

EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DOBLE INSTANCIA PENAL

Juan González Palma

Académico Correspondiente

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

Inmediación.
Acusado.
Tutela procesal.
Condenado.
Derecho constitucional a recurrir.

El condenado es a quien los pactos, tratados y convenios internacionales otorgan, con rango constitucional, el derecho a recurrir, el derecho a la segunda o doble instancia penal contra la sentencia que le haya declarado culpable.

El tribunal de apelación puede y debe valorar por sí mismo cualquier prueba -incluso, naturalmente, las sometidas al principio de inmediatez-, cuando se trate de recursos contra sentencias condenatorias, pudiendo llegar a conclusiones diferentes a las obtenidas por el juez de instancia.

ABSTRACT

KEYWORDS

Immediacy.
Defendant or Accused.
Procedural protection.
Convicted.
Constitutional right to appeal.

The convicted person is the one in whose favor international agreements, treaties and conventions grant, with constitutional rank, the right to appeal; that is, the right to a second or double instance in criminal proceedings against the judgment that has declared him guilty.

The court of appeal can and should assess itself any evidence -even, naturally, those subject to the principle of immediacy-, when dealing with appeals against convictions, being possible to reach conclusions different from those obtained by the judge of first instance.

I. SALUTACIÓN

Excmo. Sr. Director:

La Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes ha dispensado siempre un trato singular al Ilustre Colegio de Abogados de Lucena y a la abogacía lucentina. Valga como ejemplo:

- En las II Jornadas de la Academia sobre Lucena —13 y 14 de diciembre de 1997— incluyó ponencia del académico numerario Dr. Peláez del Rosal, con el siguiente título “Semblanza del eminente abogado lucentino D. Manuel González Aguilar”, quien fue mi padre y maestro.

- En las III Jornadas sobre Lucena —1 y 2 de diciembre de 2007— el académico numerario Sr. Mir Jordano, dedicó su intervención como ponente a “La abogacía lucentina”.

- El pleno de la corporación académica en sesión ordinaria celebrada el 13 de junio de 2013 sobre el Colegio de Abogados de Lucena adoptó acuerdo en los siguientes términos: “su historia —cito literalmente—, que alcanza 143 (ciento cuarenta y tres) años de vida ha tenido como objetivos la defensa del derecho, los derechos humanos y la defensa del derecho de defensa. En ese extenso período de tiempo ha desarrollado una labor de acogida, apoyo y orientación de los profesionales que han pertenecido a él, y en paralelo ha propiciado de forma sostenida actividades culturales de amplio calado no solo en la localidad donde se asienta, sino en los municipios de su entorno [...]. Este colegio profesional —concluía el acuerdo plenario corporativo— es una de las instituciones en que se estructura la sociedad civil de su entorno socio-geográfico” —fin de la cita—.

- El jueves 7 de mayo de 2015, a propuesta reglamentaria de los académicos numerarios Dres. Criado Costa, García García y Cruz Casado —a los que públicamente expreso profunda gratitud— se me nombra, por unanimidad, académico correspondiente en Lucena, no en atención a mis modestos méritos sino, sin duda, reconociendo la importante labor de difusión cultural realizada por la junta de gobierno colegial que, como decano, presidí durante los catorce años inmediatos anteriores.

- Y el 29 de junio del pasado año 2016, la junta rectora académica, a petición de la junta de gobierno local de este ayuntamiento —formulada a propuesta del alcalde—, con la colaboración del colegio de abogados ofrecida por su decano, acordó que la lectura de mi trabajo de presentación —del discurso de ingreso— tuviese lugar en Lucena —sede de la corporación colegial—. Con esa finalidad, la Academia se trasladaría a la ciudad, constituyéndose en este salón de plenos para la sesión pública que se está celebrando.

