

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)

Alberto JORGE BARREIRO

I. LA NUEVA LINEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA REVISION PROBATORIA MEDIANTE EL RECURSO DE APELACION. RESOLUCIONES DICTADAS AL RESPECTO

El control de las resoluciones judiciales en una segunda instancia en el ámbito del proceso penal es un tema que presenta aspectos muy diversos debido a los diferentes enfoques que puede dársele. Y así, conviene distinguir la impugnación de las sentencias condenatorias de las que han resultado absolutorias en la primera instancia. Con respecto a aquellas 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.

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 impuesta en 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 inmediación y de contradicción.

La distinta perspectiva del problema ya queda apuntada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España en 1977), cuyo artículo 16 reconoce a toda persona declarada culpable de un delito el "derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley". Este precepto deviene imperativo en nuestro ordenamiento jurídico por la vía del artículo 10.2 de la CE. Y así lo ha advertido el Tribunal Constitucional al señalar como titular de ese derecho al condenado, marcando así la diferencia con respecto a las acusaciones (SSTC 33/1989 y 29/1993).

También es importante deslindar las cuestiones fácticas de las jurídicas, pues en relación con estas últimas no concurren las limitaciones de fiscalización que sí se dan con respecto a aquellas.

Centramos pues el debate en los recursos de apelación contra las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia, y dentro ya de ese apartado en el ámbito de control y de revisión de que dispone el tribunal *ad quem* para modificar la convicción fáctica obtenida por el juzgador de instancia al valorar las denominadas pruebas personales. Es aquí donde el Tribunal Constitucional ha sentado una nueva doctrina a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, orientada a restringir la revisión probatoria en contra del reo.

La nueva jurisprudencia, tal como se analizará, no afecta sólo al recurso de apelación sino también al de casación. Y ha venido a generar no pocas dudas e interrogantes sobre todo el sistema de recursos¹, dada la ambigüedad e indefinición que muestra en algunos de los aspectos que trata, imprecisión que incluso ha sido destacada en el voto particular que se formula a la decisión del Pleno del Tribunal.

El primer fundamento de la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18-IX, sintetiza las nuevas pautas en los siguientes términos: *"Conviene advertir que es en relación con el bloque impugnatorio cuarto donde se ha planteado la necesidad de avocación al Pleno, para poder ejercer por éste la facultad de revisión de la precedente doctrina del TC, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 LOTC, revisión que se contiene en los fundamentos jurídicos 9, 10 y 11, en los que, en síntesis, se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella 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"*.

En el supuesto que se contempla, la Audiencia Provincial de Alicante revocó la sentencia absolutoria dictada por un Juzgado de lo Penal de la misma ciudad y condenó en la segunda instancia a los acusados como autores de un delito contra la propiedad intelectual. El Tribunal Constitucional (TC)

¹ Fernando Gómez Rocio, "La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal", La Ley, nº 5871, 15-X-2002, afirma que la sentencia deja literalmente temblando toda la regulación legal del recurso de apelación de sentencias penales.

considera que la Audiencia Provincial (AP) no podía entrar a valorar las declaraciones autoinculpatorias que los acusados prestaron en la fase de instrucción y que fueron sometidas a contradicción en la vista oral del juicio, retractándose de las mismas los encausados. Esa prueba era relevante, según el TC, para fundamentar la condena, y no se practicó con arreglo a los principios de inmediación y contradicción ante la Audiencia que dictó el fallo condenatorio revocando el absolutorio del juez de instancia.

Advierte también el supremo intérprete de la Constitución que el problema son las cuestiones de hecho y no las de derecho, con respecto a las cuales no es necesario oír en la segunda instancia al acusado.

El Tribunal Constitucional cita la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para hacer hincapié en la relevancia de la inmediación en la segunda instancia cuando se ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del acusado.

Según el TC, se ha vulnerado el *derecho a un proceso con todas las garantías*, al haber procedido la AP a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

Conviene subrayar, sin embargo, que en este caso el TC especifica que la única prueba de cargo que figuraba en la causa eran las declaraciones autoincriminatorias de los imputados en la fase de instrucción, después rectificadas en la vista oral del juicio.

