

¿Doble instancia o derecho a reexamen? Caso *Saquetti Iglesias*

Análisis de las SSTS de 25 de noviembre de 2021, recs. núms.
8156/2020 y 8158/2020

Gloria Marín Benítez

Doctora en Derecho

Socia de Procedimientos y litigios tributarios. Uría Menéndez

Profesora colaborada asociada. Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Extracto

La lectura generalizada que se hizo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Saquetti Iglesias c. España*, de 30 de junio de 2020 apuntaba a la posibilidad de que nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo pudiera suponer una vulneración del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), análoga a la declarada en aquella sentencia, en todos aquellos casos en los que las sanciones administrativas se revisan en única instancia por la Audiencia Nacional o por tribunales superiores de justicia que no actúan como máximo órgano jurisdiccional. Y ello porque se dudaba sobre la idoneidad del vigente recurso de casación como remedio procesal que pudiera dar cauce al derecho establecido en ese precepto. Por ello, no fueron pocas las voces que consideraron que esta sentencia emplazaba a nuestro legislador para introducir de forma generalizada una segunda instancia también en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las Sentencias números 1375/2021 y 1376/2021 del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sientan como doctrina jurisprudencial que la exigencia a la que se refiere el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH no exige en puridad una segunda instancia, sino un derecho al reexamen de la declaración de culpabilidad y de la sanción que «puede hacerse efectiv[o] mediante la interposición del recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora». Las sentencias, no obstante, cuentan con un voto particular que aunque entiende que el recurso de casación «entendido como medio de impugnación solo por razones de derecho, puede en abstracto ser idóneo para satisfacer la exigencia de reexamen por un órgano jurisdiccional superior de las sentencias que confirman una sanción administrativa grave», termina concluyendo que «el nuevo recurso de casación [...] no es el medio adecuado para lograr que todas las sentencias que confirman una sanción administrativa grave sean reexaminadas, si así lo requiere el interesado, por un órgano superior».

En este comentario abordamos el análisis de estas sentencias, las limitaciones y la carga que imponen sobre el derecho al reexamen, y cómo se insertan en el debate sobre la conveniencia de extender la segunda instancia también en el orden contencioso-administrativo.

1. Supuesto de hecho

El artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) dispone lo siguiente:

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

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 30 de junio de 2020 declaró que España había vulnerado el apartado primero de este precepto al no permitir la revisión por una jurisdicción superior de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid que desestimaba el recurso interpuesto por el Sr. Saquetti Iglesias contra una sanción administrativa por infracción de la normativa de prevención del blanqueo de capitales. En efecto, teniendo en cuenta que el órgano administrativo que impuso la sanción (la Dirección General del Tesoro y Política Financiera) no puede considerarse un tribunal en el sentido del artículo 6 del CEDH, que la normativa aplicable *ratione temporis* –art. 86.2 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

(LJCA) en la redacción otorgada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre– vedaba al Sr. Saquetti el acceso por cuantía al recurso de casación y que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) no puede ser considerado una segunda instancia jurisdiccional al quedar fuera de su ámbito objetivo las vulneraciones de la legalidad ordinaria, el TEDH concluyó que la única autoridad judicial que revisó el caso fue el TSJ de Madrid. Y al considerar que la sanción administrativa impuesta al Sr. Saquetti Iglesias debía calificarse como de carácter penal a los efectos del CEDH, concluyó que esa revisión por una única instancia judicial constituía una vulneración del mencionado artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH.

La lectura generalizada que se hizo de esta sentencia apuntaba a la posibilidad de que nuestro sistema de recursos pudiera suponer una vulneración del primer apartado del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH análoga a la que se había declarado en el caso *Saquetti Iglesias* en todos aquellos casos en los que, en aplicación de los artículos 10 y 11 de la LJCA, las sanciones administrativas se revisan en única instancia por la Audiencia Nacional (AN) o por los TSJ, y no opera ninguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del precepto (López Menudo, 2021, 99-132; Lozano Cutanda, 2020; Cobreros Mendazona, 2020; Recuerda Girella, 2021; García Novoa, 2021)¹. Y ello porque, aunque la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015 suprimió la *summa gravaminis*, la función nomofiláctica del recurso de casación –encaminada a depurar la interpretación del ordenamiento jurídico–, su alcance –limitado a cuestiones de derecho, con exclusión de las de hecho– y los condicionantes de su admisión –la apreciación discrecional de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia–, hacían albergar dudas en cuanto a la idoneidad de este recurso para dar cumplimiento al derecho establecido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH. Por ello, no fueron pocas las voces que consideraron que esta sentencia emplazaba a nuestro legislador para abordar una reforma de nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo que, de una vez por todas, introdujera de forma generalizada una segunda instancia, hoy por hoy limitada a aquellos casos en los que las normas de competencia atribuyen la cognición del recurso a los juzgados contencioso-administrativos.