- Me honra la incorporación a esta Real Academia.
- Me honra ser el primer ex-decano miembro de esta bicentenaria institución.
- Me honra que, gracias al alcalde de la ciudad y junta de gobierno local y a la junta rectora, este acto tenga lugar en Lucena.
- Me honra compartir la sesión como interviniente con el académico numerario Dr. Cruz Casado, uno de los tres proponentes para mi designación.
- Me honra que, por especial licencia del director de la institución, sea mi decano el que haya pronunciado las palabras inolvidables de presentación que, de corazón, agradezco.
- Me honra verme y sentirme acompañado por tantos miembros del ilustre cuerpo académico, autoridades —presidente de la audiencia provincial y presidentes de sus secciones primera y segunda, magistrados-jueces decanos de Córdoba y Lucena, coronel jefe de la comandancia de la Guardia Civil de Córdoba y representantes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado—,

numerosos compañeros de la magistratura, judicatura, fiscalía, letrados de la administración de justicia, de la procura y de la abogacía, cronistas oficiales de Córdoba y Lucena, familiares y amigos que, como familia, estimo.

Tanta honra produce sentimientos no de vana-gloria, sino de íntima, profunda e indeleble gratitud a la junta rectora de la Academia —actual y anterior—, alcalde de la ciudad y junta de gobierno local, decano y junta de gobierno del colegio de abogados, y a todos por su cálida, gratísima y estimulante presencia.

Comprenderán haga mención especial a la Colegiada de Honor de mi Colegio, Universidad de Córdoba, representada por su vice-rectora de relaciones institucionales D^a. Nuria Magaldi Mendaña; al Padrino de Honor, también de mi Colegio, magistrado del Tribunal Supremo y académico numerario electo, D. Eduardo Baena Ruiz; al presidente del Consejo Consultivo de Andalucía D. Juan B. Cano Bueso, mi presidente durante años, en los que tanto aprendí, guardando recuerdo imborrable; al doctor *honoris causa* por la Universidad de Córdoba, muy vinculado al Colegio, D. Pedro Cerezo Galán, uno de los más profundos, atractivos y prolíficos intelectuales del panorama cultural de España; y a los decanos y decanos eméritos de los colegios de abogados de Córdoba, Jaén, Antequera y Málaga y consejero del consejo general de la de abogacía española.

Cumplido este obligado prólogo de expresión de afecto y gratitud, paso a leer mi trabajo de presentación, al que he titulado “El principio de intermediación y el derecho constitucional a la doble instancia penal”.

II. INTRODUCCIÓN

He amado y amo apasionadamente —es decir, con vehemencia—, la justicia, el derecho y la abogacía. Por ello, en trance de elegir una materia sobre la que construir el discurso de ingreso como académico, rehusé enseguida la tentación de abordar cuestiones ajenas a lo que ha sido —y continúa siendo— mi dedicación profesional desde hace casi cincuenta años: la defensa del derecho, la defensa de la justicia.

He optado por el derecho penal, custodio —guardián— de los valores más sagrados de la persona y de la humanidad: la vida desde la concepción, la libertad, el honor, la intimidad y la propia imagen, la propiedad, el medio ambiente, el territorio y su ordenación, etc...

Para la tutela de esos bienes y derechos —individuales o colectivos— el Estado ejerce el *ius puniendi* —el derecho a castigar—, del que es titular, haciéndolo a través de los tribunales de justicia y por los cauces y reglas legalmente establecidos.

Cuando la actuación del Estado —traducida o expresada en resoluciones judiciales— el ciudadano la considere injusta, ha de defenderse por medio de los llamados “recursos”.

III. ACOTACIÓN TEMÁTICA

La lógica limitación de tiempo —que no queremos transgredir, al menos, en exceso— obliga a una acotación temática.

El título del trabajo expresaría con mayor exactitud su contenido, incorporándole el vocablo “condenado”, quedando en los siguientes términos: “El principio de inmediación y el derecho constitucional del condenado a la doble instancia penal”, porque es el condenado a quien los pactos, tratados y convenios internacionales otorgan, con rango constitucional, el derecho a recurrir, el derecho a la segunda o doble instancia penal contra la sentencia que le haya declarado culpable; pactos, tratados y convenios internacionales, asumidos por el derecho interno.

