, en todo caso, por un órgano judicial inferior⁴⁸. Toca en tales supuestos, y así hemos comprobado que ocurrió en el caso que aquí interesa, proceder a una interpretación estricta de la conexidad, ponderando, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «los derechos e intereses en juego»⁴⁹ por cuanto el mencionado *arrastre* supone para quien lo sufre la privación de su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal Superior, y ello en ausencia de todo fuero procesal.

Enlazamos así con la segunda cuestión que se quería apuntar. El aforamiento provoca, «excepcionalmente, la inexistencia de un “segundo grado jurisdiccional”», que vendría avalada, en palabras del Tribunal Constitucional, «por ese interés superior del ordenamiento que es la independencia y el prestigio de las instituciones, imprescindible en el funcionamiento de todo Estado democrático»⁵⁰. *Esta ausencia de posibilidad de recurso se extiende,*

⁴⁷ Estas y otras razones se encuentran en la obra colectiva citada en la nota anterior, pg. 239.

⁴⁸ El enjuiciamiento del recurrente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se afirma en las Sentencias que aquí se vienen tratando [STC 64/2001, F. 5 c); SSTC 65 y 66/2001, F. 4 c)], «se sustenta en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen el enjuiciamiento conjunto en único procedimiento de los delitos conexos (arts. 17.1, 272.3, 300). El aforamiento especial de uno de los encausados ha tenido como consecuencia, en aplicación de dichas normas legales, que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [...]».

Para FERNÁNDEZ-VIAGAS, op. cit., pg. 147, en los supuestos de conexión procesal («cuestión que ha de tratarse con enorme prudencia»), «el propio aforamiento queda en precario». Si el fuero procesal se justifica, como hace este autor, para minimizar la «presión de la opinión pública y de los medios de comunicación», «¿qué sentido tiene la pérdida de Juez natural y de posibilidades de impugnación para los no parlamentarios a los que precisamente lo que perjudica es la supresión del anonimato derivado de su contacto accidental, desde el punto de vista procesal, con el aforado?» (en idéntico sentido, pg. 151).

⁴⁹ STC 64/2001, F. 5 (con expresión que se repite también en las SSTC 65 y 66/2001, F. 4).

⁵⁰ STC 22/1997, F. 6 (con remisión a la previa STC 51/1985, F. 3).

La mayoría de los autores considera que la apuntada inexistencia de doble grado de jurisdicción es perfectamente justificable o, a lo sumo, que se trata de un mal menor de los muchos que provoca el aforamiento. A juicio de LÓPEZ AGUILAR, J. F., «la omisión de la doble instancia en el proceso penal» no supone un «debilitamiento» del derecho a la tutela judicial efectiva del parlamentario «puesto que la calidad del fuero otorgado [...] le preserva de la función procesal que cumple la doble instancia penal» (en la Encuesta en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pg. 39). Para GARCÍA, E., la «competencia potencial por vía de amparo de la Corte Constitucional», se comportaría, en la práctica,

tal y como se acaba de recordar, *a todos los condenados procesados en el mismo sumario que cualquier aforado*. En otros términos: la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace posible (más allá de la hipótesis extraordinaria y singularísima de la revisión) el recurso frente a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en única instancia.

Sentadas estas premisas referidas al fuero procesal de los Diputados y Senadores y al derecho al recurso penal, podemos ya entrar en el análisis crítico de las decisiones del Tribunal Constitucional a las que me refería al comienzo de este trabajo en las que, a la postre, se concluye la inexistencia, de un derecho (fundamental) al doble grado de jurisdicción cuando la condena ha sido dictada, en única instancia y como consecuencia del encausamiento de algún aforado, por el Tribunal Supremo. Aunque pueda resultar reiterativo aclararé una vez más que, con las matizaciones que se irán haciendo en cada momento, cuanto aquí se diga sirve para sostener el derecho al recurso no sólo de los titulares del fuero especial sino de cualquier persona condenada a resultas del mismo sumario.

V. LAS RAZONES (Y ALGUNA SINRAZÓN) DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: REPASO CRÍTICO

El discurso argumental del alto Tribunal en las Sentencias 64-66/2001⁵¹ parte de una triple constatación: a) el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior no se encuentra explicitado en la Constitución pero forma parte, tal y como ha reiterado su propia jurisprudencia, del derecho a un proceso con todas las garantías; b) en la concreción de tal derecho le «ha correspondido un importante papel» al artículo 14.5 PIDCP «en atención al mandato del artículo 10.2 CE»; c) el aforamiento de los miembros de las Cortes Generales ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resulta directamente del artículo 71.3 CE. Sentadas así las premisas de su razonamiento, el Tribunal Constitucional entra en el detalle de cada una de ellas.

1. TRATADOS INTERNACIONALES E INTERPRETACIÓN (DEFECTUOSA, POR INTERESADA) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el ámbito de la interpretación de conformidad a la que obliga el segundo

como una segunda instancia («idem», pg. 38). En opinión de SANTAOLALLA LÓPEZ, F., que se muestra muy crítico con la institución, la privación de la apelación es «lo de menos» contra la admisión del aforamiento, aunque reconoce que el reciente Dictamen del Comité de Derechos Humanos puede demandar «la supresión de este privilegio. Lo cual sería paradójico: una medida destinada en principio a incrementar la protección de los parlamentarios resultaría, a la postre, llamada a ser suprimida por lesiva para el mismo» (sic) («idem», pg. 40).

⁵¹ A lo largo de las próximas páginas me referiré siempre al F. 5 de la STC 64/2001 y al voto particular que el Magistrado T. S. Vives Antón formula frente a la opinión mayoritaria del Pleno. Este voto particular y aquel F. (ahora con el número 4) se reproducen de modo prácticamente literal en las SSTC 65 y 66/2001, a pesar de ser distinto el Ponente en los tres casos.

apartado del artículo 10 CE, el Tribunal procede inicialmente, en estas Sentencias, a una doble puntualización («dos precisiones son convenientes») que avanza el sentido último de su decisión y que resulta, en mi opinión, criticable, aunque para el Tribunal se trate de «extremos que son relevantes a los fines del artículo 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos» por el Pacto de 1966 y por el Convenio de 1950⁵².