Ese era el entendimiento de los recurrentes que vieron admitidos a casación tres recursos contra sentencias de diversos TSJ que en única instancia habían confirmado un acuerdo administrativo de imposición de sanción (Autos del Tribunal Supremo –TS– de 15 de abril de 2021 [recs. núms. 8159/2020 y 8156/2020 –NCJ065891–] y de 18 de marzo de 2021 [rec. núm. 8158/2020 –NCJ065890–]). En todos estos autos de admisión se planteaba como cuestión de interés casacional la de

determinar la eventual incidencia de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020, en el asunto *Saquetti Iglesias c. Es-*

¹ *V. gr.*, en los casos en los que los TSJ actúan como el más alto órgano jurisdiccional, al haber sido la sanción impuesta por la Administración autonómica en aplicación de normativa autonómica, o en los casos en los que la sanción corresponde a una infracción de menor gravedad.

paña (Demanda n.º 50514/13) –sobre la exigencia de una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas graves– en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativo, cuando, como aquí acaece y en aplicación de [las normas en cada caso reguladoras de la sanción en cuestión] y en relación con [los artículos correspondientes de la LJCA que establecen las normas de competencia aplicables en el caso] corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia [o a la Audiencia Nacional] la competencia para conocer en única instancia.

En la fecha en la que escribimos estas líneas, el TS ha resuelto dos de esos tres recursos en las sentencias del Pleno de su Sala Tercera (idénticas en su fundamentación jurídica) objeto del presente comentario: la 1375/2021 (rec. núm. 8156/2020 –NCJ065888–) y la 1376/2021 (rec. núm. 8158/2020 –NCJ065889–). No vamos a examinar, en cambio, la sentencia de la Sección Primera, de 14 de diciembre de 2021 –también relacionada con esta materia–, que estima la demanda de revisión de sentencia firme del propio Sr. Saquetti Iglesias.

2. Doctrina del tribunal

Las sentencias objeto de comentario resuelven la cuestión planteada sobre la compatibilidad con el CEDH de nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo en el sentido de que el recurso de casación sí es un instrumento válido para garantizar el derecho establecido en el artículo 2.1 de su Protocolo n.º 7. En concreto, el criterio jurisprudencial que sientan es que:

la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti c. España, puede hacerse efectiva mediante la interposición del recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora.

Para llegar a esta conclusión, las sentencias –tras apuntar en sus fundamentos de derecho primero y segundo cuál era la posición de las partes, y rechazar los defectos de forma denunciados por la abogada del Estado– revisan (fundamentos tercero y quinto) la interpretación que del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 ofrece la jurisprudencia del TEDH.

El fundamento jurídico tercero de las sentencias aborda el *objeto* del derecho establecido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7. Recuerda que según el TEDH ese derecho no puede

limitarse a las sanciones calificadas como penales por el ordenamiento interno de los Estados (criterio de la legalidad interna) sino que, para evitar que el procedimiento sancionador administrativo pueda sustituir indebidamente al penal, las garantías establecidas en dicho precepto han de proyectarse también sobre aquellas sanciones administrativas que reúnen los otros dos criterios de la sentencia *Engel* (STEDH de 23 de noviembre de 1976, *Engel y otros c. Holanda*, demandas n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/71M 5370/72): el de la naturaleza de la infracción y el de la gravedad de la sanción.

En cuanto al criterio de la naturaleza de la sanción, recuerdan que para el TEDH pueden merecer también la calificación de penales aquellas sanciones que, considerándose administrativas bajo la legislación interna, tienen una finalidad represiva o disuasoria de conductas que pueden producirse en la relación de sujeción general en la que se encuentran los administrados frente a una Administración a la que se le atribuye un *ius puniendi* para salvaguardar bienes generales de la sociedad –i. e., de infracciones que no propias de una relación especial reglada de derecho administrativo, en la que el *ius puniendi* administrativo puede tener por objeto salvaguardar bienes sectoriales de determinados poderes públicos–. Para concluir si la infracción es penal o no bajo este criterio *Engel*, hay, por tanto, que analizar las personas sometidas a la norma sancionadora, los intereses protegidos en ella y si su finalidad es disuasoria o represiva.

En cuanto al criterio de la gravedad de la sanción, también relevante para determinar si concurre el supuesto de exclusión previsto en el apartado 2 del artículo 2 del Protocolo n.º 7, hay que analizar si la sanción presenta una especial entidad en relación con la conducta, aunque por sí mismo no parece ser muy concluyente.