“Es un derecho del condenado a que sea revisada” su condena, afirma el magistrado de la sala segunda del Tribunal Supremo Antonio del Moral García en el estudio “Casación penal y doctrina constitucional sobre revisión de la valoración probatoria en vía de recurso”, elaborado como aportación al libro-homenaje al Prof. Ollero Tassara, hoy magistrado del Tribunal Constitucional.

Lo ha advertido el Tribunal Constitucional al señalar al condenado como titular del derecho a recurrir, marcando así la diferencia con respecto a las acusaciones (SSTC 33/1989 y 29/1993).

Este trabajo abordará el principio de inmediación en los recursos de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal, audiencias provinciales y sala de lo penal de la Audiencia Nacional.

El principio de inmediación que es para el acusado, en la primera instancia del juicio, tutela procesal de categoría constitucional, no puede transformarse en grave obstáculo si resulta condenado y recurre la condena.

Los tribunales superiores —audiencias provinciales, sala de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia y sala de apelación de la Audiencia Nacional— no pueden, invocando el principio de inmediación, negarse a examinar y revalorar libremente la prueba que condujo a la condena que ante ellos se recurre por el propio condenado. Si así se actuara, quedaría cercenado el derecho constitucional a recurrir que asiste a toda persona declarada culpable; se vaciaría de contenido, careciendo de eficacia y finalidad, cuando de cuestiones fácticas se trate, la segunda o doble instancia penal, que el derecho internacional, acogido por el derecho interno, reconoce a todo condenado.

A la exposición de todo ello me dispongo después de unas breves referencias históricas.

IV. BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS

Cuando el legislador decimonónico se decantó por el juicio oral y público, presidido por la inmediación y la libre valoración de la prueba, consecuencia de la

asunción del “nuevo sistema acusatorio formal”, entendió que la doble instancia era incompatible con tales principios del procedimiento. Se suprimió la segunda instancia que, de forma más o menos limitada, imperaba en nuestro ordenamiento desde las Partidas. Esta eliminación se produjo en las causas por delito, ya que el enjuiciamiento de las faltas seguía contando con dos instancias a través de un recurso ordinario de apelación.

Con más o menos razón, se consideraba que las resoluciones judiciales gozaban de una presunción de acierto, de rectitud y justicia por el juego de la *auctoritas*; pero como señala el clásico —y para algunos, heterodoxo— comentarista de la LECrim de comienzos del siglo pasado Aguilera de Paz, “no por ello están —las resoluciones judiciales— exentas de error pues la falibilidad humana —Jiménez Asenjo prefiere hablar de “imperfección humana”— puede hacer incurrir en él a los jueces y tribunales contra su voluntad y aún contra su decidido propósito y su constante aspiración por el justo cumplimiento de sus respectivos deberes... que al fin —añade Aguilera de Paz— los jueces son hombres con sus errores y pasiones”. Opina, en similar sentido, Alcalá-Zamora y Castillo.

El error humano —falibilidad— provocador de una resolución injusta para la parte a quien afecte es, en principio, el fundamento último de los recursos:

“La sola posibilidad de que una resolución sea revisada por un tribunal superior, produce una saludable presión sobre los jueces inferiores”, afirma el Prof. Antonio María Lara López en su monografía *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*.

En términos más amables, pero en idéntico sentido, se pronuncia el magistrado del Moral García, en su trabajo “La reforma procesal penal: retos y objetivos”, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* —febrero de 2016—: “la posibilidad de recurso —afirma del Moral— ejerce también una benéfica influencia disciplinaria en el proceso de enjuiciamiento”.