Se nos dice, para empezar, que respecto del artículo 14.5 PIDCP las reservas que algunos Estados parte formularon al mismo «no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU». Daría así la impresión de que nuestro Tribunal Constitucional, en la perspectiva de la que va a ser su conclusión, quiere recordarnos que el derecho que resulta de aquel artículo no es para la comunidad internacional un derecho absoluto, insusceptible de limitaciones, ya que, de un lado, las reservas al mismo planteadas por algunos de los signatarios fueron aceptadas por todos los demás⁵³ y, de otro, el órgano de garantía del Pacto (*al que, repárese, ahora se acude sin ningún matiz*), que resulta de sus artículos 28 y siguientes y del Protocolo Facultativo, no las habría cuestionado en ningún momento. Pues bien, el recordatorio resulta en una parte obvio (y de escasa transcendencia para la resolución de los amparos planteados) y, en otra, se sustenta sobre una verdad a medias.

La obviedad de la afirmación del Tribunal parece incuestionable: más allá de las dudas acerca de la compatibilidad entre un tratado en el que se reconocen derechos y la formulación de reservas a sus contenidos, lo cierto es que tales reservas son habituales también en esta materia⁵⁴; más aún, el solo hecho de que puedan existir y de que sean, salvo muy concretas excepciones, aceptadas por las otras partes⁵⁵, «hace posible una muy amplia parti-

⁵² La exigencia a la que se alude no es otra que el doble grado de jurisdicción.

⁵³ *Aceptación que*, como el Comité de Derechos Humanos tiene declarado, *no garantiza su compatibilidad con el objeto y fin del propio Pacto* (sobre esta cuestión se volverá unas líneas más abajo).

⁵⁴ Las referidas dudas se plantean al hilo del art. 19 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que consiente (en general, y no por referencia a un concreto tipo de acuerdo) las reservas a menos que estén prohibidas por el tratado o que resulten incompatibles con el «objeto y el fin» del mismo. Una posible lectura de esta disposición concluiría que son precisamente incompatibles con el objeto y el fin de un acuerdo internacional en materia de derechos humanos *ciertas* reservas al mismo. Así, el Comité de Derechos Humanos considera insusceptibles de reserva las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contienen Derecho Internacional consuetudinario (por ejemplo, y entre otras, la prohibición de la esclavitud, de la tortura, la privación arbitraria de la vida, la ejecución de niños o de mujeres embarazadas, etc.).

⁵⁵ Las objeciones a las reservas, en los muy específicos supuestos en los que se plantean por otros Estados signatarios, suelen afectar a contenidos *singularmente sensibles* del tratado en cuestión. Así, por ejemplo, varios Estados, entre ellos España, objetaron la reserva estadounidense al art. 6.5 PIDCP, que prohíbe la pena de muerte para los delitos cometidos por personas menores de 18 años (lejos, muy lejos como se ve, del derecho al

cipación en estos tratados, indispensable para avalar la autoridad de los principios que en aquéllos se contienen»⁵⁶. Resultaría *inimaginable*, para entendernos, una no aceptación a una reserva que afectara al concreto derecho aquí debatido. Convendría además insistir, cosa que el Tribunal no hace⁵⁷, en que *España no planteó reserva alguna al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que escasa transcendencia puede tener, al emplear el canon interpretativo «ex» artículo 10.2 CE, el hecho de que algunos Estados lo hicieran.*

Nos recuerda además el Tribunal Constitucional (y aquí la verdad a medias) que el Comité de Derechos Humanos no ha cuestionado ninguna de las reservas que los Estados signatarios del PIDCP han formulado a su artículo 14.5. Y es cierto. En todo caso, conviene hacer notar que la competencia del Comité para fiscalizar la validez de las reservas formuladas al Pacto es, en algún modo, limitada. Desde luego, no está prevista en su propio articulado, y cuando el Comité se la ha atribuido (con el expreso rechazo de ciertos Estados y algunas dudas de la *International Law Commission*) lo ha hecho con cautela y sin olvidar su condición formalmente no judicial. Así, ya se ha recordado, estimando contraria al Pacto toda reserva opuesta al Derecho Internacional consuetudinario, a los mecanismos de garantía que resultan de aquél, a su competencia para interpretarlo o la que contradiga –con criterio ya conocido– el objeto y el fin del propio Pacto Internacional. A este respecto, *ha considerado inválida una eventual reserva general al derecho a un proceso justo, pero no las reservas a cláusulas particulares del artículo 14 PIDCP*⁵⁸.

doble grado de jurisdicción). Además, y así sucedió a propósito de varias objeciones formuladas a las distintas reservas y declaraciones estadounidenses, los Estados objetores concluían declarando que las mismas «no constituyen un obstáculo a la entrada en vigor del Pacto entre –por ejemplo– el Reino de España y los Estados Unidos de América» (véase STEINER, H. J. y P. ALSTON: *International Human Rights in context. Law, Politics, Moral*, Oxford, 1996, pg. 773). El ejemplo citado es una clarísima demostración de que en la voluntad de quienes «objetan» este comportamiento no se pretende con ningún efecto que cuestione la validez de tales reservas.

⁵⁶ SUDRE, F.: *Droit international et européen des droits de l'homme*, 2ª ed., París, 1995, pg. 116. En general, sobre las notables singularidades que plantean las reservas en los acuerdos internacionales que tienen por objeto los derechos humanos, puede consultarse el muy completo estudio de COHEN-JONATHAN, G.: «Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, núm. 4, 1996, pgs. 915-949.

⁵⁷ Observación que, por el contrario, lleva a cabo el Magistrado discrepante en el apartado a) de su voto particular.

⁵⁸ Véase STEINER, H. J. y P. ALSTON, op. cit., pg. 775. El criterio del Comité sobre su capacidad para controlar las reservas estatales al Pacto se encuentra explicitado en su Comentario General número 24, de 1994, titulado «*General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*», parcialmente reproducido en la obra últimamente citada, pgs. 774-776. Puede consultarse también JOSEPH, S., J. SCHULTZ y M. CASTÁN, op. cit., pgs. 599 y ss., a lo largo de las cuales se desgana, acompañado del *case-law* del Comité, la práctica totalidad del contenido de dicho *General Comment*.

Alejandro Saiz Arnaiz

En el marco de las competencias que le confiere el Primer Protocolo Facultativo al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha hecho uso de su facultad para «invalidar» una reserva –creo que por vez primera– en su Decisión de 2 noviembre 1999, en el caso *Kennedy c. Trinidad y Tobago*. Prescindiendo ahora de las ciertamente rocambolescas circunstancias del supuesto concreto⁵⁹, me limitaré a señalar que la reserva viciada impedía a todo condenado a muerte acudir al Comité cualquiera que fuera la violación alegada. Una reserva, en definitiva, de grueso calibre que, a la postre, vaciaba totalmente de contenidos el Pacto para aquellas personas.