La calificación como penal de una sanción a efectos del CEDH bajo estos tres criterios *Engel* (legalidad interna, naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción) queda así sujeta a un análisis casuístico, con la falta de seguridad jurídica que ello puede comportar –y que el propio TS subraya– sobre los recursos a los que el sancionado puede tener derecho. Pero sea como fuere, es indiscutible que hay sanciones administrativas que pueden calificarse como «condenas penales» a efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH y que esas sanciones administrativas de carácter penal también han de quedar comprendidas dentro del ámbito objetivo del derecho al reexamen establecido en este precepto. Las sentencias concluyen, en sus respectivos fundamentos de derecho cuarto, que en esta situación se encontraban las sanciones recurridas en los autos.

El fundamento jurídico quinto de las sentencias aborda el *alcance* del derecho al reexamen establecido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH y, tras revisar la propia literalidad del precepto, el Informe explicativo del Protocolo n.º 7 y, sobre todo, la jurisprudencia del TEDH (*Patsouris c. Grecia*; *Hauser-Sporn c. Austria*; *Yves Loewenguth c. Francia*; *Presti y Forl c. Austria*; *Nielsen*) concluye a) que la articulación la garantía sobre el reexamen por un tribunal superior queda al criterio de la legislación de cada Estado y b) que ese reexamen no exige necesariamente que afecte a las cuestiones de hecho y de derecho. Aplicando

estas conclusiones al *medio* para dar cumplimiento a la garantía del derecho al reexamen (esto es, a los remedios procesales que permiten canalizar el derecho), las sentencias afirman la idoneidad de los recursos tanto de apelación como de casación. Afirman también, ya para terminar, que los presupuestos formales para la admisión de los recursos, siempre que –como exige la jurisprudencia del TEDH– *no desvirtúen el propio derecho al reexamen*, no son óbice para el cumplimiento de la garantía establecida en el Protocolo.

Una vez sentados los perfiles y limitaciones del derecho contenido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 en abstracto, el fundamento sexto de las sentencias se dedica a revisar el cumplimiento de esta garantía en nuestro orden contencioso-administrativo. Se señala que la viabilidad de ese derecho no plantea ningún problema cuando se trata de sanciones administrativas de carácter penal cuya revisión corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo, pues para ellas existe la posibilidad de recurrir en apelación ante las salas de los TSJ o de la AN y este recurso (el de apelación) no plantea ninguna duda interpretativa en cuanto a su idoneidad para satisfacer el derecho al reexamen, por cuanto admite incluso la revisión del juicio alcanzado en primera instancia sobre la prueba. También señala la inexistencia de dudas en cuanto a las sanciones administrativas cuya revisión corresponde al TS o –cuando se trata de sanciones administrativas por infracción de normativa autonómica– a los TSJ, por cuanto en estos dos casos opera la excepción al derecho al reexamen establecida en el artículo 2.2 del Protocolo n.º 7 referida a la imposición de la sanción por el más alto órgano jurisdiccional. La problemática, por tanto, queda circunscrita a aquellos supuestos en los que las sanciones administrativas de carácter penal son revisadas en única instancia por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ o de la AN, pues en estos casos solo podrían llegar a ser revisadas por el TS en un recurso de casación.

Y delimitada así la problemática, la cuestión se reduce a analizar si nuestro recurso de casación, en su configuración actual, permite o no dar cumplimiento a la garantía establecida en el artículo 2 del Protocolo n.º 7. Las sentencias, que también abordan este punto en su fundamento sexto, alcanzan una conclusión afirmativa con los siguientes argumentos:

- Primero. Que esta cuestión, cuando se planteó en el orden penal, ya fue resuelta tanto por el TC como por la Sala Segunda del TS, en el sentido de que el recurso de casación era un medio, un cauce procesal válido para ofrecer la garantía del derecho de reexamen establecida en los tratados internacionales. Se afirma así que, aunque la exigencia de la doble instancia en el orden penal se ha generalizado «en una *siempre deseable ampliación de las garantías* que impone el Convenio», «cuando aún dicha garantía no estaba reconocida con carácter general en nuestro derecho penal, la jurisprudencia de la Sala segunda era concluyente en lo que ya se ha expuesto [la validez del recurso de casación para ofrecer esa garantía], bien que referido, no solo al Protocolo, sino *también al artículo 14.5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en

la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, de idéntico contenido que el artículo 2 del Protocolo. STS 545/2021 rec. cas. 2517/2011 (ECLI:ES:TS:2012:5199)» [cursivas añadidas]. Se concluye, por tanto, que «carceraría de todo sentido que, si para las infracciones penales la jurisprudencia del propio TEDH que se cita en esa sentencia considera que el originario recurso de casación [en el orden penal] [...], *de naturaleza, objeto y finalidad similar al de este Orden Contencioso Administrativo*, cumple las exigencias del artículo 2 del Protocolo 7, no pudiera tener esa misma cualidad nuestro actual recurso de casación» [cursivas añadidas].

