

## Las limitaciones a la valoración de la prueba de cargo de carácter personal en el proceso penal. Un nido de impunidad y arbitrariedad\*

*Limitations to the Assessment of the Testimony of the Alleged Victim in the Criminal Process in Spain: A Source of Impunity and Arbitrariness*

Jaime Campaner Muñoz\*\*

### 1. Planteamiento de la cuestión [\[arriba\]](#)

La declaración de la víctima, en cuanto que prueba testifical, es una actividad probatoria hábil, en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia[1], siempre que se practique con todas las garantías. De este modo, ha quedado superado el principio testis unus, testis nullus en cuanto que en España rige el principio de libre valoración de la prueba (versus prueba legal o tasada), consagrado en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim.), el cual, en definitiva, remite a las reglas de la lógica vulgar y a los principios de la experiencia, esto es, al sentido común.

El testigo único es tan válido como el testigo plúrimo, de suerte que, de lo contrario, se llegaría a la más absoluta impunidad en muchos ilícitos penales cuyo común denominador deviene su comisión en la clandestinidad, bajo el más absoluto de los secretos (singularmente, delitos contra la libertad sexual y contra el patrimonio).

Pero, como indica CLIMENT DURÁN[2], existen determinados supuestos -como el de la declaración de la víctima como una prueba de signo incriminatorio- en los que, debido a las características personales del declarante en un proceso penal, su deposición debe ser valorada con especial cautela, pues necesariamente debe partirse del principio de la propia sospecha: el declarante y lo declarado deben superar las sospechas que se ciernen sobre su imparcialidad para poder ser tomado en consideración como verdadera prueba de cargo.

Y así, cuando es llamado a declarar quien dice haber sido víctima de un delito, sobre tal testigo pesa la sospecha de que su testimonio no es tan aséptico e imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testigo presencial del delito, que no ha sufrido ningún perjuicio por razón del mismo.

Es por ello que se hace preciso apurar el análisis valorativo de su testimonio a fin de comprobar si realmente es cierto lo que afirma[3].

Y es que se comprenderá fácilmente que la persona acusada con base en la testifical de la supuesta víctima se encuentra ante una situación de riesgo límite para el derecho fundamental a la presunción de inocencia en aquellos supuestos -por lo común, frecuentes- en los que la Acusación presenta como única pretendida prueba de cargo la testifical de la supuesta víctima, la cual, además, con incremento del aludido riesgo, suele constituirse en Acusación Particular, de tal manera que la única prueba de la Acusación en orden a demostrar no sólo la autoría sino la existencia misma del delito es el propio acusador, mientras que el acusado no puede más que negar tajantemente los hechos de los que viene siendo acusado.

De ahí que sea ya inveterada la doctrina jurisprudencial que exige para que la declaración de la supuesta víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia sea sometida a la concurrencia y valoración de una serie de parámetros mínimos de contraste (que la Defensa del acusado deberá ir extrayendo a través del interrogatorio y destacando por vía de informe), en la medida en que, aun contando la víctima con la condición formal de testigo a todos los efectos, su declaración no puede ser plena y absolutamente equiparada a la declaración del testigo que es un tercero ajeno al hecho delictivo y que, por tanto, se halla en una posición de imparcialidad objetiva con respecto al mismo. A diferencia de este último, la víctima habrá tenido una inevitable intervención pasiva en el hecho delictivo y le habrá ocasionado un perjuicio y/o tendrá un interés en el resultado del proceso, lo cual determina que no sea en absoluto admisible creer a la supuesta víctima de modo automático, acríticamente o a ciegas, elevando sus manifestaciones a dogma de fe. Si así se hiciese, se produciría una inversión probatoria que impondría una presunción de culpabilidad sobre el acusado, con lo que éste se vería obligado a tener que probar su propia inocencia.

Sucede, no obstante, que estos criterios -que analizaremos a continuación- no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a los que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima. Luego, no se trata de requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que el Juez o Tribunal pudiera dar crédito a la testifical de la supuesta víctima como prueba de cargo.

Además, en la práctica, los expresados parámetros se convierten en argumentos de doble filo en poder del Juez o Tribunal de instancia que, amparado en la soberanía (casi erigida en patente de corso) que le confiere la inmediación en materia de valoración de prueba personal, serán utilizados en un sentido o en otro por el expresado órgano decisor en función de la impresión global y abstracta que le haya causado la supuesta víctima en cuanto a su credibilidad o verosimilitud. No en vano, en ocasiones, la falta de persistencia en la incriminación se ha considerado síntoma de veracidad en la medida en que -se dice- de haberse memorizado el denunciante un relato inventado, no habría incurrido en contradicciones. También se ha prescindido de corroboraciones periféricas objetivas en supuestos en los que estaba al alcance de la Acusación su aportación al proceso. Son sólo algunos de los supuestos más característicos.

Si a esta relajación de exigencias unimos que, como veremos, la jurisprudencia es constante, unánime y sin fisuras cuando afirma que elemento esencial para la valoración de la prueba personal es la inmediación a través de la cual el Juez o Tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también por su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite (en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble o no), que el visionado de la grabación del juicio oral por parte del Tribunal ad quem no puede -según la doctrina constitucional- sustituir la expresada inmediación y que el expresado Tribunal tan sólo puede valorar la suficiencia de la prueba y el sentido de cargo que tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el Juez o Tribunal de instancia, mas todo ello en el sentido de que no se trata de comparar conclusiones, sino, más limitadamente, de analizar si la decisión escogida en la instancia soporta y mantiene la condena[4], se concluirá que, en puridad, la decisión va a tener un marcado corte subjetivo muy difícilmente controlable por un Tribunal superior en cuanto que, en realidad, no existe la doble instancia[5] en los casos en que, como en el objeto de comentario, se ponga en tela de juicio la valoración de la prueba personal. Esta situación se presenta algo velada en el

caso de las Sentencias condenatorias en la instancia y alcanza su culmen en el caso de Sentencias absolutorias, en cuanto que, en este último caso, muchos Tribunales ni se molestan en realizar una mínima valoración de la prueba so pretexto de que ello les está vedado.