De la lectura de cuanto sostiene el Tribunal Constitucional daría la impresión de que el Comité de Derechos Humanos puede, «sic et simpliciter», cuestionar la validez de *cualesquiera reservas* planteadas al PIDCP, no habiéndolo hecho respecto de ninguna de ellas en el ámbito de su artículo 14.5, pero sí a propósito de algunas otras de las formuladas a diversas disposiciones de tal Pacto. La realidad, sin embargo, tal y como acaba de recordarse, es algo distinta a la luz del criterio con el que el Comité se ha reconocido la competencia (y la ha ejercido) para proceder al mencionado control. Para decirlo con claridad: resulta *muy difícilmente imaginable* que dicho órgano llegue nunca a considerar contraria al propio Pacto una reserva que limite el doble grado de jurisdicción... por ejemplo para los aforados a los que haya de juzgarse en instancia única ante el Tribunal Supremo u órgano equiparable. De hecho, en el caso *Fanali c. Italia*, que mucho tiene que ver como más adelante se comprobará con el discurso de nuestro Tribunal Constitucional (*y que éste silencia*), el Comité no se planteó duda alguna sobre la adecuación al PIDCP de la reserva italiana que restringe los efectos del artículo 14.5 para cierta categoría de personas.

Quizá, puede también pensarse, nuestro más alto intérprete de la Constitución se equivocó, predicando del Comité de Derechos Humanos un comportamiento en lo relativo a la fiscalización de la validez de las reservas estatales al Tratado que se encuentra en su base, que *sólo* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido capaz de desplegar *con toda su intensidad*. Y es que, en efecto, únicamente el órgano de garantía jurisdiccional del Convenio de Roma de 1950 ha procedido, más allá del «dictum» del propio Convenio, a semejante (por intenso y estricto) control. Como se sabe, desde su decisión en el caso *Belilos c. Suiza*, de 29 abril 1988, el Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en «la primera instancia internacional en declarar

⁵⁹ Para cuyo conocimiento me remito al trabajo de COHEN-JONATHAN, G.: «La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies du 2 novembre 1999 dans l'affaire *Kennedy contre Trinité-et-Tobago*», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, núms. 6-9, 2000, pgs. 209 ss.

«Invalidar», término empleado en el texto, significa en estos casos, y siempre a la luz de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, no tener presente la reserva en cuestión, aplicándose por lo tanto el contenido del Pacto como si dicha reserva no existiera.

ilegal una reserva a un tratado multilateral»⁶⁰, con una jurisprudencia hoy ya consolidada y de la que se encuentra un buen resumen, por ejemplo, en la Sentencia en el caso *Eisenstecken c. Austria*, de 3 octubre 2000.

Bien está, no obstante cuanto acaba de afirmarse, que el Tribunal Constitucional utilice el *case-law* del Comité, siquiera sea con una referencia genérica al mismo como ocurre en esta oportunidad, aunque mejor estaría que las alusiones al papel interpretativo que de dicho instrumento convencional lleva a cabo su principal órgano de garantía (de cuyo carácter cuasi-jurisdiccional no puede ya dudarse) se hicieran con la precisión necesaria ya que, de lo contrario, y tal y como sucede ahora, en lugar de contribuir al reforzamiento del discurso argumentativo lo debilitan al distorsionarlo.

Quede constancia, en fin, y como una curiosidad más, de que ésta es la primera ocasión en la que el supremo garante de la Constitución alude a la obra del Comité de Derechos Humanos (aunque otras oportunidades ha tenido en el pasado⁶¹), siendo así que la muy poco precisa referencia al criterio del Comité servirá para sustentar la opción última que adoptará el Tribunal Constitucional.

La percepción en cierto modo poco atenta que el Tribunal tiene del Comité de Derechos Humanos instituido por el PIDCP, parece haberse confirmado (¿y ampliado?) en la reciente STC 70/2002, a la que ya me he referido, a tenor de las consideraciones que en la misma se hacen de aquel órgano y de los efectos de sus Dictámenes, todo ello de acuerdo con cuanto allí se dice a propósito del caso *Gómez Vázquez c. España*. Tras dar un repaso a las funciones del Comité en el sistema diseñado por el PIDCP y su Primer Protocolo Facultativo, se vierte una doble afirmación que, formalmente correcta, desconoce la realidad de la actuación de aquel Comité. Se establece que sus Dictámenes no son resoluciones judiciales, ya que el órgano en cuestión no tiene funciones jurisdiccionales, y se concluye que aquéllos no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto.

Nada que objetar, en un análisis puramente formalista del mecanismo de garantía resultante del PIDCP, a semejantes afirmaciones. Ahora bien, la

⁶⁰ Véase CHABAS, W. A.: «Article 64», en AA VV, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, 1995, pg. 940. También, BARTOLE, S., B. CONFORTI y G. RAIMONDI: *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001, pgs. 777 y ss.

⁶¹ Véase SAIZ ARNAIZ, A., op. cit., pgs. 133-134. Recientemente ha mencionado el Tribunal Constitucional (STC 46/2001, F. 4), tratando de la libertad religiosa, un «Comentario General» del Comité, si bien este tipo de resolución no encaja en el ámbito de garantía que resulta del Protocolo Facultativo (en el que, ya se ha dicho, se comporta como un órgano cuasi-jurisdiccional), sino del art. 40 PIDCP, en concreto de su apartado 4. Por cierto que no puede dejar de mencionarse (y criticarse) *la falta de precisión* con la que se alude al citado «Comentario General de 20 de julio de 1993». En efecto, se nos dice en la referida STC que el Comentario en cuestión interpreta el artículo 18.1 de la «Declaración Universal», cuando lo que en realidad se interpreta es esa misma disposición del PIDCP.

práctica del Comité desde su constitución en 1977, y muy en particular desde comienzos de los años noventa del pasado siglo, desmiente aquel análisis⁶². El modo en que el Comité actúa, su funcionamiento real (y me refiero ahora al procedimiento que se desarrolla ante el mismo), la imparcialidad, independencia y no politización de sus miembros y de las decisiones que de él emanan, consienten *a todos los efectos*, y así se ha hecho ya en estas páginas, la consideración del mismo como un órgano cuasi-jurisdiccional⁶³. Diré, en fin, que el referente inmediato del Comité para todos los estudiosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (... y para el propio Comité) lo fue, mientras existió, la Comisión Europea de Derechos Humanos (ahora lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a cuya jurisprudencia el propio Tribunal Constitucional no tuvo ningún empacho en acudir en defecto de precedentes del Tribunal de Estrasburgo, o junto con éstos, y ello, por cierto, sin que en ningún momento se cuestionara la idoneidad «judicial» –tal y como ahora parece hacerse para el Comité de Derechos Humanos– de la precitada Comisión⁶⁴. Una idoneidad, en definitiva, que nadie puso en tela de juicio, aunque las similitudes en el diseño formal y el funcionamiento práctico entre ella y el Comité sean más que notables.

