

### 3.2 Efectiva implantación de la doble instancia penal

Desde la Fiscalía Togada de lo Militar se expone que las razones que han llevado al legislador, a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, a generalizar la doble instancia en el ámbito de la jurisdicción penal común concurren igualmente en el ámbito de la jurisdicción militar, puesto que, por una parte, también le vinculan el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (con las interpretaciones que de los mismos realizan, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, por otra, la regulación del recurso de casación es semejante en una y otra jurisdicción.

Por ello y por pura coherencia con el resto del ordenamiento jurídico español, no parece tener justificación que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación generalizada de la doble instancia.

Por su parte, la Unidad de Derechos Humanos y Memoria Democrática pone de manifiesto la limitación al derecho a la segunda instancia penal existente en nuestro sistema cuando concurren ciertos aforamientos. Esta limitación, que ha sido convalidada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo ha dado lugar a que varios dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hayan declarado la vulneración por parte de nuestro país de dicha garantía (*vid.* Hachuel Moreno c. España; García Sánchez y González Clarés c. España; Conde Conde c. España; Gomariz Valera c. España; Terrón c. España; Garzón c. España; Mangouras c. España).

La Circular FGE 1/2018, de 1 de junio, *sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal*, describe la situación de nuestro sistema al afirmar:

*La instauración de una segunda instancia mediante la que un tribunal superior, en atención a su experiencia y por composición, reexamina el pronunciamiento penal, es sin duda una vía para minimizar fallos humanos.*

*El fundamento del establecimiento de un recurso de apelación es pues la introducción de mecanismos que permitan revisar posibles*

*errores en la aplicación de las normas procesales y sustantivas y en la valoración de la prueba.*

*El derecho a la doble instancia deriva de lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 8 establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley. Por su parte, el art. 2.1 del Protocolo adicional n.º 7 de 1 de noviembre de 1988 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone que: Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a 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.*

*Por lo tanto, la doble instancia penal aparece como un derecho de configuración legal que se atribuye a la persona condenada, pero no necesariamente a las acusaciones, cuyas capacidades impugnatorias pueden estar limitadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la normativa vigente sobre esta cuestión.*

*El Tribunal Constitucional (STC n.º 123/2005, de 12 de mayo) ha estimado que «el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias (...) se debe interpretar 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 (...) el derecho fundamental al recurso contra sentencias penales condenatorias sólo alcanza a la necesidad de que se configure legalmente un recurso que posibilite una revisión íntegra de la condena y la pena y, en consecuencia, no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro; y, en segundo lugar, que el legislador tiene libertad para establecer tanto cuál deba ser el Tribunal superior como el modo en que éste haga efectiva la revisión de la condena y la pena y, por tanto, el legislador tiene libertad de configurar el recurso bien*

*como un nuevo juicio, bien como una revisión del fallo condenatorio y de la pena».*

*(...) La generalización de la apelación no es total, pues las sentencias dictadas en primera instancia por los TSJ solo son recurribles en casación –art. 847.1.a). 1.º LECrim–, y las pronunciadas en primera instancia por el Tribunal Supremo son irrecurribles. Estas excepciones son compatibles con el apartado 2 del art. 2 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite que el derecho a la segunda instancia pueda «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».*

Asumiendo, como no puede ser de otra forma, la doctrina de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia del nuestro Tribunal Constitucional (artículo 5.1 LOPJ) al establecer el derecho a la segunda instancia en el proceso penal como una manifestación más del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en virtud de la obligatoria vinculación que el artículo 10.2 CE fija con el artículo 14.5 PIDCP, se somete a la consideración del legislador, en aplicación del principio *pro homine* recogido en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantizar este derecho fundamental en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, adoptándose para ello la fórmula que se considere más adecuada.

La limitación que al derecho a la segunda instancia penal reconoce el art. 2.1 del Protocolo Adicional n.º 7, de 1 de noviembre de 1988, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional, debe ser analizado desde la perspectiva del artículo 53 del Convenio cuando afirma que *[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará 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*, debiendo vincularse dicha afirmación con el artículo 14.5 PIDCP.

Por ello, se considera recomendable que, en aras al respeto de los máximos estándares de protección de los derechos humanos a los que España viene obligada en aplicación del artículo 10.2 de la CE, se superen las excepciones que a la segunda instancia penal siguen estando vigentes en nuestro sistema, dando con ello efectivo cumplimiento a la Observación General n.º 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (párrafos 45 a 51).