Desde siempre se consideró que un proceso regido por la oralidad es incompatible con una segunda instancia. El propio legislador de 1882 lo estableció así (al menos, en causas por delito); sin embargo, esta incompatibilidad no fue estimada por el legislador en 1988 cuando estableció que las sentencias en causas por delito competencia del juez de lo penal podían recurrirse ante la audiencia provincial. Estas causas se tramitaban (y se tramitan) por los cauces del procedimiento abreviado que es sustancialmente oral. Con ello se sacrificó la inmediación ya que el órgano *ad quem* —es decir, el tribunal superior— podía realizar, con plena jurisdicción, una revaloración probatoria y llegar a conclusiones distintas sobre los hechos. La explicación era lógica: o se renunciaba a la inmediación, o se preveía la celebración de un nuevo juicio con la repetición de todas las pruebas; como esto último, es ajeno a nuestra tradición histórica y, además, contraproducente, optó por la primera posibilidad, o sea, eliminar la inmediación.

La firma y ratificación por parte de España en 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978 determinó que se alzarán voces que, invocando sus artículos 10.2 y 96.1, señalaban que en nuestro país no se cumplía lo prescrito en el artículo 14.5 del citado pacto, es decir que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”. Ello debido a que, aunque sí que existía un recurso como el de casación, sus estrecheces procesales no daban cumplimiento a esa revisión del fallo condenatorio y de la pena.

Esas críticas se elevaron al Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual por primera vez (y siguieron muchas más), en el año 2000 condenó a España por el incumplimiento del pacto. Esta condena se sustentaba en el conocido dictamen del 20 de julio de 2000 en el famoso caso “Cesáreo Gómez Vázquez”.

El Prof. Gimeno Sendra —magistrado que fue del Tribunal Constitucional—, en su estudio *Constitución y Proceso* afirmaba que “una política legislativa respetuosa con este mandato —el contenido en el artículo 14.5 del pacto internacional citado—, debiera consistir en instaurar la segunda instancia también para el conocimiento de delitos graves”.

En la obra *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, de la que son autores Nicolás González-Cuéllar y el actual presidente de la sala segunda del Tribunal Supremo, Manuel Marchena, se reconoce que el recurso de casación no es medio de impugnación que constituya una segunda instancia, no permitiendo una nueva valoración del material probatorio, a pesar de que pueda fundamentarse en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia. De ello se derivaba que el condenado por los delitos de mayor gravedad —los asignados al conocimiento de los tribunales colegiados— disponía de un recurso más restrictivo que el condenado por delitos castigados con penas más reducidas o de menor entidad —los atribuidos a los juzgados—. Ante tal situación, la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, atribuyó a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia el conocimiento de los recursos de apelación que la ley estableciera frente a las sentencias de las audiencias provinciales y creó una sala de apelación en la Audiencia Nacional con la misión de resolver los recursos contra las sentencias de la sala de lo penal.

Pero durante más de diez años, el legislador no aprobó las normas procesales que dotaran de contenido real a tales previsiones normativas, con la regulación del recurso de apelación que pudiera presentarse contra dichas resoluciones. Por fin, la ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cubre el vacío producido por la citada ley orgánica.

V. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Pero ¿qué es la intermediación?

“El caso tenía cierta complejidad en materia de hechos. Se trataba de una estafa importante, producida mediante una serie de acciones y con cierta sofisticación. La sala había escuchado el testimonio del imputado, naturalmente, exculpatorio: no hubo defraudación, solo había recibido dinero negro para blanquearlo. Depusieron numerosos testigos, y existía también una copiosa documental, reiteradamente evocada en las sesiones del juicio. Así las cosas, llegado el momento de los informes orales, el fiscal inició el suyo diciendo literalmente: —en cuanto a los hechos, puesto que el tribunal ha visto la prueba, me remito a la intermediación—. Ni más ni menos”.

Con esa anécdota —real o, más bien, imaginaria pero, desde luego, expresiva— el magistrado —hoy emérito— de la sala segunda del Tribunal Supremo Perfecto Agustín Andrés Ibáñez introduce su trabajo publicado en la revista *Jueces para la Democracia*, n° 46, marzo 2003, con el título “Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica”.

Para el procesalista italiano Calamandrei, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad, “intermediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”.