Acabo ya con la referencia a esta STC 70/2002, siempre a su F. 7, y a la caracterización que en ella se hace del Comité de Derechos Humanos. En un momento dado se afirma que

«si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto [...], habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte “conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión”».

Con independencia de que eso es precisamente lo que ocurre en la práctica (el Comité, y no podría ser de otro modo, reescribe el Pacto a través de su interpretación por vía de los Comentarios Generales y, también, de sus Dictámenes resolviendo casos concretos), no puede dejar de notarse la *clamorosa confusión* en la que se incurre: ¿qué tiene que ver el Comité con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿O es que acaso se entiende por el Tribunal Constitucional que el Tribunal de Estrasburgo posee también competencias en el ámbito del PIDCP?

En todo caso, y para ser sinceros, ha de reconocerse que el error no es imputable (directamente) al Tribunal, sino al Gobierno. Sí, al Gobierno. El pasaje reproducido, y la referencia al TEDH, forma parte de la respuesta que el Gobierno remitió al Comité de Derechos Humanos tras el Dictamen en el caso *Gómez Vázquez c. España*. Así consta en el Auto del Tribunal Su-

⁶² Sobre el particular, véase JOSEPH, S., J. SCHULTZ y M. CASTÁN, op. cit., pgs. 10 y ss.

⁶³ Por todos, me remito a COHEN-JONATHAN, G.: «La decisión...», cit., pg. 211.

⁶⁴ Véase SAIZ ARNAIZ, A., op. cit., pgs. 170 y 171, con abundantes referencias al empleo por el Tribunal Constitucional de decisiones de la Comisión (solas, o en compañía con otras sentencias del TEDH).

premo de 14 diciembre 2001, en el que se cita literalmente una parte de esa respuesta. *La situación, resulta obligado concluir, resulta rocambolesca: un Gobierno que se equivoca manifiestamente mezclando el Pacto con el Convenio y un Tribunal Constitucional que incorpora a su razonamiento el error gubernamental haciéndolo propio y sin citar la fuente. De mal alumno bien podría decirse que el Tribunal copia de un compañero poco estudioso y que, como él, acaba suspendiendo. ¿Quién da más? Pues todavía falta algo: añádase al equívoco el hecho de que en la fecha de referencia, 30 de mayo de 2000, el Tribunal de Estrasburgo dictó ocho Sentencias diferentes. ¿A cuál de ellas se quieren referir?*

El segundo de los presupuestos sobre los que el Tribunal Constitucional asienta su empleo del canon internacional en la interpretación del derecho fundamental debatido en las SSTC 64-66/2001, y que resulta, tal y como avanzaba al inicio de este epígrafe, igualmente criticable, tiene que ver con la remisión al Protocolo VII del Convenio Europeo, en concreto, a su ya conocido artículo 2.2, que excepciona el doble grado de jurisdicción «cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal»⁶⁵. Criticable por cuanto al tratarse, tal y como se ha recordado más arriba, de un Protocolo no ratificado por España (en otros términos: no es Derecho vigente en nuestro país) no parece que pueda afirmarse, como apunta el Tribunal, que estemos en presencia de un extremo relevante «a los fines del artículo 10.2 CE», que alude *únicamente* «a los tratados y acuerdos internacionales [...] ratificados por España». Poco puede extrañar, así las cosas, que a pesar de la apuntada relevancia que el alto Tribunal atribuye al precitado Protocolo se nos recuerde en el mismo fundamento jurídico la falta de ratificación, con lo que parece incurrirse en una al menos aparente contradicción.

Valga como resumen de todo lo escrito en este apartado un pasaje del voto particular discrepante del Magistrado Vives Antón:

«Ni el hecho de que otros Estados formularan, en este punto, reservas al Pacto Internacional, ni el contenido del Protocolo VII al Convenio Europeo “no ratificado por España” me parecen relevantes para resolver este caso, pues no creo que, pese a lo que se dice en la Sentencia, tales extremos sean significativos a la

⁶⁵ También ha de puntualizarse una afirmación, siempre relativa al Convenio, que se hace por el Tribunal Constitucional antes de aludir al Protocolo VII. Se nos recuerda que el art. 6 CEDH «no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado». Habría de precisarse que tampoco el derecho fundamental en cuestión resulta de los densos contenidos que para dicha disposición vienen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo; antes bien, éste ha insistido en numerosas ocasiones que el art. 6 no impone a los Estados parte ninguna obligación para establecer en su legislación procesal recursos frente a sentencias dictadas en primera instancia (así, por ejemplo, ya en la temprana decisión en el *Belgian Linguistic Case*, de 23 julio 1968). En definitiva: *ni explícita ni implícitamente*. Puede consultarse, sobre este particular, VAN DIJK, P. y G. J. H. VAN HOOFF: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., La Haya, 1998, pgs. 422-424.

Alejandro Saiz Arnaiz

hora de interpretar el artículo 10.2 CE: basta leer su texto para comprenderlo así»⁶⁶.

2. EL AFORAMIENTO Y EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN, O DE LAS PONDERACIONES *IMPLÍCITAS* DEL CONSTITUYENTE Y DEL LEGISLADOR

Una buena parte de la argumentación del Tribunal Constitucional en la resolución de los amparos, y en la materia que aquí interesa, se construye sobre la base de la doble garantía (para la independencia de las Cortes Generales y para la del Poder Judicial) que representa el aforamiento. Se reproduce allí el fundamento del fuero procesal explicitado en la conocida STC 22/1997, alguno de cuyos pasajes se recoge literalmente. En principio, pues, nada nuevo.

Sin embargo, en ese mismo ámbito se vierten dos afirmaciones que son una clara novedad en la jurisprudencia constitucional y que pueden resultar contradictorias. En virtud de la primera se sostiene, de pasada, que

«la literalidad del 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 Tribunal Supremo».

En otras palabras, se asume que, en perspectiva teórica, y a la luz del dictado constitucional, cabe también en tales supuestos el derecho al recurso. Pero acto seguido, y ésta es la segunda afirmación novedosa, se sostiene que

«ha de 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».

Ponderación, por consiguiente, que legitimaría una excepción constitucionalmente tolerable al derecho en cuestión.