## **2. Criterios para la valoración del testimonio de la supuesta víctima** [\[arriba\]](#)

Como se ha avanzado, la jurisprudencia[6] ha venido desarrollando una serie de criterios a tomar en consideración, a modo de examen o método de trabajo, a fin de valorar la credibilidad o fiabilidad de la supuesta víctima. En suma, se trata de analizar cuantos datos o indicios permitan confirmar la realidad de la declaración inculpativa. Y, para ello, debemos atender a los siguientes parámetros:

### *2.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva*

Este criterio engloba, a su vez, dos aspectos relevantes:

1º.- Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar el grado de desarrollo y madurez de la supuesta víctima, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

2º.- La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que pudieran enturbiar la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpativa sobre bases firmes.

En cualquier caso, sin olvidar que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles debe constituir únicamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo estas características, presentan solidez, firmeza y veracidad objetiva.

En este punto, debe tenerse presente que puede considerarse una máxima común de la experiencia que le puede otorgar validez al testimonio de la supuesta víctima que no exista razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra determinada persona, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

### *2.2. Verosimilitud del testimonio*

Debe estar basada en la lógica de la declaración y en el suplementario apoyo de datos objetivos, lo cual nos conduce, de nuevo, a analizar dos aspectos:

1º.- La declaración debe ser lógica en sí misma, esto es, no contraria a las reglas de la lógica vulgar, de la común experiencia o del comportamiento humano, lo que exige valorar si la versión de la supuesta víctima es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

2º.- La declaración de la supuesta víctima debe estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

No obstante, este criterio deberá ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, de suerte que el hecho de que, en ocasiones, el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en los delitos que ordinariamente las producen, manifestación de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima, periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, etc.

### *2.3. Persistencia en la incriminación*

Supone, a su vez, la observancia de los siguientes parámetros:

1º.- La ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la supuesta víctima (policial, sumarial y juicio oral) sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones.

2º.- La concreción en la declaración, que debe producirse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

3º.- Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

## **3. Problemática** [\[arriba\]](#)

### *3.1. La confirmación mecánica, en sede de apelación, de Sentencias absolutorias basadas en prueba que requiere intermediación*

Con demasiada frecuencia, en sede de apelación contra Sentencias absolutorias dictadas por los Juzgados de lo Penal, las Secciones Penales de las Audiencias Provinciales de nuestro territorio nacional vienen confirmando aquéllas de modo mecánico, utilizando, en muchas ocasiones, un mero formulario estereotipado en el que se indica que constituye una

doctrina consolidada del TC a partir de la STC del Pleno núm. 167/2002, de 19 de septiembre, la de que nadie puede ser condenado por el Tribunal de la segunda instancia si ha sido absuelto en la primera, como consecuencia de una nueva valoración de las pruebas que requirieron la inmediatez del Tribunal.

Cabe plantearse si el expresado comportamiento de las Audiencias Provinciales puede suponer la vulneración de algún derecho fundamental. A mi juicio, en efecto, el tan traído proceder de las Audiencias puede comportar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las supuestas víctimas reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española (CE), en su dimensión del derecho a obtener una resolución congruente (en realidad, la negativa a dar respuesta efectiva a las impugnaciones contenidas en el recurso determina que la Sentencia de segunda instancia incurra en incongruencia omisiva), pero también en su dimensión a obtener una resolución motivada en cuanto que el uso del formulario que ya vienen utilizando mecánicamente las Audiencias no colma las exigencias del expresado derecho fundamental. Este doble cercenamiento del mismo ha determinado que aflore una tercera violación, que más bien puede considerarse, a mi entender, el resultado práctico del comportamiento de las Audiencias Provinciales españolas, propiciado por la extravagante doctrina del TC que están obligadas a respetar[7]: la privación de facto del derecho a un recurso legalmente establecido (el de apelación), ínsito también en el tan traído derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En esta línea, GIMENO SENDRA[8] ha criticado sin ambages que lo que él denomina Sentencias "manipulativas" (en expresión acuñada por la doctrina italiana)[9] vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las víctimas -poniendo, además, el acento en la acumulación de la acción civil a la penal que rige en nuestro proceso penal[10]-, en la medida en que impiden al Tribunal ad quem revisar la valoración de la prueba, vulneran el expresado derecho fundamental en su manifestación de derecho a la obtención de una Sentencia congruente y en la del derecho al recurso de apelación legalmente preestablecido, transformándolo en una suerte de recurso extraordinario.

En su reciente trabajo, RICHARD GONZÁLEZ[11] ha expresado -con tino- que la jurisprudencia del TC en esta materia afecta a los derechos de las víctimas en el proceso penal al impedir al Tribunal ad quem revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo a pesar de que dicha primigenia valoración rezume arbitrariedad o carezca de fundamento, y ha incidido en que las víctimas no sólo ostentan un *ius ut procedatur*, sino que también tienen derecho a la continuación del proceso penal en todas sus fases, incluida la segunda instancia. Además, el expresado autor realiza una reflexión muy interesante que debe ser necesariamente traída a colación cuando afirma que si la ley impusiera la firmeza de las Sentencias absolutorias (lo que, de facto, como denunciaba GIMENO SENDRA[12], supone esta doctrina constitucional) se trataría de una opción legal que podría ser cuestionada por inconstitucional, resultando, desde luego, desde este prisma, un problema que la firmeza de las Sentencias absolutorias se haya producido merced a la jurisprudencia del TC, es decir, precisamente el encargado de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes.