- Segundo. Que las exigencias establecidas para el acceso a la casación («denuncia de infracción del ordenamiento jurídico y que esta revisa interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia») no desvirtúan el propio derecho al reexamen en la medida en que «por exigirlo la normativa reguladora de los derechos fundamentales, ahora reforzada con la ratificación del Protocolo número 15 al Convenio» se facilite ese derecho al sancionado que ha visto desestimado su recurso en la instancia. La propuesta para facilitar ese acceso a la casación pasa, según las sentencias, por integrar los supuestos de presunción legal establecidos en los artículos 88.2 y 88.3 de la LJCA –que no son tasados– al efecto de apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo cuando se denuncie la vulneración por la sentencia dictada en la instancia de una cuestión de derecho (de naturaleza sustantiva o procesal), «con exclusión de las cuestiones de mero hecho (esto es, con exclusión de la revisión de la prueba realizada por el Tribunal de instancia)». Pero esa facilitación del acceso a la casación al sancionado, según apuntan también las sentencias, tendrá un límite: que sobre la cuestión de naturaleza sustantiva o procesal suscitada en la instancia y rechazada por el tribunal *a quo* no exista ya jurisprudencia.

Las sentencias cuentan con el voto particular de D. Luis M.^a Díez-Picazo Giménez que, aunque está de acuerdo con la ponencia en el objeto y alcance del derecho contenido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, aunque coincide con ella en que resulta impreciso calificarlo como derecho a la doble instancia –puesto que lo único que exige «es que haya un órgano jurisdiccional superior habilitado para controlar que la sentencia penal condenatoria es ajustada a derecho»–, y aunque concuerda asimismo en que el recurso de casación «entendido como medio de impugnación solo por razones de derecho, puede *en abstracto* [cursivas añadidas] ser idóneo para satisfacer la exigencia de reexamen por un órgano jurisdiccional superior de las sentencias que confirman una sanción administrativa grave», termina concluyendo que «el nuevo recurso de casación [...] no es el medio adecuado para lograr que *todas* [cursivas añadidas] las sentencias que confirman una sanción administrativa grave sean reexaminadas, si así lo requiere el interesado, por un órgano superior». Y ello porque «el nuevo recurso de casación se funda en la idea de que [la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS] debe ocuparse únicamente de aquellos asuntos que, más allá del interés legítimo de las partes, presenten también objetivamente importancia para

el desarrollo de la jurisprudencia», de forma que, para que el recurso de casación vigente en nuestro derecho «pudiera ser un medio verosímil y eficaz de reexamen de *cualesquiera* [cursivas añadidas] sentencias confirmatorias de una sanción administrativa grave» sería preciso, según el magistrado, «renunciar a la valoración del interés casacional objetivo, re-introduciendo criterios de admisión reglados en materia sancionadora» y desnaturalizando de esta forma la letra y el espíritu del recurso.

Concluye, por ello, que la reacción exigida por la sentencia *Saqueti Iglesias c. España* debe venir de la mano del legislador.

3. Comentario crítico

3.1. La doble instancia como regla general en nuestro ordenamiento jurídico... salvo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Como apuntan las sentencias objeto de comentario, la cuestión sobre el derecho a la segunda instancia no es nueva en nuestro ordenamiento.

Hasta la reforma iniciada con la Ley Orgánica 19/2003² y culminada con la Ley 41/2015³ también fue esta una cuestión problemática del orden penal que, en la regulación anterior a esa reforma, había previsto una doble instancia para las penas impuestas por delitos menos graves, pero no para los de mayor gravedad. Esta paradoja del orden penal (ofrecer mayores garantías para las penas que menos las exigen) se insertaba dentro de la gran paradoja de nuestro sistema jurídico que sí ha venido ofreciendo, sin mayores dificultades, una doble instancia en el ámbito civil. Pero una vez corregida la situación en el orden penal, la falta de generalización de la doble instancia es hoy por hoy una anomalía exclusiva del orden contencioso-administrativo pues nuestro sistema jurídico establece como regla general la de la doble instancia para todos los demás órdenes jurisdiccionales.