Esta segunda afirmación resulta contradictoria con la primera: sí es cierto, y creo que lo es, que el artículo 71.3 CE *no impone la instancia única* en las hipótesis de aforamiento (lo reconoce el propio Tribunal), ¿cómo puede establecerse que el constituyente ponderó y concluyó admitiendo la privación del derecho al doble grado de jurisdicción para los miembros de las Cortes Generales? Por decirlo una vez más en los términos del Magistrado discrepante:

«para poder entender el artículo 71.3 CE como una excepción de esta índole, sería necesario que el precepto lo dispusiera expresamente o, al menos, que ese carácter de excepción pudiera inferirse implícitamente de la incompatibilidad entre la garantía y el precepto constitucional que impone el aforamiento. Sin embargo, esa incompatibilidad no existe, como viene a reconocer la decisión

⁶⁶ Argumentos del Magistrado disidente a los que cabría añadir los matices (creo que necesarios) en lo tocante al control por parte del Comité de Derechos Humanos de la validez de las reservas formuladas al Pacto de 1966, tal y como se ha reflejado en el texto y contrariamente a lo que el Tribunal Constitucional parece sugerir (a saber, la competencia ilimitada de aquel Comité en el referido control).

mayoritaria al decir que la literalidad del artículo 71.3 no impone el conocimiento de las causas penales en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De modo que si el artículo 71.3 CE hace posible que haya doble grado de jurisdicción, no se ve bien por qué es entendido por la mayoría como una norma que habilita la privación de un derecho fundamental, nada menos que a los Diputados y Senadores (y, consecuentemente, a los enjuiciados en la misma forma por razones de conexidad)».

Y es que, en efecto, aunque el Tribunal Constitucional entiende que el constituyente procedió a la ponderación que avalaría la excepción al derecho que se discute, semejante afirmación no se compadece con la realidad. Los debates del texto constitucional acreditan que el artículo 71.3 CE pasó sin pena ni gloria por las dos Cámaras: *sin suscitar la más mínima discusión y sin que su redacción original en el Anteproyecto (como art. 63.3) recibiera ninguna enmienda de importancia*⁶⁷. Nada parece pues que fuera objeto de ponderación... ni siquiera implícita. Antes bien, da la sensación de que el constituyente asumió acríticamente nuestro precedente histórico (ya se ha dicho: la Constitución de 1876 y la Ley de 1912) entendiendo el aforamiento como una parte imprescindible (naturalmente integrante, podría decirse) del estatuto de los parlamentarios.

La ponderación que en el entendimiento del Tribunal Constitucional (desprovisto, creo haber demostrado, de todo fundamento) llevó a cabo el constituyente, justificaría así, para los titulares de fuero procesal, la radical privación del derecho al doble grado de jurisdicción. Por el contrario –se nos dice también en estas Sentencias–, respecto de los encausados por conexidad, que se ven igualmente privados de tal derecho, resultaría necesario proceder a ponderar los derechos e intereses en juego, correspondiendo tal ejercicio en primer lugar a la autoridad normativa y, después, a «los Tribunales penales», en concreto, y en nuestro caso, al Tribunal Supremo. De la ponderación que en su momento llevó a cabo el legislador poco puede decirse más allá de que ha de considerarse, también ésta, *implícita*: desde luego, nada hay ni en la Ley de 1912, ni en la de Enjuiciamiento Criminal, que singularice de algún modo la conexidad, por sus efectos para los no aforados, cuando juzga en instancia única el Tribunal Supremo. De la ponderación que en las circunstancias concretas procedió a realizar este Tribunal (y que en estas Sentencias el Constitucional avala), nada ha de objetarse, a tenor de cuanto se ha dejado escrito en un apartado precedente: el sumario único resulta en este caso perfectamente explicable, aunque no creo que pueda decirse lo mismo de su consecuencia obligada, a saber, la privación del segundo grado para los demandantes de amparo.

⁶⁷ De hecho el tenor de aquel art. 63.3 era el siguiente: «En las causas contra Diputados y Senadores será competente la sala de lo criminal del Tribunal Supremo». La enmienda núm. 150 de la Minoría Catalana provocó la sustitución (ya en el Informe de la Ponencia) de la referencia a la sala de lo criminal por otra a la «Sala de lo Penal». A este cambio se opuso en la Ponencia el Grupo de la UCD; a partir de dicho momento, el actual art. 71.3 CE pasó por las Comisiones Constitucionales de ambas Cámaras y por sus Plenos ayuno de discusión y siendo aprobado por unanimidad o con alguna abstención muy concreta.

Aunque para denegar el amparo el discurso podría haberse cerrado en ese punto, el Tribunal Constitucional se lanza, a partir de este momento, a reforzar su argumentación acudiendo una vez más, ahora sin remitir de modo expreso al artículo 10.2 CE, a la interpretación internacionalmente adecuada. Pero lo hace en parte, como se intentará demostrar acto seguido, *inadecuadamente*.

3. EL EMPLEO INDEBIDO (Y EL SILENCIO INJUSTIFICABLE) DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Para completar su razonamiento, el Tribunal echa mano de tres decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos: una de ellas es objeto de análisis; las otras dos son, simplemente, citadas. El tratamiento de tales decisiones se inicia aclarando al lector que la utilización de las mismas lo es «a fortiori» («Sobre la base de un análisis similar, la Comisión...»), para sustentar adicionalmente una fundamentación que, como acabo de decir, parece ya en sí misma bastante para alcanzar el resultado al que finalmente se llega. El uso de estas tres decisiones es, cuando menos, curioso. Nótese que ahora se acude, sin ningún problema u objeción en cuanto a su carácter (formalmente) no jurisdiccional, a una instancia, como lo era la Comisión Europea de Derechos Humanos, equiparable a todos los efectos al Comité de Derechos Humanos de la ONU. Me remito en este momento a cuanto se ha dicho más arriba sobre la proximidad entre estos dos órganos; una proximidad que el Tribunal Constitucional desconoce palmariamente otorgando un claro «trato de favor» a la Comisión (a su jurisprudencia) que, en mi opinión, habría de merecer también, ahora como «trato igual», el Comité.

La primera de tales decisiones, que es la que se analiza con cierto detenimiento, se cita como «caso Tanassi y otros», de 18 diciembre 1980⁶⁸. Se nos dice que la queja de los demandantes referida al derecho a una doble instancia, finalmente inadmitida por la Comisión⁶⁹, se planteó como lesión de los derechos al justo proceso y a la igualdad, en una causa en la que el único aforado (Tanassi) *arrastró* al resto de procesados. Se nos recuerda también que, para inadmitir la demanda en este punto, la Comisión procedió a un juicio de proporcionalidad del que resultó que ciertos fines legítimos, como la protección de las funciones del gobierno y la justificada conexión penal, podían sustentar la privación del derecho en cuestión⁷⁰.