Tras el dictado de la célebre STC del Pleno núm. 167/2002, y las sucesivas, no faltaron voces autorizadas[13] que propusieron como remedio para evitar el socavamiento del derecho a la tutela judicial efectiva de las supuestas víctimas la instauración del visionado de lo acontecido en juicio por parte de las Audiencias Provinciales mediante la utilización de sistemas de grabación audiovisual, lo que, a juicio de dichos autores, permitiría al

Tribunal ad quem colocarse en la misma situación que el Juzgado de lo Penal, y, por tanto, valorar la prueba personal, estimándose cumplidas las exigencias constitucionales del principio de inmediación. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, sobre el art. 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), permitiéndose desde entonces que las partes apelantes y apeladas soliciten "proposición de prueba o reproducción de la grabada" a efectos, en este último caso, de su reproducción en la vista de segunda instancia, el TC, con una contumacia digna de mejor causa, ha mantenido su doctrina, negando, pues, que el visionado de la grabación de la prueba personal practicada ante el Juez a quo por parte del Tribunal ad quem sitúe a éste en posición de revocar la absolución de la instancia merced a una distinta valoración de la expresada prueba (vid. la STC núm. 120/2009, de 18 de mayo[14]), lo que ha llevado a LASCURÁIN SÁNCHEZ[15] a preguntarse, con plena legitimidad, "por qué a efectos constitucionales de revisión penal no es lo mismo el cine que el teatro". Y sostengo que el TC actúa con una contumacia porque, a pesar de que pudiera argüirse que la STC 120/2009 es anterior a la entrada en vigor de la reforma de la LECrím. operada por la citada Ley 13/2009, de las resoluciones posteriores puede deducirse que nuestro Tribunal de Garantías sigue manteniendo que el Tribunal que visiona la prueba grabada no se halla en la misma situación que el que la vivió en directo. No otra conclusión cabe alcanzar cuando, por ejemplo, en la STC núm. 154/2011, de 17 de octubre, afirma que "cuando el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación si fue condenado, si para ello establece un nuevo relato de hechos probados que tenga su origen en la apreciación de pruebas personales, esto es, aquellas para cuya práctica se exige la inmediación del órgano judicial resolvente, proceda al examen directo y por sí mismo de las mismas, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción", para, al descender al caso concreto, reprochar a los demandantes de amparo que omitieron proponer en apelación el interrogatorio de los demandantes para poder contrarrestar las declaraciones testimoniales, "sin que pueda afirmarse como justificación de dicho proceder la limitación que contempla el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues hemos afirmado como constitucionalmente admisible una interpretación que lleve a aceptar la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados [por todas, STC 120/2009, de 18 de mayo (RTC 2009, 120), F. 2 d)], como sucede en el presente caso".

Pero el TC no se detiene en el reproche transcrito supra, sino que va más allá al oponer a los demandantes de amparo que "tampoco tras la práctica de las declaraciones testimoniales en la vista de apelación, se propuso por el Letrado de los demandantes el interrogatorio ahora pretendido para rebatirlas. Por lo que los recurrentes incumplieron en dos ocasiones la carga de instar al órgano de apelación la práctica de dicha actividad probatoria, exigencia ineludible para que la actuación de dicho órgano pudiera menoscabar el derecho concernido (entre otras, SSTC 2/2011, de 14 de febrero [RTC 2011, 2], F. 3; 14/2011, de 28 de febrero [RTC 2011, 14], F. 2)".

Por su parte, en la STC núm. 126/2012, de 18 de junio, el TC afirma a las claras que "para la valoración sobre la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación".

En suma, pues, el TC parece no considerar suficiente la reproducción de la prueba practicada a través de medios audiovisuales ante el Tribunal ad quem, en una vista contradictoria, y, además, en presencia y audiencia del acusado, sino que parece exigir la

repetición de los medios de prueba personales. Y a mi juicio lo exige claramente en el caso de la declaración del acusado (STC núm. 201/2012, de 12 de noviembre) y de modo algo más velado (por remisión a la STC 167/2002 y sin aclarar expresamente si la reproducción audiovisual puede considerarse una directa intermediación) en el caso del resto de fuentes de prueba. Pero estas exigencias, como denuncia RICHARD GONZÁLEZ[16], carecen de sentido, de suerte que "resulta evidente que la prueba sólo se puede practicar una vez", siendo que el Tribunal ad quem presenciaria, en realidad, una "prueba nueva y diferente a la que valoró el Juez de primera instancia", lo que convertiría la apelación en un nuevo juicio, distinto, por tanto, al celebrado en primera instancia, desdibujándose así por completo el carácter revisorio de la apelación.

### 3.2. Las reticencias a valorar prueba personal por parte del Tribunal ad quem en caso de Sentencias condenatorias en primera instancia

Cabe preguntarse si, tratándose de Sentencias condenatorias, es viable que el Tribunal ad quem confirme o modifique la resolución de instancia sustentada en pruebas cuya práctica precisa la intermediación del Juzgador, valorando de nuevo la prueba o practicándola de nuevo en segunda instancia. Para ello habrá que distinguir, a su vez, entre dos conductas por parte del Tribunal: la valoración de la prueba ya practicada en la instancia de otro modo y la valoración de otras pruebas diferentes, practicadas también en primera instancia pero en cuyo resultado no se fundamentó la condena.

#### 3.2.1. *La valoración de la prueba ya practicada en la instancia de otro modo*

A mi juicio, a pesar de que, efectivamente, la doctrina constitucional ya comentada (supra, 3.1.) no se refiere expresamente a los supuestos de Sentencias condenatorias y nació con ocasión de la revocación de Sentencias absolutorias en primera instancia, si el TC fuera coherente y, por ende, llevara sus planteamientos hasta sus consecuencias últimas, en este supuesto, debería establecer que no le está permitido al Tribunal ad quem subrogarse en el papel del Juez a quo invadiendo una función valorativa que, en virtud del principio de intermediación -según su constante doctrina- le corresponde en exclusiva, siendo, por tanto, soberano. Al no hallarse la Sala de apelación en esa privilegiada atalaya que constituiría la intermediación, le estaría vedada la valoración de la prueba personal practicada en la instancia.

Algunas enseñanzas en pro de esta tesis podrían extraerse de la ya comentada STC núm. 126/2012 cuando se desliza -siquiera sea levemente- por esta cuestión: "no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar la práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de

experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales”.