En este sentido, hay que dejar dicho desde ya que la conveniencia de la doble instancia jurisdiccional tiene su razón de ser en un principio esencial que es el de corregir el error judicial y que, por tanto, las razones para implantarla como regla general en el orden contencioso-administrativo no se agotan en las obligaciones que imponen los tratados y convenios

² Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³ Ley 15/2015, 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.

internacionales de los que España es parte, ni quedan por tanto restringidas a la materia sancionadora, si bien nuestro TC considera que no es un derecho que derive de las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución.

3.2. El precedente en nuestro ordenamiento del derecho al reexamen en el orden penal y los requisitos establecidos por la jurisprudencia para darle cumplimiento con el recurso de casación antes de la generalización de la segunda instancia

Sin perjuicio de las consideraciones que *de lege ferenda* abogan por la generalización de la segunda instancia también en el orden contencioso-administrativo, lo cierto es que el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, no exige en puridad un derecho a la segunda instancia sino –como bien apuntan las sentencias comentadas– al reexamen por un tribunal superior de la sentencia que impone una pena o que confirma una sanción administrativa de carácter penal. Por ello, siempre que el recurso al tribunal superior permita controlar la corrección del juicio alcanzado en primera instancia –esto es, controlar la correcta aplicación de las reglas que llevaron a la declaración de la culpabilidad y a la imposición de la pena– se daría cumplimiento a lo exigido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH.

En este sentido, resulta de interés la revisión de los precedentes y de la evolución previa de esta cuestión –la de la idoneidad del recurso de casación para dar cauce al derecho al reexamen– en el orden penal, siempre que esa revisión no se limite a las conclusiones que en su día se alcanzaron –que efectivamente, y como apuntan las sentencias comentadas, vinieron a validar esa idoneidad– sino a las razones y condicionantes que las justificaron.

Y para ello habría quizá que empezar recordando que el derecho al reexamen que nos ocupa viene establecido en dos textos normativos diferentes. Por un lado, en ese artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH que se consideró vulnerado en la sentencia *Saqueti Iglesias*. Por otro lado, en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Este segundo se aplica en nuestro ordenamiento jurídico desde el 27 de julio de 1977, fecha de entrada en vigor del PIDCP en nuestro país, tras el depósito de los instrumentos para su ratificación y su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En cambio el primero (el Protocolo n.º 7 del CEDH) solo se aplica desde el 1 de diciembre de 2009. Como indican las sentencias comentadas, ambos preceptos son de contenido prácticamente igual. En particular, el artículo 14.5 del PIDCP dispone 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». Pero precedentes sobre la aplicación de estos preceptos por nuestros tribunales, tenemos muchos más relacionadas con este último precepto, por su mayor antigüedad en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, en relación con estos precedentes es preciso recordar que la generalización de la doble instancia en el orden penal no vino motivada solo por una «siempre deseable ampliación de las garantías que impone el Convenio» –como sugieren las sentencias objeto de comentario– sino porque el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) consideró en varios dictámenes⁴ que nuestro sistema de recursos en el orden penal (antes de la reforma culminada en 2015) suponía una vulneración de ese artículo 14.5 del PIDCP. Se entendió en esos dictámenes que –puesto que el tribunal de casación no podía volver a evaluar las pruebas del juicio oral y solo se limitaba a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia de instancia– el recurso de casación no permitía la «revisión íntegra» del fallo condenatorio y de la pena y que, con ello, se producía en estos casos que fueron objeto de comunicación al Comité de Derechos Humanos de la ONU una vulneración del PIDCP.

El Dictamen n.º 701/1996, de 20 de julio de 2000, caso *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*, afirma en este sentido (apartado 11.1, negritas añadidas) lo siguiente:

En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que **la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente**, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.**

⁴ Este entendimiento del Comité de Recursos Humanos de las Naciones Unidas se recogió en los Dictámenes n.ºs 701/1996, de 20 de julio de 2000 (*Cesáreo Gómez Vázquez c. España*); 986/2001, de 30 de julio de 2003 (*Joseph Serney c. España*); 1101/2002, de 1 de noviembre de 2004 (*Alba Cabriada c. España*); 1104/2002, de 29 de marzo de 2005 (*Martínez Fernández c. España*); 1095/2002, de 22 de julio de 2005 (*Gomáriz Valera c. España*), o 1332/2004, de 31 de octubre de 2006 (*García Sánchez y González Clares c. España*).

Y concluye (apartado 13, cursivas añadidas) que «la condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto» y que «el Estado Parte tiene la obligación de tomar *las disposiciones necesarias* para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas».

