

Recurribilidad de las sentencias absolutorias por cuestiones de prueba ante la reforma del proceso penal.

Antonio del Moral García

En materia de recursos contra sentencias, la reforma del proceso penal ha de afrontar en mi opinión tres grandes cuestiones:

- a) Generalización de la apelación para hacer efectiva la doble instancia tal y como ya viene anunciado en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la reforma de 2003 (art. 73) en previsión todavía no desarrollada y que obedeció a una serie de dictámenes del Comité de Naciones Unidas para protección de los derechos humanos reprochando a España no contar con un sistema que satisficiera de forma adecuada el derecho de toda persona a que su condena penal sea revisada por un Tribunal Superior. Los angostos cauces casacionales no satisfacen de manera plena ese derecho, pese al ensanchamiento de que han sido objeto a través del derecho a la presunción de inocencia.
- b) Remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora. En la actualidad solo un tanto por ciento bajo de figuras penales tiene acceso ordinario a la casación. Si a esa realidad se une el convulsivo afán del legislador de reformar una y otra vez el Código Penal, tenemos un resultado preocupante: la interpretación de un gran número de tipos penales está en manos de las Audiencias Provinciales, sin posibilidad de homogeneizar la interpretación. Ante eso se hace necesaria una casación que permita el acceso al Tribunal Supremo de todas las materias. Eso solo se puede conseguir si se reduce el número de asuntos que ha de resolver la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En la actualidad llegan muchos asuntos y pocas materias: hay que invertir la proporción. Todos los temas penales han de contar con interpretación de la Alta instancia jurisdiccional, lo que exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del Tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena.
- c) Por fin se hace necesario reordenar el sistema de revisión de valoración de la prueba en segunda sentencia cuando se trata de sentencias absolutorias. Sin

perjuicio de alguna mención a los dos temas anteriores, este será el que reclamará la atención en la intervención a desarrollar en el seminario organizado.

El tema (los límites de la revaloración de la prueba en vía de recurso) está en plena ebullición a raíz de una doctrina constitucional que desde 2002 viene introduciendo limitaciones para la revocación de sentencias absolutorias por razones probatorias. La génesis de esa posición del TC hay que buscarla en la jurisprudencia europea. Desde hace años el TEDH ha examinado esta materia con peculiar rigor. La recepción de esa doctrina en nuestra jurisprudencia se ha producido tardíamente. Además no se han extraído todas las consecuencias como demuestran las últimas nuevas condenas a España por dictar sentencias condenatorias por vía de recurso sin haber celebrado una vista previa. Ya en la jurisprudencia de casación se ha producido una inflexión a impulsos de esa jurisprudencia que era presumible iba a llegar.

La idea inicial del modelo procesal en el que seguimos moviéndonos en sus líneas básicas por muchos que hayan sido los cambios consistía en que fuesen las Audiencias las encargadas con exclusividad de valorar la prueba quedando relegado el Tribunal Supremo al papel de fiscalizador de la aplicación del derecho (tanto penal, como procesal en lo que son las piezas básicas sin las cuales no se puede haber formado con corrección criterio la Audiencia). Hoy esa idea es un traje lleno de remiendos y descosidos por donde se cuelan fórmulas más o menos sinuosas a través de las que el Tribunal Supremo entra a revisar la valoración de la prueba.

La coexistencia de apelación y casación en nuestro ordenamiento procesal con principios diferentes en este punto obedece a razones históricas pero no es congruente. No es ni lógico, ni inteligible, ni coherente que el Tribunal de Casación se niegue a revisar la valoración de la prueba personal para no traicionar el principio de inmediación y, sin embargo, que Tribunales inferiores estuviesen haciéndolo a diario. Con palabras de BACIGALUPO: “lo que los jueces de casación no pueden por falta de inmediación tampoco deben poderlo los de apelación. Es evidente que ningún ciudadano consideraría racional que en un recurso de apelación se autorice a valorar (*¡inclusive contra reo!*) la prueba sin

haber visto ni oído su producción, mientras en el recurso de casación, en idéntica situación, se excluya tal posibilidad (¡inclusive pro reo!)¹.

De ahí que sea lógica la aproximación que se ha producido entre ambos recursos:

- a) De una parte ensanchando la capacidad de la casación para revisar las sentencias condenatorias cuando afectan a la presunción de inocencia.
- b) De otra parte y por imperativo del Tribunal Constitucional impidiendo a las Audiencias Provinciales revocar sentencias absolutorias por valoraciones de pruebas personales, sin reproducir previamente la prueba como exigencia del principio de inmediación.

La doctrina constitucional limitando las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso, se inició con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y se reiteró en numerosas Sentencias posteriores (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero). El eje de la argumentación es que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria donde el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, se entiende que resulta necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y

¹ *Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada "doble instancia")* en "Actualidad Penal", 2002-1, 276 y ss.

corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

La doctrina del TC tiene su origen en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia). Dicha doctrina fue posteriormente consolidada en pronunciamientos más recientes (STEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino); STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumanía) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino). Se sostiene que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible. Son varios los recientes pronunciamientos del TEDH en esta materia condenando a España (por todos, sentencia de 21 de septiembre de 2010, Caso Marcos Barrios c. España).

Doble instancia e inmediación parecen principios incompatibles. Sentada la necesidad de generalizar la doble instancia, atribuyendo a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de la apelación de sentencias dictadas por los tribunales colegiados; y a su vez abriendo la casación a todas las sentencias de fondo de apelación (no, entiendo, a las que se limitan a anular la sentencia de instancia), el prelegislador ha de optar por alguna de estas fórmulas para compatibilizar los dos principios:

1. Negar la posibilidad de que las sentencias absolutorias por temas de valoración probatoria sean susceptibles de recurso por motivos de fondo. De estimarse el recurso tendríamos que la primera condena habría recaído en apelación y por tanto no existiría frente a ella posibilidades de un recurso amplio como es la apelación. Este es el sistema americano. Y es el modelo que acogía el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Tiene un inconveniente grave en mi opinión, aunque posiblemente sea la fórmula menos complicada. Genera en el juzgador de instancia un sibilino y subliminal sentimiento de imposibilidad de que sus decisiones absolutorias sean fiscalizadas que no es campo propicio para el acierto. La posibilidad de recurso ejerce también una benéfica influencia disciplinaria en el proceso de enjuiciamiento.
2. Admitir la apelación pero estableciendo la necesidad de reproducir la prueba en la segunda sentencia. Es el modelo alemán. Como se intuye deja sin solucionar el tema de la doble instancia cuando la condena se produce por primera vez en la apelación contra la inicial sentencia absolutoria. La utilización de la grabación como sucedáneo de esa reproducción de prueba creo que, amén de estar ya rechazada por el TC, no es buen sistema. No hay inmediación en realidad, ni se alcanzan sus fines.

Frente a esos dos extremos caben fórmulas intermedias que precisan de alguna imaginación, como la de mantener la posibilidad de recurso contra sentencias absolutorias por razones de prueba pero introduciendo correctivos. El clásico motivo de error en la valoración de la prueba solo cabría contra sentencias condenatorias. Pero en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable. Es una senda que merece la pena ser explorada.

*Todos los derechos de propiedad intelectual son del autor. Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin autorización expresa del autor.

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. Todos los derechos reservados.

**All intellectual property rights belong to the author. Total or partial reproduction of the work without express permission of the author is forbidden.*

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. All rights reserved.