No obstante, sucede que el principio de inmediación no es absoluto, y, en los casos de Sentencias condenatorias, puede colisionar con un principio más básico aún de nuestro ordenamiento, que debe prevalecer: la presunción de inocencia. Luego, por mucho que la inmediación, en cuanto que integrante de otro principio basilar de nuestro ordenamiento, cual es el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, venza al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en los supuestos de Sentencias absolutorias, no puede decirse lo mismo cuando la tensión se plantea entre el principio de inmediación y la presunción de inocencia. Esta idea la desarrolla muy claramente la STS núm. 1043/2012, de 21 de noviembre (Pon.: Excmo. Sr. DEL MORAL GARCÍA), añadiendo también el principio in dubio pro reo: “[Los principios de inmediación y contradicción] pueden considerarse parte del derecho a un proceso con todas las garantías, no sin alguna matización. Pero su operatividad no es absoluta. Se insertan en un sistema procesal en el que no están sacralizados. El principio de inmediación cede siempre que por vía de recurso se revoca una sentencia condenatoria por razones probatorias: bien por aplicación de la presunción de inocencia y, con condicionantes, el principio in dubio, ocupan un lugar prevalente que hace claudicar el principio de inmediación que es instrumental”.

Sin embargo, tanto nuestras Audiencias Provinciales como el Tribunal Supremo se han mostrado reacios a la hora de valorar prueba personal en vía de recurso, sobre todo en los supuestos en que el acervo probatorio se sustenta sobre la testifical de la supuesta víctima como única prueba de cargo y se han limitado -sit venia verbo- a planear sobre las denuncias que hasta la fecha han venido efectuando los recurrentes, sin descender al caso concreto en aras a apurar el análisis valorativo, tal como exigen los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del condenado en la instancia en un juicio oral grabado en formato audiovisual. Valga como botón de muestra el recordatorio contenido en la STS núm. 26/2012, de 23 de enero (Pon.: Excmo. Sr. SORIANO SORIANO):

“La decisión alcanzada por el tribunal de origen -como tiene repetidamente dicho esta Sala de casación- debe analizarse desde el punto de vista de la coherencia y racionalidad, comprobando su acomodación a las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, toda vez que no se trata de comparar una valoración con otra, sino más limitadamente, si la decisión escogida por el órgano jurisdiccional sentenciador soporta y mantiene la condena”.

Esta conclusión difícilmente se adecua al estándar preciso para desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal: el más allá de toda duda razonable[17]. Así, se evidencian con toda claridad esas reticencias del Tribunal a realizar un análisis o escrutinio no ya riguroso, concreto, preciso y exhaustivo -que también- sino, más limitadamente, medianamente serio. Sólo desde este razonamiento se explica que en la ya citada STS núm. 480/2012, pese a la multitud de patologías (contradicciones, fricciones, etc.) que, a juicio de la Defensa, presentaba el tratamiento del cuadro probatorio, así como las declaraciones de las supuestas víctimas, denunciadas oportunamente por el recurrente a lo largo de veinticuatro páginas (primer motivo de casación), con concreta indicación de los minutos de la grabación del juicio oral y lugares de las actuaciones en los que podría apreciarse la realidad de la denuncia, el Alto Tribunal optara por no adentrarse en el caso concreto ni efectuar una comprobación mínimamente seria y dictara una Sentencia que se limitaba a recoger, en abstracto pero extensamente, la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de



inocencia y los parámetros que deben valorarse a la hora de enfrentarse a los supuestos de declaración de la supuesta víctima como única prueba de cargo, dedicando unas pocas a todas luces insuficientes consideraciones superficiales a la resolución del caso concreto, a pesar de que la elevada pena de prisión impuesta al recurrente y que la primera Sentencia de la Audiencia Provincial había sido casada y anulada por la STS núm. 179/2011, de 17 de marzo (Pon.: Excmo. Sr. ANDRÉS IBÁÑEZ) en buena medida porque el Tribunal de instancia no había contestado en Sentencia a las alegaciones del Letrado defensor, dedicado a poner de manifiesto que las declaraciones de las víctimas, examinadas a la luz de los parámetros ya expuestos al inicio de este trabajo, no eran hábiles para destruir la presunción de inocencia.

### *3.2.2. La valoración de otras pruebas diferentes, practicadas también en primera instancia pero en cuyo resultado no se fundamentó la condena*

En este supuesto, entiendo que el respeto a la doctrina constitucional sobre la inmediación objeto de comentario exige que si la Sala de apelación verifica la preterición de pruebas practicadas en la instancia, y éstas son de carácter personal, se abstenga de proceder a su valoración y se limite a decretar la nulidad de la Sentencia de instancia por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, mandando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia a fin de que el mismo Juzgado redacte una nueva resolución más respetuosa con el indicado derecho fundamental y, por tanto, proceda a valorar la(s) prueba(s) indebidamente orillada(s), subsanando así la situación probatoria deficitaria en la que se habría colocado.

Esta es, precisamente, la solución que ha ofrecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en aquellos casos -por lo demás, frecuentes- en los que la Sala de instancia ha condenado al acusado pretiriendo pruebas personales de descargo, haciendo mella, como se ha avanzado, en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el deber de motivación de las resoluciones judiciales, al ser el reflejo de una deficiente construcción de la Sentencia.

En este sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 489/2004, de 19 de abril (Pon.: Excmo. Sr. GIMÉNEZ GARCÍA):

“Dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, esta Sala no puede valorar las pruebas practicadas en la instancia, y menos aquellas directamente relacionadas con el principio de inmediación de que dispuso el Tribunal de instancia y del que carece esta Sala. Tal valoración le corresponde al Tribunal ante el que se practicó la prueba -art. 741 LECrim -. No obstante, el principio de inmediación y la valoración de las pruebas dentro de este ámbito, no debe ser considerado como un espacio situado extramuros del ámbito del control casacional -en tal sentido STS 408/2004 de 24 de marzo ( RJ 2004, 1665) , votada el 17 de marzo-, antes bien, esta Sala de Casación, como garante del proceso debido y de la interdicción de toda arbitrariedad -art. 9-3º - puede y debe verificar la estructura racional de las argumentaciones y valoraciones efectuadas por la instancia y que determinaron la sentencia condenatoria.

(...)