La apreciación en estos dictámenes de que se había producido una vulneración del artículo 14.5 del PIDCP fue una de las razones principales de la generalización de la segunda instancia en el orden penal, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que inició esa reforma. Decía así [negritas añadidas]:

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

En este sentido, si bien es cierto que nuestro TC consideró que la obligación para España establecida en esos dictámenes –de que *tomara las disposiciones necesarias* para que en lo sucesivo no ocurrieran violaciones parecidas– no pasaba necesariamente por una reforma legislativa, esa consideración de nuestro TC se basó en que una correcta interpretación de la casación penal permitía que este recurso cumpliera con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un tribunal superior derivadas del artículo 14.5 del Pacto. Afirmaba así (STC 70/2002, de 3 de abril –NCJ042953–, FJ 7) que:

el mandato del artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, **siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo** («requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales», STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2), **que permita «apurar las posibilidades del recurso de casación»** (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2). Por tanto hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal «cumple en nuestro Ordenamiento el papel de "Tribunal superior" que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos», y **que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho**

fundamental y «en el sentido más favorable para su eficacia» (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2).

Para el TC «la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal» imponen unas consecuencias ineludibles que le llevan a afirmar en esta sentencia que

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 art. 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. Reglas **entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado.** Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa solo la aplicación del Derecho).

Y afirmaba también, respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional de los hechos probados, que no era correcto afirmar «que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim⁵» puesto que «en virtud del art. 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional» de forma que

a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), **es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se**

⁵ Según el cual: 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). **Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la «revisión íntegra», entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas** en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

Los criterios establecidos en esta sentencia fueron acogidos por la jurisprudencia posterior y, quizá por ello, dictámenes posteriores del Comité de Derechos Humanos de la ONU inadmitieron las comunicaciones contra España basadas en la vulneración del artículo 14.5 del PIDCP por entender que la Sala Segunda del TS español «examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable» (caso *Bertelli Gálvez c. España*) o que, tras examinar «con gran detenimiento la valoración de las pruebas [...] consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes» (caso *Cuartero Casado c. España*) o que se examinó «a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran suficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron en todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena».

Por tanto, la afirmación de las sentencias comentadas en el sentido de que *carecería de todo sentido que si el originario recurso de casación en el orden penal cumple las exigencias del artículo 2 del Protocolo 7, no pudiera tener esa misma cualidad nuestro actual recurso de casación*, puede legítimamente ser cuestionada si –como parece entender el voto particular– nuestro actual recurso de casación en el orden contencioso no admite una interpretación tan generosa como la que en su día postularon la Sala Segunda del TS y el propio TC para que su homónimo en el orden penal antes de la reforma iniciada por la Ley Orgánica 19/2003 fuera compatible con el artículo 14.5 del PIDCP –prácticamente idéntico al art. 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH–. Esto es, la conclusión jurisprudencial que en su momento se alcanzó en el sentido de que el recurso de casación en el orden penal era respetuoso con los artículos 14.5 del PIDCP y 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH se encontraba condicionada a a) la necesidad de una interpretación amplia de las posibilidades de revisión casacional, b) la necesidad de que esa interpretación admitiera la posibilidad en todo caso de revisar la aplicación de las reglas que llevan a la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena, y c) la inclusión entre las reglas susceptibles de revisión de todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y «las reglas de la lógica y

la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado».

Ha de hacerse notar que, aun con estos condicionantes, la compatibilidad del recurso de casación en el orden penal con el derecho al reexamen siguió siendo cuestionada por la doctrina⁶. Pero dejando esta crítica doctrinal al margen, el caso es que el criterio interpretativo que sientan las sentencias objeto de comentario no parece incluir esos condicionantes para garantizar la compatibilidad del vigente recurso de casación en el orden contencioso-administrativo con el derecho al reexamen que se reconoce en los tratados internacionales de los que España es parte.

Por un lado, las sentencias excluyen del recurso de casación, en todo caso, la revisión de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, también –según por el carácter tajante con el que se pronuncian las sentencias en este punto– cuando se considere que en esa valoración se han infringido las reglas de la lógica y de la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esto ya de por sí puede suponer una restricción del alcance del vigente recurso de casación en el orden contencioso respecto del que la jurisprudencia del TS y del TC reconocieron a su homónimo en el orden penal para posibilitar su compatibilidad con el derecho al reexamen establecido en los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento. Y si así fuera, las conclusiones que en su día se alcanzaron para ese otro orden jurisdiccional no serían directamente extrapolables al contencioso-administrativo vigente.