Aunque es en el carácter de la relación del juez con las fuentes de prueba donde los autores harán mayor hincapié. Frente al proceso penal del antiguo régimen, en el que el enjuiciamiento se efectuaba sobre un material que el tribunal recibía por escrito y, por tanto, ya elaborado en otra sede —“muerto”, al decir de Pagano—, se afirma ahora la superioridad del juicio presencial, en tiempo real.

Inmediación como “observación inmediata” —Florián—; como forma de “acortar las distancias” —Carnelutti—; o de “integral y directa percepción por parte del juez de la prueba” —Silva Melero, presidente que fue del Tribunal Supremo Español—.

El argumento de que no resulta posible abordar críticamente la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia, porque el que conoce en vía de recurso “no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical” es recurrente en la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo, anticipándose a lo que llegaría a ser —y hoy es— doctrina consolidada del TC (así, SSTs de 12 de noviembre de 1991 y 13 de abril de 2002), con las limitaciones y concreto ámbito de aplicación que veremos.

Perfecto Andrés Ibáñez advierte de los peligros de la intermediación como método de apreciación de la prueba blindado al control de los recursos y como coartada o vía de escape del deber de motivar.

Conde-Pumpido —magistrado de la sala segunda del Tribunal Supremo, hoy del Tribunal Constitucional— señala que “en ningún caso puede constituirse la inmediatez en un mero pretexto para justificar la falta de motivación de la absolución o la irracionalidad de la argumentación empleada”.

El también magistrado de la sala segunda del Tribunal Supremo Martínez Arrieta, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, defiende algo de extraordinaria importancia para la práctica judicial diaria, al afirmar inequívocamente que “el derecho de defensa prima sobre la inmediatez”, “la inmediatez —insiste— no es más que un instrumento de valoración que cede ante el derecho de defensa en la impugnación”.

La inmediatez —ya lo hemos dicho—, uno de los principios básicos para la tutela judicial efectiva del acusado, no puede convertirse nunca en impedimento insalvable para lograr la revisión de los hechos que provocaron su condena. Sería tanto como arrebatarle su derecho constitucional a recurrir.

VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¿Cuál era la tesis del Tribunal Constitucional?

El TC entendía que “el tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo* —tribunal inferior—, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal *ad quem* —tribunal superior— para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium*. Si con los mismos elementos probatorios que llevan a un órgano judicial a dictar un fallo determinado, el tribunal de apelación llega a un resultado contrario, no por ello puede afirmarse que se haya producido violación alguna de los derechos que enuncia el artículo 24 CE, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionan fundamento para su convicción”. (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995 y 172/1997, esta última con el trascendente voto particular al que aludiremos).

La profesora Marta Gómez de Liaño en su trabajo “La supuesta garantía de la inmediatez en la segunda instancia penal española. Seis sentencias condenatorias del TEDH en menos de tres años”, publicado en la *Revista General de Derecho Europeo*, n° 27, 2012, señala que

al amparo de la jurisprudencia constitucional, nada se podía oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llegaba a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia, pues el juez *ad quem* —tribunal superior— tanto a la hora de subsumir los hechos en la norma, como a la hora de determinar los hechos a través de la valoración de la prueba, se hallaba en idéntica situación que el juez *a quo* —tribunal inferior— y, por ello, podía valorar las pruebas

practicadas en la instancia, y examinar y corregir la ponderación del juez *a quo*.

Pero el TC, en protección del acusado absuelto por sentencia que es recurrida, habría de mudar de criterio —y, en breve, mudaría—. Hacia ello caminaba con paso decidido.

A finales de los años noventa se aprecian ya signos evidentes de próxima mudanza doctrinal. El tribunal de Estrasburgo —el TEDH— empujaba con fuerza en esa dirección con sus sentencias por las demandas promovidas invocando infracción del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales —CEDH— de 4 de noviembre de 1950 y artículo 2.1 del Protocolo número 7 a dicho Convenio, de 22 de noviembre de 1984, que dispone: “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”.