⁶⁸ Aunque la cita correcta habría de ser *Crociani y otros c. Italia* o, alternativamente, *Crociani, Palmiotti, Tanassi y Lefebvre D'Ovidio c. Italia* (que es como aparece en la publicación oficial D.R. 22, pg. 147).

⁶⁹ La demanda de Palmiotti fue retirada por la Comisión de oficio ante la falta de respuesta de aquél a las observaciones del Gobierno italiano que le fueron remitidas en su momento.

Respecto de los otros demandantes nos centramos aquí, como hace el Tribunal Constitucional, en el derecho a la doble instancia, prescindiendo del resto de las vulneraciones alegadas.

⁷⁰ La motivación de la Comisión en este punto es la siguiente: «El ordenamiento constitucional italiano, al igual que el de otros Estados parte del Conve-

La decisión ahora comentada tiene que ver con el *escándalo Lockheed*, establecido en los años setenta en Italia. Todos los implicados, entre ellos el Ministro de Defensa de la época, M. Tanassi, fueron condenados por los sobornos percibidos para la compra de aviones militares a la referida empresa aeronáutica estadounidense. De acuerdo con cuanto entonces preveía el artículo 135 de la Constitución italiana, la competencia para juzgar a los ministros, tras la acusación por el Parlamento reunido en sesión conjunta, correspondía a la Corte Constitucional completada en su composición por dieciséis jueces más designados mediante un complejo sistema fijado en la misma disposición constitucional⁷¹. A los imputados no aforados se les aplicó la normativa procesal entonces vigente (art. 45 del *Codice di Procedura Penale*) que, en virtud de la conexidad⁷², hacía posible la extensión de la jurisdicción de la Corte Constitucional. Todos ellos fueron condenados a penas privativas de libertad, inadmitiéndose los recursos planteados ante la *Corte di Cassazione* a la luz del carácter irrecurrible de las sentencias de la *Corte Costituzionale* (art. 137 de la Constitución italiana).

La argumentación que en su momento desplegó la Comisión para inadmitir las pretensiones de los demandantes se encuentra perfectamente condensada en las sentencias del Tribunal Constitucional que se vienen comentando, y ha sido resumida unas líneas más arriba. De su coincidencia con el razonamiento de nuestro supremo intérprete de la Constitución, no pueden caber dudas.

No ocurre lo mismo, por el contrario, con las otras dos decisiones de inadmisión de la Comisión que aparecen también (ahora sólo citadas en sentido concordante con la anterior) en la motivación del Tribunal Constitucional⁷³. Se trata, en ambos casos, de interpretaciones del Protocolo VII del Conve-

nio, exige que las infracciones cometidas en el ejercicio de una alta función política se sometan al conocimiento de un tribunal que reúne garantías particulares, en razón de las responsabilidades que se vinculan a sus funciones.

Por otra parte, es un principio generalmente admitido que cuando tales infracciones se han cometido por varias personas en concurso entre ellas, se justifique organizar un proceso único, que permite una concordancia en la apreciación de los hechos y de las responsabilidades. Cuando los co-autores serían normalmente justiciables ante tribunales diferentes, se hace pues necesaria una prórroga de competencias a favor de uno de ellos». Más adelante, la Comisión insiste en que no resulta discriminatoria la privación del doble grado de jurisdicción cuando la diferencia de trato obedece a la condición ministerial del procesado, volviendo a recordarnos que ésta es una regla frecuente en otros sistemas constitucionales europeos.

⁷¹ La competencia de la Corte Constitucional en estos casos se suprimió, mediante reforma constitucional, en 1989. Ahora se limita a los juicios contra el Presidente de la República por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo.

⁷² Decidida en tales supuestos por el Parlamento en la fase de acusación.

⁷³ Lo único que tienen en común estas tres decisiones es que en todas ellas, *aunque en muy distintas circunstancias (en presencia o no de aforados) y momentos (antes o después de la entrada en vigor del Protocolo VII)*, se procede por la Comisión a efectuar un juicio de proporcionalidad para apreciar la validez convencional de las restricciones al derecho al doble grado de jurisdicción.

nio, en concreto de su artículo 2, algo que no ocurría en el caso *Tanassi*⁷⁴, en el que se discutía sobre el artículo 6.1 del Convenio⁷⁵. Esta sería una diferencia ya en sí misma importante. Pero hay otras.

Ni en *E.M. c. Noruega*, ni en *Hauser c. Austria*, que son las resoluciones citadas, estamos en presencia de demandantes aforados, ni de condenados *arrastrados* por conexidad a la instancia única. En el primero de tales casos (de 26 de octubre de 1995) se cuestiona la convencionalidad de una decisión del Tribunal Supremo de Noruega por la que se denegó el *leave to appeal* a una persona condenada por estafa en primera instancia por un Tribunal inferior. A juicio de la Comisión, la demanda de la «autorización» *para apelar*, que en eso consiste el citado *leave*, cumple suficientemente con el estándar que impone el artículo 2 del Protocolo VII, ya que la inadmisión del recurso por el Tribunal Supremo implica, a tenor del Derecho procesal penal noruego, una *cierta revisión* del juicio de instancia (por ejemplo, de la valoración de la prueba o de *otros elementos relevantes del proceso*). Una vez más el margen de apreciación nacional al implementar (sin vaciarlos de contenido) los derechos presentes en el Convenio, ahora en el Protocolo VII⁷⁶. Poco o nada en común tiene este caso con los decididos por nuestro Tribunal Constitucional.

Lo mismo sucede a propósito de *Hauser c. Austria* (de 16 de enero de 1996), un supuesto muy próximo, aunque en circunstancias fácticas muy distintas, al anterior. Se trataba ahora de una sanción administrativa, confirmada en primera instancia y para la que se inadmitió por el Tribunal Administrativo

⁷⁴ Este Protocolo lleva fecha de 22 de noviembre de 1984, y fue ratificado por Italia siete años después.