Obviamente esta Sala no puede ni va a valorar la declaración adversa de Jose Antonio antes reseñada. Más limitadamente, verifica que con la omisión de dicho testimonio, se ha

producido una valoración sesgada, por unidireccional, contra el condenado, con olvido de que todo enjuiciamiento es un decir y un contradecir y es en esa dialéctica, que debe alcanzarse el juicio de certeza que corresponda de contenido absolutorio o condenatorio, con aplicación en su caso del criterio valorativo que supone el principio in dubio pro reo. Al no haberlo hecho así, la decisión condenatoria resulta claramente arbitraria, por haber excluido toda valoración de la prueba de descargo ofrecida con la consecuencia de deber ser absuelto el condenado de este hecho”.

Este patrón se repite, por ejemplo, en las SSTS núm. 405/2008, de 28 de junio (Pon.: Excmo. Sr. SÁNCHEZ MELGAR), 273/2010, de 3 de marzo (Pon.: Excmo. Sr. GIMÉNEZ GARCÍA) y 179/2011, de 17 de marzo (Pon.: Excmo. Sr. ANDRÉS IBÁÑEZ). En esta última se expresa a las claras por qué el Tribunal que conoce del recurso no puede subrogarse en el papel del Juez a quo o de los Magistrados a quibus y valorar la prueba: "el examen original de la prueba corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia".

### *3.3. Otra piedra en el camino: la ampliación del espectro de pruebas cuya valoración le estaría vedada al Tribunal ad quem*

Como sintetiza GIMENO SENDRA[18], conforme a la doctrina constitucional nacida a partir de la célebre STC núm. 167/2002 no le es dado al Tribunal ad quem efectuar una revisión de las pruebas realizada por el Juez a quo que requieran la vigencia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. En efecto, sobre todo por la exigencia de la inmediación del Juzgador a fin de formar convicción sobre su veracidad, tales medios de prueba se ciñen a los de carácter personal: declaraciones de las partes, testigos y peritos. Pero -ha matizado el STC- no en todo caso ni a todas ellas, sino "exclusivamente a aquellos aspectos de la práctica de las pruebas personales que exijan una formación del juicio de credibilidad sobre la veracidad o mendacidad de la declaración del interviniente en la prueba". De este modo, por ejemplo, ante la existencia de un informe pericial documentado que no exija oír al perito, el Tribunal ad quem podrá proceder a su valoración (STC, Sala 1ª, núm. 143/2005, de 6 de junio).

Con todo, hay que reconocer que, como advierte NIEVA FENOLL[19], no es lo mismo valorar por primera vez que revisar dicha valoración. No obstante, el expresado autor salva -con tino- ese aparente escollo subrayando que la valoración probatoria del Juez debe limitarse a lo objetivable, esto es, a lo que no depende de una intuición inexplicable, en cuanto que el Juez debe atenerse a criterios lógicos en su valoración. Y parece claro que si los mismos no son revisables por otro a posteriori no pueden ser considerados lógicos[20]. Sostener lo contrario amparándose en la inmediación del Juez o Tribunal que ha presenciado en directo la práctica de la prueba supone otorgar a éstos una auténtica patente de corso que rezuma arbitrariedad por doquier. No se pueden proteger con el pretendido privilegio de la inmediación esos primeros impulsos o impresiones que le surgirían al Juez que presencia la prueba en directo. El escudo de la inmediación alcanzaba su máximo sentido como garantía de imposibilidad de condena por un Tribunal que ni había visto ni oído la prueba personal y que la conocería por referencias (las que hubiera recogido, con mayor o menor fortuna y acierto, el Secretario Judicial en el acta de la vista oral). Pero con el visionado de la grabación, el Tribunal ad quem sería un espectador más que, cuanto menos, podría revisar plenamente la valoración del Juez de instancia.

Precisamente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y especialmente un sector de sus Magistrados, ha sido muy crítica con los Tribunales de instancia que se han cobijado en la intermediación con apartamiento de sus deberes constitucionales y legales. En este sentido, recuerda -con acierto- la STS núm. 1579/2003, de 21 de noviembre (Pon. Excmo. Sr. ANDRÉS IBAÑEZ), que “la intermediación es sólo un medio, no un método de adquisición de conocimiento, y de su empleo pueden obtenerse buenos y malos resultados”. Por eso mismo -continúa explicando la indicada STS- “el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la intermediación y no ampararse en su mera concurrencia y en una hermética valoración “en conciencia”, para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo sucedido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta”.

No obstante, el TC, en su -hasta donde alcanzo- aislada Sentencia núm. 184/2009, de 7 de septiembre[21], ha dado otra vuelta de tuerca a su doctrina exigiendo que, incluso cuando la modificación de hechos probados y posterior condena en segunda instancia fluya de la valoración de prueba no personal por parte del Tribunal ad quem, o incluso si esa nueva condena tiene lugar con la resolución de una cuestión puramente jurídica ajena a la valoración de las pruebas personales, en aras a salvaguardar el derecho de defensa, se conceda audiencia al acusado. En efecto, enseña la expresada resolución que “debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la Sentencia condenatoria no había ya recurso alguno”, todo ello -sigue expresando el TC- “sin que obste a tal conclusión el hecho de que aquél no solicitara la celebración de la vista en su escrito de impugnación del recurso de apelación interpuesto de contrario”. Esta exigencia de celebración de vista a fin de oír al acusado como presupuesto para la condena del absuelto en la instancia en los términos expresados por esta resolución -que, insisto, es aislada- ha llevado a TAPIA FERNÁNDEZ a postular, con razón si se da por supuesta la continuación de esta doctrina, una reforma de la actual regulación de la vista de apelación[22]. Muy recientemente, la STC núm. 88/2013, de 13 abril, parece haber perfilado esta doctrina, al establecer que si, a pesar de que se mantengan inmodificados los hechos probados de la Sentencia de instancia, la condena por el Tribunal ad quem se fundamenta en una reconsideración del expresado factum para derivar de ello ora el elemento normativo del delito (en este caso, el carácter abusivo de los acuerdos sociales), ora el elemento subjetivo (en el caso, el ánimo de perjudicar al querellante), será precisa la celebración de vista pública a fin de oír al acusado y al resto de testigos. No así cuando la controversia verse sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica.