En esos años —finales de los noventa— el TC comienza a plantearse la duda de si su criterio —la potestad revisora de pruebas del tribunal de apelación— se adecuaba en todos los casos a las garantías exigidas al proceso penal por los tratados y tribunales internacionales. Se siembra en el TC una oscura sombra sobre tal proceder.

Y así, la STC 172/1997, de 14 de octubre, que recoge sin fisuras la opinión mayoritaria defensora de la libertad plena del tribunal de apelación con relación a todo el material probatorio recogido en la primera instancia, recibe —esa sentencia— un muy significativo voto particular de D. Enrique Ruiz Vadillo —al que se adhiere D. Manuel Jiménez de Parga—, que discrepa de la tesis de la mayoría y va a suponer el inicio de una nueva orientación doctrinal.

El magistrado Ruiz Vadillo —venerado e inolvidable presidente que había sido de la sala segunda del Tribunal Supremo, ante quien este académico tuvo el honor de informar como abogado en varias ocasiones—, defendió su voto en los siguientes términos:

Como consecuencia del principio de oralidad (un sector importante de la doctrina científica ha denominado a la inmediatez compañero de viaje de la oralidad) surge en la fase probatoria la exigencia de inmediatividad —todo se tiene que probar en el juicio oral y sólo en él, [...]—. En presencia del juzgador y únicamente con inmediatividad y contradicción se puede obtener la convicción de culpabilidad y fundamentar la sentencia [...] Tratándose de la prueba testifical que por esencia exige inmediatez y paralelamente contradicción real o potencial, solo puede llevarse a cabo una nueva y distinta valoración si se cumplen las exigencias que de manera reiterada —y haciendo aplicación de los principios constitucionales— se vienen exigiendo.

La semilla para la nueva doctrina, esparcida por Ruiz Vadillo con la ayuda de Jiménez de Parga, necesitaría algunos años para germinar. Sentencias posteriores

siguieron aferradas a la doctrina imperante, según la cual no se vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías por una falta de inmediación en la valoración de las pruebas por parte del tribunal de apelación, pero el camino del cambio ya había sido definitivamente trazado.

VII. NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La STC 167/2002, de 18 de septiembre —de la que fue ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas—, inauguró la nueva doctrina constitucional sobre la materia, garantizando la tutela efectiva del acusado-absuelto por el tribunal de instancia, al impedir que pueda ser condenado por el tribunal de apelación sin que por éste y ante su presencia se hayan practicado pruebas que por su carácter personal —declaración de acusado, testigos y peritos— exijan inmediación.

El TC planteó, y cito literalmente:

la necesidad de avocación al pleno —el conocimiento del asunto inicialmente correspondió a la sala segunda—, para poder ejercer por éste la facultad de revisión de la precedente doctrina del tribunal, conforme a lo dispuesto en el artº 13 LOTC, revisión que se contiene en los fundamentos jurídicos 9, 10 y 11, en los que, en síntesis, se viene a introducir la tesis de que en los casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción.

El magistrado —prematuramente fallecido— D. Roberto García-Calvo y Montiel formuló un voto particular, aunque presentando solo una “discrepancia parcial”, como él puntualiza al inicio del texto del voto.

El supuesto de hecho que motivó la célebre e importantísima sentencia del pleno del TC, fue el siguiente: sentencia absolutoria en la primera instancia que es revocada por la sala de apelación; y, con modificación de los hechos declarados en la primera instancia, la sala condena al inicialmente absuelto valorando de forma distinta la prueba allí practicada.

El TC, en la citada sentencia, cambió su criterio interpretativo respecto a la posibilidad de revocar una sentencia absolutoria dictada en la instancia cuando la misma se basa en el error de la apreciación de pruebas personales, es decir, declaración de acusado, testigos y peritos. En este caso, exige la inmediación (examen directo y personal) en el tribunal de segunda instancia sobre esas pruebas. Indudablemente este cambio de doctrina restringe bastante la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias y, por tanto, se avanza en el cumplimiento de las previsiones del PIDCP. El contenido de la sentencia no es aplicable:

a) cuando se trate exclusivamente de revisar la aplicación del derecho;

b) en el supuesto de que la nueva valoración sea de la prueba documental que, por su propia naturaleza, no requiere intermediación.