⁷⁵ Ya se ha recordado con anterioridad que del art. 6.1 no es posible traer, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho al recurso, aunque cuando la legislación procesal del Estado prevé tales recursos, de la interpretación sistemática de aquella disposición y del art. 14, siempre del Convenio, resulta, a la luz de tal jurisprudencia, que no puede denegarse el acceso a tales recursos sin un motivo legítimo (así se recuerda en la decisión *Tanassi* por la Comisión, ap. 17), siendo aplicables también en la segunda instancia todas las garantías procesales que de aquel art. 6.1 resultan. Véase, sobre el particular, la reciente STC 167/2002 (recurso de amparo decidido por el Pleno), en la que, cambiando su jurisprudencia, el alto Tribunal, apoyándose en la doctrina estrasburguesa, parece imponer, en garantía de los principios de inmediación y contradicción, y siempre que se trate de corregir la valoración y ponderación de las pruebas llevadas a cabo por el Juez de lo Penal, la celebración de vista oral en los recursos de apelación penales que traigan causa de sentencias absolutorias.

⁷⁶ Daría así la (acertada, a mi juicio) impresión de que la casación penal española cumpliría con los mínimos resultantes del Protocolo VII, art. 2, cuando éste se ratifique. Para entendernos: en el ámbito convencional no se habría producido una decisión como la conocida en el caso *C. Gómez Vázquez c. España* por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Esta opinión se encontraría corroborada por el *Explanatory Report* del Protocolo VII, en el que se considera que el *leave to appeal* se adecua al canon del art. 2 (véase, con juicio crítico al respecto, VAN DIJK, P. y G. J. H. VAN HOOFF, op. cit., pgs. 686-687; también, ahora sin valoraciones, HARRIS, D. J., M. O'BOYLE y C. WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, 1995, pg. 567).

El derecho fundamental al recurso en el orden penal...

la apelación. En los términos de la Comisión, que aclaran suficientemente cuanto aquí quiere decirse:

«Such a right to apply for leave to appeal to a higher court can in itself be regarded as a review within the meaning of Article 2 of Protocole No. 7».

Casi nada en común, otra vez, con cuanto se resuelve en los amparos que se examinan. Hasta aquí lo que en el título de este epígrafe se calificaba como de empleo indebido de la jurisprudencia internacional (siempre en alusión a las dos últimas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos). Vayamos ahora al «silencio injustificable».

Me refiero a la no utilización por el Tribunal Constitucional del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de fecha 31 marzo 1983; un silencio que llama la atención por cuanto de no haberse producido podría haber complicado decisivamente la argumentación (y la decisión última) del Tribunal, y que sorprende en una Sentencia en la que, por vez primera como ya sabemos, se ha hecho uso, aunque genéricamente, de la obra del Comité en interpretación del Pacto. Se trata del caso *Fanali c. Italia*⁷⁷.

El demandante, General en retiro del Ejército del Aire italiano, había sido condenado por la Corte Constitucional en el *caso Tanassi*, antes mencionado. Al contrario que el resto de los procesados, el Sr. Fanali decidió elevar su pretensión al Comité de Derechos Humanos en un momento en el que, no se olvide, el Convenio de Roma de 1950 no reconocía el derecho al recurso penal, cosa que sí hacía el Pacto Internacional de 1966 (art. 14.5)⁷⁸. Rechazados los varios motivos de inadmisión planteados por el Gobierno italiano, aceptada la conexidad a la luz del Pacto⁷⁹, y conocida ya la decisión de Estrasburgo, a la que en algún pasaje se refiere el Comité, el único motivo en el que se apoyó la desestimación de la pretensión del recurrente no fue otro que la reserva formulada por la República italiana al artículo 14.5 en el momento de la ratificación del Pacto. Una reserva cuyo texto, reproducido en el Dictamen, es el siguiente:

«Article 14, paragraph 5, shall be without prejudice to the application of existing Italian provisions which, in accordance with the Constitution of the Italian Republic, govern the conduct, at one level only, of proceedings instituted before the Constitutional Court in respect of charges brought against the President of the Republic and its Ministers»⁸⁰.

El Comité entendió que esta reserva (y sólo ella), que remitía al ordenamiento italiano las excepciones al doble grado de jurisdicción, justificaba la privación al demandante del derecho al recurso. Es el momento de recordar algo que ya

⁷⁷ Dictamen emitido a resultas de la Comunicación 75/1980.

⁷⁸ Recordatorio éste que se encarga de hacer el propio Comité de Derechos Humanos en su Dictamen.

⁷⁹ «This follows from the connection between cases, the charges against the Ministers were the cause and the “conditio sine qua non” for the other charges and for instituting proceedings against all defendants».

⁸⁰ La cursiva está añadida.

se ha escrito más arriba: España no formuló reserva alguna al contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el BOE de 30 de abril de 1977), por lo que no resulta demasiado complicado concluir cuál podría haber sido la respuesta del Comité ante una demanda de similar contenido contra nuestro país.

En el supuesto de que el Tribunal Constitucional hubiera hecho uso de este Dictamen, y *siempre que el Protocolo VII CEDH estuviera vigente en España*, se habría producido una situación paradójica: en presencia de dos resoluciones de órganos internacionales de garantía de tratados en materia de derechos fundamentales ratificados por España y que pueden conducir a soluciones contradictorias (el uno, consintiendo la excepción al derecho al doble grado de jurisdicción; el otro, en defecto de reserva, no tolerándola) ¿cuál debería de haberse utilizado en la interpretación, *ex* artículo 10.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva⁸¹? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta pasa por la aplicación del artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que formula «la que se ha convertido en una regla general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos»⁸², y cuyo tenor es el siguiente:

«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 parte».

Esta disposición habría de conducir necesariamente al desplazamiento de las previsiones del Convenio de Roma, y de la interpretación que de las mismas lleven a cabo sus órganos de garantía, en favor de las del Pacto Internacional de 1966 por cuanto de ninguna de aquéllas puede hacerse uso para limitar el superior estándar que, en el ámbito del derecho ahora estudiado, resulta del artículo 14.5 del Pacto.

Claro que no puede dejar de reconocerse que, en los casos analizados, el otorgamiento del amparo habría producido únicamente unos efectos a los que algún autor se ha referido, en otro contexto, con el calificativo de *platónicos*. Por emplear una vez más las palabras del Magistrado discrepante:

«[...] la Sentencia deviene firme por el hecho de que no cabe recurso contra ella, hecho que no cabe negar por más que se estime vulnerador del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal. La vulneración reside aquí, como en el caso examinado en el F. 5 de la STC 49/1999, en la insuficiencia del Ordenamiento. Estamos, pues, ante una vulneración “automática e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la Ley que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental” [...].

Por ello, el amparo constitucional no puede consistir, en este caso, como en

⁸¹ O del derecho al proceso con todas las garantías, en el que en estas Sentencias encaja el Tribunal Constitucional el derecho al recurso en materia penal. Aspecto éste, ya se ha aclarado, en cualquier caso irrelevante.