#### *3.4. Una pretendida solución del todo insatisfactoria*

El único modo de evitar la impunidad del delincuente (en casos de Sentencias absolutorias) o la condena del inocente que ha hallado la jurisprudencia mayoritaria ha consistido en la anulación de la resolución de instancia para que, con retroacción de las actuaciones al

momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia, el Juez o Tribunal a quo dicte una resolución más respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente que, ora habiendo actuado como Acusación en juicio haya obtenido una respuesta absolutoria ilógica, absurda y/o arbitraria del Juez o Tribunal de instancia, ora haya sido condenado por este Juez o Tribunal con preterición de prueba practicada (también en el caso de que la prueba sea de cargo y, por tanto, recurra la Acusación) o falta de la debida motivación[23].

Pero esta pretendida solución no resulta satisfactoria desde el mismo momento en que deja en manos del mismo Juez o Tribunal que previamente ha condenado o absuelto a un ciudadano la responsabilidad de volver a decidir su suerte. Constituye una auténtica ingenuidad esperar que quien previamente ha condenado o absuelto al acusado, al ser obligado a redactar una nueva resolución, esta vez motivada y/o teniendo en cuenta determinada prueba (en un sentido o en otro), cambie el sentido de su previo fallo y, en suma, modifique su íntima convicción. Es por ello que, sin pretender por un instante -por exigencias de la tan traída doctrina constitucional-una valoración de la prueba personal por primera vez en segunda instancia (o en casación, según los casos), sí parece más respetuoso con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, y, en definitiva, a ser enjuiciado por un Juez imparcial con la debida salvaguarda del principio de presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, la consecuencia de la verificación de la preterición de pruebas sea la celebración de nuevo juicio ante distinto Juez o Tribunal[24].

Con esta solución se respetan los expresados derechos fundamentales pero también la tan traída doctrina constitucional, que puede sintetizarse en la siguiente afirmación, extraída de la ya citada STC núm. 126/2012: "para la valoración sobre la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE".

En cualquier caso, parece claro que la inmediación queda garantizada con el visionado de la grabación de la vista oral, de tal modo que no puedo por menos que suscribir íntegramente la expresión de LASCURAÍN SÁNCHEZ cuando afirmaba que debe ser lo mismo el cine que el teatro a los efectos que nos ocupan[25]. Y en lo que concierne a la contradicción, en la medida en que el objeto de revisión es lo ya practicado en la instancia, queda plenamente garantizada con las alegaciones por escrito en los recursos de apelación (y sus impugnaciones), de suerte que nada nuevo se va a producir con una reproducción de lo ya sucedido. En cualquier caso, cabe la posibilidad de celebrar vista y de conferir traslado a las partes para informe.

A pesar de que contiene unos razonamientos brillantes, no puedo alinearme con la postura expresada por el TS en su Sentencia núm. 670/2012, de 19 de julio (Pon.: Excmo. Sr. JORGE BARREIRO), cuyo núcleo me permito transcribir a continuación:

"4. (...) se hace preciso hacer algunas consideraciones sobre las cuestiones procesales suscitadas. En primer lugar, se advierte que no solo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LECrim. (no modificada con motivo de la reforma de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera,

pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

Esta Sala ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), ajustándose así a lo preceptuado en la LECr. (art. 795.3 antiguo y 790.3º actual).

(...)

En efecto, habría que celebrar una nueva audiencia pública en la segunda instancia, a la que tendrían que ser citados de nuevo los acusados y testigos, ocasionándoles las correspondientes incomodidades y perjuicios, toda vez que posiblemente sería la tercera vez, si no alguna más, que acudirían ante un órgano judicial a exponer los hechos o a debatir sobre una pericia. Ello supondría para el ciudadano una carga y un coste que en ningún caso comprendería.

La repetición de la vista oral con la intervención de todas las partes y la práctica de nuevo de las mismas pruebas personales, con la posibilidad de otras a mayores, no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más certera a las cuestiones que se suscitan en toda causa penal. Más bien sucedería seguramente lo contrario, pues el alejamiento de los hechos en el tiempo repercutiría en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes. Sin descartar los posibles prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado y que seguramente conocerán el resultado del juicio celebrado en la instancia. A lo que habría de sumarse el riesgo de la alteración de la prueba a través de sugerencias, conminaciones o amenazas con el fin de que se modificaran los testimonios que resultaron incriminatorios o exculpatorios en la vista oral anterior.

El inicio de un nuevo juicio en la segunda instancia, con reiteración y nueva práctica de pruebas, implica más que la revisión y control de un juicio ya celebrado y de la decisión adoptada en el mismo, la celebración de otro juicio distinto en el que va a primar lo nuevo sobre la revisión de lo anterior. Se parte así prácticamente de cero y se entra en una dinámica que va a impedir el control último o final de lo anteriormente realizado. Con lo cual se pierden las garantías de la supervisión y de la crítica razonable que todo recurso conlleva y se aboca a la celebración de varios juicios que acaban careciendo de una auténtica fiscalización posterior.

Al celebrarse dos juicios diferentes con un espacio probatorio propio y autónomo y resultar que el enjuiciamiento decisivo es el que se tramita ante el tribunal de apelación, parece obvio que la primera instancia resulta devaluada y todo ha de quedar a expensas de la segunda, que será cuando la prueba ha de determinar la convicción del tribunal que decida de forma definitiva el procedimiento".