Para interpretar, invocar y hacer aplicación correcta de la nueva doctrina, es imprescindible distinguir la impugnación de las sentencias condenatorias de las que han resultado absolutorias en la primera instancia.

Con respecto a aquéllas —las condenatorias— el campo del debate y las facultades fiscalizadoras del tribunal de la segunda instancia alcanza una notable magnitud pues goza de amplios márgenes de supervisión y revisión de la resolución recurrida, al interponerse el recurso a favor del reo.

“En recursos contra sentencias condenatorias, la revisión que permite la apelación es casi total”, nos dice el magistrado Antonio del Moral.

De “amplísima capacidad para revisar la valoración de la prueba —en recurso de apelación— cuando la sentencia es condenatoria”, habla el mismo magistrado del Moral en su trabajo ya citado “La reforma procesal penal: retos y objetivos”.

El tribunal de apelación puede y debe valorar por sí mismo cualquier prueba —incluso, naturalmente, las sometidas al principio de intermediación—, cuando se trate de recursos contra sentencias condenatorias, pudiendo llegar a conclusiones diferentes a las obtenidas por el juez de instancia.

No es correcto —por inexacto— afirmar, resolviendo recursos contra sentencias condenatorias, que la doctrina jurisprudencial ha proclamado la imposibilidad por parte del tribunal de revisar la precisión probatoria realizada por el juez de aquellas pruebas de carácter personal que se practicaron en su presencia, bajo los principios de intermediación y contradicción, como son la declaración del acusado y de los testigos o peritos.

Como tampoco lo es, en igual supuesto de recursos contra fallos condenatorios, mantener que la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial de la instancia, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

No puede decirse, en cambio, lo mismo de las sentencias que revisan las resoluciones absolutorias de la primera instancia. En estos casos, ya se trate de imponer una condena *ex novo* en la apelación o de agravar la de la instancia anterior, el hecho de que perjudique al reo la nueva resolución obliga a extremar todas las garantías probatorias del sistema penal, entre las cuales se encuentran los principios de intermediación y de contradicción.

La doctrina instaurada por la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, reiterada posteriormente —hasta febrero de 2016— por más de un centenar, lo fue exclusivamente para los supuestos de sentencias absolutorias. La afirmación la hacemos sin

riesgo alguno de error ni margen para la duda. Es consecuencia lógica y obligada de:

- a) la lectura del propio texto de la sentencia;
- b) la opinión de magistrados penalistas del Tribunal Supremo;
- c) la tesis pacífica de la doctrina procesal, que ha prestado atención a la materia.

En efecto, veamos:

A) En el párrafo último del Fundamento Jurídico 1 de la sentencia, como ya anunciamos, se anticipa que

en síntesis se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción.

B) Opinión de los magistrados penalistas del Tribunal Supremo:

a) Alberto Jorge Barreiro en artículo publicado en la revista *Jueces para la democracia*, nº 48, noviembre 2003, con el título “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación”, resume así los criterios a partir de la STC 167/2002:

1) La nueva doctrina del TC se refiere solo a las sentencias de primera instancia que han resultado absolutorias, no a las condenatorias, pues respecto a estas últimas el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* siguen permitiendo los mismos niveles de control de la sentencia de primera instancia que hasta ahora cuando se trate de minorar o de excluir la condena impugnada.

2) La limitación de la revisión de las sentencias —de las sentencias absolutorias— mediante el recurso de apelación solo se refiere a las cuestiones fácticas y no a las jurídicas, con respecto a las cuales el tribunal de apelación sigue teniendo los mismos niveles de control.