Por otro lado, las sentencias limitan el acceso a la casación cuando sobre la cuestión planteada ya existe jurisprudencia, también –según el carácter absoluto en el que se pronuncian las sentencias en este punto– en los casos en los que el tribunal *a quo* puede haberla inaplicado si esa separación de la doctrina jurisprudencial ya existente no se produce en las condiciones establecidas en el artículo 88.3 de la LJCA para que quepa presumir el interés casacional del recurso de casación. En nuestra opinión, esta situación puede llegar a desvirtuar la esencia del derecho al reexamen reconocido por los tratados internacionales, dando lugar a su vulneración según la jurisprudencia del propio TEDH. Y ello porque el derecho al reexamen es una garantía al servicio del *ius litigatoris* que queda desvirtuado cuando se sacrifica –como ocurriría en estos casos– en aras del *ius constitutionis* al que sirve el actual recurso de casación.

Por esta razón, aunque es cierto que el recurso de casación *en abstracto* permite dar cumplimiento al derecho al reexamen establecido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH y aunque la interpretación sentada por el TS en las sentencias comentadas en el sentido de facilitar el acceso a la casación evitará la vulneración del derecho al reexamen en muchos casos concretos en los que el tribunal *a quo* conoció en única instancia, nuestro

⁶ Por todos, Salaverría (2004) y Vallines García (2006).

sistema actual de recursos no garantiza *per se*, ni en todo caso, dicho derecho, que –como apunta el voto particular– podrá verse vulnerado en casos concretos.

3.3. Recapitulación y reflexiones finales

Primero. La jurisprudencia del TEDH considera que el derecho establecido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 al CEDH no es un derecho a la segunda instancia sino un derecho al reexamen por el tribunal superior de la condena y de la pena impuesta y que debe extenderse a las sentencias que desestiman el recurso impuesto contra sanciones administrativas que, en aplicación de los tres criterios *Engel* (calificación bajo la ley interna, naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción), revistan carácter penal. Considera también que, en abstracto, el recurso de casación limitado a cuestiones de derecho es válido para dar cauce procesal a ese derecho.

Segundo. Antes de la generalización de la segunda instancia en el orden penal, el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró en varios dictámenes que España había vulnerado el derecho establecido en el artículo 14.5 del PIDCP –equivalente en esencia al art. 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH– en casos en los que el fallo condenatorio y la pena del autor no tuvieron la posibilidad de ser revisados íntegramente, puesto que la revisión en casación se limitó a los aspectos formales o legales de la sentencia. Al juicio del TC y de la Sala Segunda del TS en las sentencias que en aquel entonces se dictaron sobre esta cuestión, la vulneración declarada en esos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU –que está en el origen de la reforma que generalizó la segunda instancia en el orden penal– podía evitarse mediante una *interpretación amplia* de las posibilidades de revisión en sede casacional y un entendimiento del derecho concedido en el artículo 14.5 del PIDCP, no como a una segunda instancia, sino como al control por un tribunal superior de la corrección del juicio realizado en la primera, revisando la correcta aplicación de *todas* las reglas que permitieron la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

Tercero. Sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, las sentencias comentadas afirman la idoneidad del recurso de casación para garantizar el derecho al reexamen establecido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH siempre que se trate de facilitar el acceso a la casación a quien vio desestimado, en única instancia y por un tribunal que no actuaba como máximo órgano jurisdiccional, su recurso contra una sanción administrativa de carácter grave.

Cuarto. Para facilitar ese acceso, las sentencias comentadas entienden que, al efecto de apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo, los supuestos no tasados de los artículos 88.2 y 3 de la LJCA deben ser integrados cuando se denuncie la vulneración por la sentencia dictada en la instancia de una cuestión de derecho (de naturaleza sustantiva o procesal). Ahora bien, en ese allanamiento del acceso a la casación las sentencias comentadas establecen dos limitaciones y una carga. La primera limitación reside en que la

revisión solicitada en casación debe necesariamente excluir *las cuestiones de mero hecho* y, en particular –en los términos de la sentencia– «la revisión de la prueba realizada por el Tribunal de instancia». La segunda limitación consiste en que la denuncia de la vulneración por la instancia de normas de naturaleza sustantiva o procesal no será suficiente para acceder a la casación cuando sobre esa cuestión exista ya jurisprudencia que no necesite ser aclarada, matizada o confirmada.

En cuanto a la carga, el recurrente deberá justificar en su escrito de preparación que la sanción impuesta reviste carácter penal con arreglo a los criterios *Engel*.

Quinto. La carga lleva consigo una considerable dosis de inseguridad jurídica puesto que el carácter penal de la sanción administrativa, al depender de un juicio casuístico de los tres criterios *Engel*, proyecta un interrogante –el de si el sancionado tendrá o no derecho al reexamen– que solo podrá ser despejado *a posteriori*. En este punto, la ponencia de las sentencias comentadas apela a la actuación legislativa como única forma de conocer *a limine* los recursos a los que el sancionado tendrá acceso.