Y, como avanzaba, no puedo alinearme con esta elaborada y razonada tesis del TS (fundamentalmente en lo que concierne a la imposibilidad de reproducción de la prueba practicada en la instancia por medios audiovisuales) por la sencilla razón de que, a mi juicio, la Sala de apelación puede revisar la grabación del juicio oral practicado en la instancia con la misma libertad que antaño revisaba el acta de la vista. A mi entender, pues, no es preciso que concurra ninguno de los supuestos excepcionales legalmente previstos para la práctica de prueba en segunda instancia y/o celebración de vista para que el Tribunal ad quem, previa petición de parte en el recurso de apelación o en la impugnación del mismo, visiona la prueba practicada en la instancia a fin de garantizar una revisión de su correcta valoración. Ningún precepto lo prohíbe, sino que es una consecuencia lógica de la sustitución del acta escrita por los sistemas de videograbación, que sitúa a la Sala de apelación -dicho sea de paso- en una situación prácticamente idéntica a quien ha presenciado la prueba personal en directo[26], máxime a quien, como sucede en muchas ocasiones, tras la celebración del juicio, debe revisar la grabación por no recordar qué sucedió ante sí mismo. La excepcionalidad descansa en la repetición de pruebas y en la celebración de vistas. Mas no es preciso celebrar vista alguna para asistir –cual acontecería en un cine– a la reproducción de una grabación, ni mucho menos conferir traslado para alegaciones a las partes tras el expresado visionado, en cuanto que todo, absolutamente todo lo que pudieran argüir, lo podrían haber consignado en sus respectivos escritos (recurso de apelación e impugnación). De hecho, en un breve pasaje de la Sentencia trascrita supra el TS no se sustrae a criticar, con razón, que constituye una "una contradicción que asistamos a un claro incremento en el uso de la vídeo-conferencia para practicar relevantes pruebas testificales en primera instancia, tanto en las diligencias practicadas en el ámbito territorial interno como en el internacional, y que en cambio se infravalore el mismo procedimiento técnico para supervisar en apelación o en casación la eficacia de las pruebas personales practicadas en el juicio oral".

Y, en fin, el derecho de defensa quedaría salvaguardado con la solicitud por parte de la Acusación apelante de que el acusado sea oído en la segunda instancia, no necesariamente llevándose a cabo un nuevo interrogatorio, sino, más limitadamente, confiriéndosele una suerte de nuevo derecho a la última palabra. De este modo se cumplirían las exigencias de la doctrina constitucional y europea, plasmadas, por ejemplo, en la STC núm. 142/2011, de 26 de septiembre, o en la STEDH de 25 de octubre de 2.011, caso Almenara Álvarez contra España.

Sin embargo, y en contra de mi posicionamiento, las últimas tendencias del TEDH parecen determinar la necesidad de dar audiencia también a los testigos (extremo que ya he criticado). Así, por ejemplo, las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, y de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España: "las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos".

En fin, queda claro que ha triunfado la tesis de que la verdadera inmediación es la que se produce en directo. De manera diametralmente opuesta a la evolución social, cabe dar la bienvenida al teatro y despedirse del cine.

#### 4. A modo de conclusión [\[arriba\]](#)

De lo expuesto hasta este lugar puede colegirse fácilmente que los Jueces y Tribunales de instancia gozan al día de hoy en España de unas prerrogativas que la Constitución no les ha conferido, en cuanto que nuestra lex suprema les atribuye a todos ellos (ergo, también a los de segunda instancia e incluso, más limitadamente, a los de casación) la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1 y .3 CE). O, visto desde otra perspectiva, los Jueces y Tribunales de instancia tienen la posibilidad de funcionar como máquinas expendedoras de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 9.3 CE) sin que de ello se deriven consecuencias ni la expresada arbitrariedad pueda ser combatida eficazmente por el justiciable que la padece.

Esta situación alcanza su máxima expresión de gravedad en los casos en los que la testifical de la supuesta víctima (prueba de carácter personal) se erigiría en la única prueba de cargo tendente a la destrucción de la presunción de inocencia, de suerte que, merced a un torcido entendimiento de lo que la inmediación significa realmente, tanto para absolver como para condenar, el Juez o Tribunal de instancia no tendría más que expresar mínimamente su íntima convicción, realizando un somero y superficial recorrido por los parámetros jurisprudencialmente exigidos al efecto, los cuales quedan en verdad reducidos a hojarasca seca.

Resulta, pues, en estos casos muy fácil para el Juez o Tribunal de instancia "blindar" sus resoluciones, máxime cuando de Sentencias absolutorias se trata, en cuyo caso los Jueces y Magistrados a quibus se aseguran casi un cien por cien de probabilidades de que nada ni nadie invierta el sentido de su fallo. Y es que lo peor que les podrá ocurrir –según la jurisprudencia imperante en la materia– es que se les obligue a redactar de nuevo la Sentencia, mas con absoluta libertad a la hora de condenar o absolver nuevamente.

Este escenario que se ha tratado de dibujar del modo más fidedigno posible, de suyo desolador, deviene, a no dudar, un caldo de cultivo idóneo para la generación y multiplicación de Jueces y Magistrados (de instancia) intocables, algo así como –sit venia verbo– pequeños dictadores, que levitarían por encima del bien y del mal plasmando en sus resoluciones su profunda e íntima convicción, en ocasiones incluso preestablecida y previa al juicio oral, con la seguridad de que esa y no otra será la verdad procesal definitiva. Todo ello con la circunstancia agravante de que el Tribunal que se ve indebidamente despojado de sus facultades revisoras se halla en muchas ocasiones compuesto por Magistrados más preparados técnicamente, con mayor antigüedad y experiencia en la carrera judicial e incluso puede que más independientes y, corolario de lo anterior, más difíciles de inquietar o perturbar en su independencia o de sucumbir a presiones externas, lo que resulta especialmente relevante cuando el acusado es un personaje influyente.

De ahí que concluya que la doctrina jurisprudencial instaurada sin necesidad alguna en España constituye un nido de impunidad para el delincuente y de arbitrariedad judicial cuya exportación a otros países debe ser rechazada de plano en cuanto que paradigma de la perversión de los fundamentos del Estado de Derecho determinante de su transformación en un mero Estado con Derecho. Y es que un país que tome los derechos de sus ciudadanos en serio[27] nunca puede asimilar semejante modelo.

## Bibliografía

CLIMENT DURÁN, C., La prueba penal, Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 1999.

DWORKIN, R., Los derechos en serio, Ariel Derecho, Barcelona, 1984 y 2012.

GIMENO SENDRA, V., "La inmediación en la 2.<sup>a</sup> instancia y las Sentencias arbitrarias de la primera", Diario La Ley núm. 6.876, Sección Doctrina, 5 Feb. 2008, Año XXIX, Ref. D-30, Ed. La Ley.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Sobre la garantía de inmediación: no es lo mismo el cine que el teatro (STC 120/2009)", Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2010, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

LÓPEZ COIG, J.C., "La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los Tratados Internacionales", Diario La Ley núm. 6.567, Sección Doctrina, 10 Oct. 2006, Año XXVII, Ed. La Ley.