3) Dentro del apartado de las cuestiones fácticas, la limitación de las facultades de revisión —de las sentencias absolutorias— se circunscribe a la apreciación valorativa de las pruebas personales practicadas en la primera instancia y no en la segunda. En el capítulo de las pruebas personales sobresalen el interrogatorio del acusado y las declaraciones de los testigos. También afecta la nueva doctrina a las manifestaciones efectuadas por los peritos en la vista oral cuando se someten a contradicción los dictámenes periciales.

b) Cándido Conde-Pumpido Touron, en su trabajo “El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal”, aparecido en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 2003, afirma que la nueva doctrina del TC

“se limita exclusivamente a los supuestos de recursos frente a sentencias absolutorias”.

“Obsérvese atentamente —indica este magistrado en el artículo citado— que lo único que establece el Tribunal Constitucional es una limitación de las facultades de los tribunales de apelación para la revisión fáctica en perjuicio del reo”.

“El tribunal de apelación —insiste este magistrado en el mismo artículo— no puede modificar los hechos en perjuicio del reo, salvo que dicha modificación se produzca sin afectar a las pruebas valoradas con inmediación”.

“La repercusión práctica de esta doctrina —añade— consiste en que los tribunales de apelación acepten que sus facultades de revisión fácticas en contra del reo son limitadas”.

c) Antonio del Moral García: La doctrina constitucional iniciada con la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, limita “las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso”, así lo dice en su artículo “Notas sobre recursos contra sentencias en el borrador de anteproyecto de código procesal penal”.

C) Doctrina procesal:

a) “Como se ha expresado, el criterio cambió con la señalada sentencia de 2002, pero dicho cambio tuvo un alcance limitado ya que queda circunscrito a los supuestos de exigencia de inmediación y para las sentencias absolutorias”, afirma el Prof. Antonio María Lara López en su monografía *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*.

b) Igual criterio mantiene la Prof^a. Isabel Tapia Fernández en su monografía *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*: “en los casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando la apelación se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, si por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”.

c) Por último, la procesalista Marta Gómez de Liaño, en el artículo citado anteriormente, defiende que: “la doctrina asentada por el TC queda reducida a las sentencias absolutorias dictadas en los procesos penales que consten de dos instancias, y excluye las sentencias condenatorias”.

“En definitiva —continúa esta autora—, el ámbito completo de la aplicación de la nueva jurisprudencia constitucional son las sentencias absolutorias revocadas en segunda instancia con base en una revisión de la valoración de las pruebas de naturaleza personal”. Y añade Gómez de Liaño:

“La doctrina que, en síntesis, introdujo el TC fue que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquéllas se fundan en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas,

no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediatez y la contradicción. Y las pruebas que, por su índole, exigen para su práctica la inmediatez no son otras, que las de carácter personal”.

VIII. FINAL

Comencé mi intervención con una declaración de amor —a la justicia, al derecho, a la abogacía—.

Termino con una proclamación de fe, publicando mi condición de creyente, mi condición de profundo creyente en la justicia, en la justicia humana; impartida por seres humanos, sujetos a errores, a errores normales, no solo a aquéllos que permitan ser calificados de absurdos, ilógicos, arbitrarios o irracionales.

- Creo en una justicia falible en cualquiera de sus grados, instancias y jurisdicciones, con las imperfecciones y debilidades inherentes a la condición humana.
- Creo en la justicia humana, permeable a las críticas, resistente a las presiones.
- Creo en la justicia dotada de resortes, remedios y recursos para corregir aquellos errores, sanar defectos y suplir omisiones.
- Creo en la justicia administrada en despachos y salas de audiencia; no en la que se divulgue prostituyéndose en platós, entrevistas y declaraciones.
- Creo en la justicia que permita que unos hechos determinantes de condena penal declarados probados por un tribunal, puedan libremente ser impugnados por el condenado en una segunda instancia, y revalorados —también libremente— por tribunal superior.
- Creo —con el Académico de Honor y Padrino de Honor de mi Colegio, Dr. Muñoz Machado— en la independencia de los 5.000 jueces españoles que, a diario, resuelven miles de asuntos.
- Creo, finalmente, en la justicia servidora de la sociedad, más —mucho más— que como instrumento de poder.