⁸² En expresión de VAN DIJK, P. y G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, pg. 6.

principio se avanzaba, sino en reconocer que se ha vulnerado el derecho del recurrente a un recurso en los términos del artículo 14.5 del Pacto Internacional. Y no comporta la nulidad de la Sentencia condenatoria por más que el Ordenamiento jurídico pudiese anudar a nuestro amparo otro tipo de reparaciones».

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- El derecho al doble grado de jurisdicción de toda persona condenada en un proceso penal, que resulta de la interpretación internacionalmente adecuada a la que obliga el artículo 10.2 CE, es una más de las garantías, facultades o posiciones jurídicas en las que se despliega el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (o, si se prefiere, que nada relevante es, el derecho a un proceso con todas las garantías) leído a la luz del artículo 14.5 PIDCP.
- En el momento presente, y en ausencia de ratificación española, el artículo 2 del Protocolo VII al Convenio Europeo de Derechos Humanos no posee, no puede poseer, los efectos interpretativo-integrativos que para los derechos fundamentales vienen de la cláusula del artículo 10.2 CE. Cuando dicha ratificación se produzca, el artículo 53 del propio Convenio impedirá el juego del límite que expresa el segundo párrafo de aquel artículo (haber sido «juizado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional»).
- De este derecho no pueden verse privados quienes son condenados en única instancia por el Tribunal Supremo (aforados y otros procesados por conexidad), pues tal límite (*rectius*: supresión) no resulta compatible con el Pacto Internacional en ausencia de reserva formulada al respecto. La remisión a la ley que aparece en el inciso final del artículo 14.5 PIDCP («conforme a lo prescrito por la ley») en ningún caso puede suponer la pura y simple desaparición del derecho en cuestión para una categoría de personas.
- La Constitución Española, en su artículo 71.3, no imposibilita el ejercicio del derecho al recurso, antes bien, se limita a predicar la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en primera, que no necesariamente única instancia) en las causas contra Diputados y Senadores.
- La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace posible ningún tipo de recurso (más allá del extraordinario de revisión) contra las sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, y ello aunque desde 1995 se ha suprimido la explícita prohibición que figuraba en el párrafo final de su artículo 847, a tenor de la cual el recurso de casación no procedía «respecto de las (sentencias) pronunciadas por el Tribunal Supremo»⁸³.

⁸³ Art. 847 LECrim: «Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o segunda instancia; y b) las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia».

De hecho, en una referencia que resulta algo críptica, se nos recuerda en las SSTC 64-66/2001, a las que se viene haciendo mención en este trabajo, cómo «la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 –redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 mayo,

– A salvo de cambios legislativos inmediatos (que no se avizoran), la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal que se nos anunció en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, habría de incorporar el segundo grado de jurisdicción como derecho de todos los condenados por delito (que sólo a ellos afecta el art. 14.5 PIDCP), incluidos aquellos que fueron juzgados en primera instancia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁸⁴.

– Es posible afirmar que el recurso de casación cumple íntegramente los estándares que resultan de la interpretación estrasburguesa del artículo 2 del Protocolo VII CEDH. En el caso del artículo 14.5 PIDCP, semejante afirmación sólo puede hacerse, con los pertinentes matices, a la luz de la garantista interpretación propuesta por el Tribunal Constitucional que, a la postre, parece mudar en alguna medida la naturaleza del recurso de casación. En todo caso, y para evitar nuevas *condenas* a nuestro país por vulneración del Pacto y, por qué no decirlo, para cumplir con el canon que impone el artículo 10.2 CE, sería necesario que el derecho al doble grado de jurisdicción se concretara mediante un recurso más próximo a la apelación que hoy conocemos que a la limitada casación presente en nuestro Código procesal penal⁸⁵.

del Tribunal del Jurado, disposición final segunda, núm. 16– ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos», sin que quede claro en ningún momento de cuáles se trata [por todas, STC 64/2001, F. 5 c)]. Hay que entender, necesariamente, que «estos casos» son los decididos en primera (y única) instancia por el Tribunal Supremo.

⁸⁴ En el punto 3 del mencionado Pacto se acuerda atribuir la segunda instancia penal, «en los términos que resulten de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», a los Tribunales Superiores de Justicia. En el punto 17 de ese mismo Pacto, en el que figura el compromiso de la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento, se propone, en el apartado e), «La extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisabilidad de las condenas por un Tribunal Superior».

Aunque esta última referencia a un «Tribunal Superior» parece cerrar las puertas a los recursos frente a condenas dictadas por el Supremo en (hoy por hoy) única instancia (¿cuál sería ese órgano superior al Supremo?), nada impide el establecimiento de fórmulas que hagan posible la revisión de tales condenas. Así, por ejemplo, podría fijarse que el conocimiento en las causas contra aforados correspondiera a alguna de las Secciones de la Sala Segunda (la existencia de tales Secciones en las distintas Salas del Tribunal Supremo está prevista por el art. 54 LOPJ), siendo recurribles sus decisiones ante el Pleno de la Sala (del que no formarían parte, lógicamente, los miembros de la Sección juzgadora). Igualmente podría pensarse en el eventual recurso frente a las condenas ante la Sala Especial (art. 61 LOPJ) o ante alguna articulación semejante a ésta que a tales efectos se previera en la misma LOPJ. En esta misma línea, FONT SERRA, E., op. cit., pg. 27, se muestra favorable al establecimiento de la doble instancia para los aforados.

Con cuanto se acaba de dejar escrito no se comparte la opinión de MARTÍNEZ ELIPE, L., para quien en las hipótesis de aforamiento *ex* art. 71.3 CE la previsión de la doble instancia obligaría a la reforma de la Constitución (en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pg. 70).

⁸⁵ En este sentido apunta el Borrador de nueva LOPJ salido del Ministerio de Justicia en la primavera de 2002, en cuyo art. 68 c) se atribuye a la competencia de la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento «de los recursos de apelación que establezca la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de las Audiencias Provinciales y del Tribunal del Jurado».

Este mismo Borrador prevé la existencia de una Sala de Apelación en esos Tribunales

Superiores de Justicia para conocer «de los recursos de esta clase que la Ley establezca contra las sentencias y otras resoluciones de la Sala de lo Penal en las causas atribuidas a su conocimiento en única instancia [...]». Se garantizaría así el doble grado de jurisdicción (más allá de la hipótesis, formalmente abierta, del recurso de casación) para los aforados autonómicos por los delitos cometidos en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. Esta solución, como se ve, se aproxima a la propuesta en la nota anterior para los Diputados y Senadores, aunque curiosamente el Borrador en cuestión no la prevé para éstos.