MIRANDA ESTRAMPES, M., La mínima actividad probatoria en el proceso penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

NIEVA FENOLL, J., La valoración de la prueba, Ed. Marcial Pons, 2010.

RICHARD GONZÁLEZ, M., "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal", Diario la Ley núm. 8.014, Sección Tribuna, 1 Feb. 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro, Ed. Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, 1<sup>a</sup> edición, 2011.

-----  
\* Artículo recibido el 8 de abril de 2014, aprobado el 31 de mayo de 2014.

\*\* *Jaime Campaner Muñoz se licenció en Derecho en la Universidad de las Islas Baleares (UIB), obteniendo el Premio Extraordinario (número 1 de su promoción). Es Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (UGr). Ejerce como Abogado penalista y es Profesor asociado de la UIB, donde actualmente imparte docencia en materia de Derecho Procesal Penal (Grado de Derecho) y Derecho Penal de la insolvencia y societario (Máster en Derecho Concursal y Reestructuraciones Empresariales; Máster en Derecho de Sociedades). Ha impartido conferencias en España y en el extranjero, principalmente en Latinoamérica, y publicado artículos doctrinales en*



*revistas jurídicas especializadas.*  
*Universidad de las Islas Baleares (España)*

[1] SSTC núm. 201/1.989, de 30 de noviembre (Pon: Excmo. Sr. GIMENO SENDRA) o núm. 173/1.990, de 12 de noviembre (Excmo. Sr. GABALDÓN LÓPEZ).

[2] Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 1999, p. 129.

[3] *Ibidem*.

[4] Vid., ad exemplum, la STS núm. 26/2012, de 23 de enero (Pon.: Excmo. Sr. SORIANO SORIANO).

[5] En el bien entendido de que en España no existe doble instancia en los casos en los que se enjuician delitos que llevan aparejada una pena en abstracto superior a cinco años de prisión, de suerte que la resolución que se dicte tan sólo podrá ser, en su caso, combatida en casación, esto es, a través de un recurso extraordinario.

[6] Vid., entre otras muchas, las SSTS núm. 625/2010, de 6 de julio, 480/2.012, de 29 de mayo y 343/2013, de 30 de abril (Pon. Excmo. Sr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), que, por su claridad, serán las que se utilizarán en los epígrafes sucesivos.

[7] Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

[8] GIMENO SENDRA, Vicente, "La intermediación en la 2.<sup>a</sup> instancia y las Sentencias arbitrarias de la primera", *Diario La Ley* núm. 6.876, Sección Doctrina, 5 Feb. 2008, Año XXIX, Ref. D-30, Ed. La Ley.

[9] Esto es, aquéllas dictadas por los Juzgados de lo Penal, manifestando sus titulares "un juicio de credibilidad sobre cada una de las pruebas personales para convertir la Sentencia en inimpugnable".

[10] Lo que puede sumir a la víctima en indefensión material al impedírsele la posibilidad de ejercitar su pretensión civil resarcitoria.

[11] RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal", *Diario la Ley* núm. 8.014, Sección Tribuna, 1 Feb. 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley.

[12] GIMENO SENDRA, V., "La intermediación...", cit.

[13] Vid. LÓPEZ COIG, Juan Carlos, "La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los Tratados Internacionales", *Diario La Ley* núm. 6.567, Sección Doctrina, 10 Oct. 2006, Año XXVII, Ed. La Ley; también GIMENO SENDRA, V., "La intermediación...", cit.

[14] Aunque es anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2009, se planteó un supuesto de reproducción de la prueba practicada en la instancia en fase de apelación.

[15] LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Sobre la garantía de intermediación: no es lo mismo el cine que el teatro (STC 120/2009)", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2010, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

[16] RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, "Análisis crítico...", cit.

[17] Sobre el expresado estándar, considero imprescindible el estudio de la obra de MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

[18] GIMENO SENDRA, Vicente, "La intermediación...", cit.

[19] NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 349.

[20] *Ibidem*, p. 350.

[21] Inspirada, a su vez, en la STEDH de 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu c. Rumanía), así como (aunque no se citen expresamente) en los dos votos particulares a la STEDH de 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo Gonzáles c. España).

[22] TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La implantación generalizada de la segunda instancia en el*

proceso penal. Presente y futuro, Ed. Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, 1ª edición, 2011, p. 139.

[23] Felizmente, desde la STC Pleno núm. 22/2013, de 31 de enero, dada "la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia" el Tribunal de Garantías español parece haber consolidado la tesis de que, en la medida en que la expresada presunción consiste, precisamente, en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, esto es, "expuesta o mostrada" (...), "sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia", optando el TC no por la nulidad y retroacción de actuaciones sino por la anulación definitiva de la resolución judicial ayuna de motivación.

[24] Es la solución que en alguna ocasión aislada ha adoptado la Sala Segunda del TS. Por ejemplo, en la STS núm. 548/2009, de 1 de junio (Pon.: Excmo. Sr. MARCHENA GÓMEZ), que estima el recurso de casación interpuesto por la Acusación Particular contra una Sentencia absolutoria, ordenando la repetición del juicio ante distintos Magistrados "toda vez que la afirmación y reconocimiento de ese derecho [a la tutela judicial efectiva] puede conllevar que la nueva motivación esté filtrada por el peso que la actividad probatoria ya desarrollada haya desplegado en la actitud valorativa de los Jueces de instancia".

[25] LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Sobre la garantía de intermediación..:", cit.

[26] En contra, destacando la inaptitud del visionado del juicio oral por parte del Tribunal revisor "en la soledad de su despacho, como si de un objeto documental se tratara", para colmar la exigencia de inmediación, contradicción y publicidad que integran el derecho a un proceso justo, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, La implantación generalizada ..., cit., p. 138.

[27] En expresión acuñada por DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Ariel Derecho, Barcelona, 1984 y 2012.