Sexto. Las limitaciones llevan consigo que el propio derecho al reexamen, que es una garantía puesta al servicio del interés de los administrados a una decisión conforme a la ley en materia sancionadora –esto es, puesta al servicio del *ius litigatoris*–, pueda quedar desvirtuado en casos concretos. En este sentido, la interpretación amplia y flexible que en el orden penal anterior a la reforma de 2015 se hizo del acceso a la casación a fin de garantizar el derecho al reexamen previsto en el artículo 14.5 del PIDCP es difícilmente trasladable en la actualidad al orden contencioso-administrativo sin afectar, de forma sustancial, a la propia esencia y finalidad del vigente recurso de casación como cauce procesal puesto al servicio de una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico (del *ius constitutionis*) por encima de las consideraciones de justicia aplicables en el caso concreto. En este punto, es el voto particular de las sentencias comentadas el que apela a la acción legislativa como forma de suprimir *a limine* el riesgo de vulneración del derecho al reexamen en casos concretos.

Séptimo. Esta apelación a la acción legislativa para instaurar la segunda instancia como regla general en la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido una constante asimismo en la doctrina científica⁷ que encuentra difícil justificación a la anomalía que supone que, en un sistema jurídico que tiene establecida la segunda instancia con carácter general para los pleitos entre particulares, donde impera la igualdad de armas desde el inicio del litigio, se reconozca solo de forma excepcional en litigios en los que una de las partes goza de privilegios exorbitantes frente a la otra, siendo así que la necesidad de garantizar los derechos de los ciudadanos frente al error judicial parece más acuciante en el segundo caso que en el primero. En este sentido, las consideraciones *de lege ferenda* para extender la segunda

⁷ Por todos, Muñoz Aranguren (2018) y López Menudo (2021, pp. 99-132).

instancia en materia contencioso-administrativa no se limitan a la materia sancionadora, si bien solo a ella pueden referirse las obligaciones asumidas por España como parte del PIDPC y del CEDH. En este último ámbito (la materia sancionadora), pensamos que la generalización de la segunda instancia para los delitos y faltas, en aras de una mayor garantía de los acusados, y el mantenimiento, en cambio, de su carácter excepcional en el derecho administrativo sancionador también resultan difíciles de explicar desde los postulados que llevaron en su día al TEDH a extender las garantías que el CEDH otorga a los ciudadanos en los procedimientos penales a los procedimientos encaminados a imponer sanciones administrativas de carácter penal, sobre todo teniendo en cuenta que en el orden administrativo no rige el principio acusatorio vigente en el derecho penal, con la menor garantía que esa ausencia ya entraña *per se* para los administrados.

Octavo. Esta apelación a la acción legislativa para introducir la segunda instancia como regla general del orden contencioso-administrativo desde estrictas consideraciones *de lege ferenda* se encuentra también en las memorias del propio TS y, así, en la de 2019 puede leerse que si bien «es verdad que desde la perspectiva constitucional no existe un derecho a la doble instancia en este orden jurisdiccional» –de forma que este derecho no constituye un imperativo constitucional– «no hay duda de que la doble instancia sería altamente beneficiosa para los ciudadanos y para la organización de la jurisdicción».

La apelación al legislador es por tanto unánime en la comunidad jurídica. Solo queda esperar que este sea receptivo a la llamada y que, introduciendo la segunda instancia como regla general en el orden contencioso-administrativo, refuerce el *ius litigatoris* de quienes son objeto de actos administrativos –muy gravosos a menudo, aunque no sean de carácter sancionador– que consideran contrarios a Derecho sin sacrificar la protección del *ius constitutionis* como primaria y genuina misión del recurso de casación en esta jurisdicción.

Referencias bibliográficas

Cobrerros Mendazona, E. (2020). El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, 118.

García Novoa, C. (2021). El derecho a la doble instancia en la revisión judicial de sanciones tributarias. La necesidad de abrir el debate. *Revista Técnica Tributaria*, 134(3).

López Menudo, F. (2021). Un lustro de la nueva casación. Balance ante el reto de la obligada doble instancia. *Revista de Administración Pública*, 214, 99-132.

Lozano Cutanda, B. (2020). La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, 213.

Muñoz Aranguren, A. (2018). La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 193.

Recuerda Girella, M. A. (2021). La Sentencia Saquetti Iglesias c. España y la doble instancia en sanciones administrativas. *Anuario de Derecho administrativo 2021*. Aranzadi.

Salaverría, J. (2004). *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y*

el control de razonamiento probatorio. Thomson-Civitas.

Vallines García, E. (2006). Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: Estado de la cuestión a la luz del condenado a la revisión de su sentencia y el principio de inmediación. *La Ley Penal*, 23.