Los nuevos criterios restrictivos sobre la extensión del control del recurso de apelación implantados por la precitada sentencia del Tribunal Constitucional se han visto reafirmados y reforzados en resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 200/2002, 212/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003 y 118/2003). De forma que, incluso en los supuestos en que se trate de apreciar pruebas materiales o reales junto con otras de carácter personal que dependen de los principios de inmediación y de contradicción, el Tribunal Constitucional veda la posibilidad de revocar el criterio absolutorio de la primera instancia cuando no se han practicado las pruebas personales con arreglo a tales principios ante el tribunal *ad quem* (SSTC 198/2002 y 230/2002).

A continuación exponemos una breve síntesis del contenido de las sentencias que el TC ha venido dictando con arreglo a las nuevas pautas a seguir en el control probatorio a través del recurso de apelación.

La **STC 170/2002, de 30-IX**, considera que la condena en segunda instancia cabe cuando el cambio de criterio se debe únicamente a cuestiones jurídicas y no fácticas. En este caso se trataba de la compra a medias de un décimo de lotería que resultó premiado, quedándose después con todo el importe del premio el acusado. El TC considera que estamos ante una cuestión estrictamente jurí-

dica, y que no vulnera además el principio de legalidad la interpretación que hace la AP sobre el título que justifica la aplicación del delito de apropiación indebida, al considerar que el imputado tenía por título la obligación de entregar un dinero al denunciante, trasmutando ilícitamente una posesión legítima en una propiedad ilegítima. No se estima, pues, el amparo.

La **STC 197/2002, de 28-X**, reitera la doctrina de la **STC 167/2002**. La AP de Pontevedra revocó una sentencia de un Juzgado de Vigo en la que sólo se le condenaba al acusado por un delito de conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas. En la segunda instancia se le condena también por un delito de desobediencia. Según el TC se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al infringirse los principios de inmediación y contradicción en la condena por el delito de desobediencia. Sin embargo, el TC sólo fija como exigencia imperativa para poder condenar en la segunda instancia el oír al demandante de amparo en la fase de apelación. No requiere, en cambio, que se escuche también a los testigos que le inculcan, por lo que parece sugerir —inexplicablemente— que es suficiente para condenarlo en segunda instancia con escucharle de nuevo, sin necesidad de practicar con inmediación prueba de cargo alguna. Lo cual resulta ilógico y contradictorio, ya que, obviamente, el acusado negará los hechos en la segunda instancia, y como no hay nueva prueba de cargo, o se le absuelve otra vez (resultando así inútil escucharle), o se le condena sin practicar prueba de cargo con inmediación, deviniendo entonces irrelevantes las garantías de inmediación y contradicción impuestas en la nueva doctrina del TC sobre el recurso de apelación.

La **STC 198/2002, de 28-X**, vuelve a reiterar la doctrina de la **STC 167/2002**. Se trataba de una sentencia de juicio de faltas con motivo de una pelea de vecinos por la colocación de unas tablas en un predio. El Juzgado de Instrucción de Balmaseda absolvió y la AP de Vizcaya condenó. Tal cambio en la segunda instancia se debió al análisis de los partes médicos como dato objetivo a contrastar con las declaraciones de los protagonistas del incidente. La AP le da la razón a una de las partes y acoge su versión con base en los datos concretos de las lesiones referidas en los informes médicos. El TC anula la condena y estima el amparo al considerar que "resulta difícilmente escindible la imbricación que se hace entre las declaraciones de las partes y los partes de asistencia médica, no siendo posible determinar si, excluidas las primeras, las que restan y que son constitucionalmente legítimas, son capaces por sí solas de sustentar la declaración de culpabilidad y la condena del recurrente".

La **STC 200/2002, de 28-X**, vuelve a reiterar la doctrina de la **STC 167/2002**. En este caso se trataba de una condena en segunda instancia por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas dictada por la Sección 23 de la AP Madrid, que revocó la absolución del Juzgado de lo Penal 17. El TC estima que la base de la condena es una nueva valoración de la prueba testifical

practicada en el acto del juicio: declaración del acusado y de un testigo de la defensa, por un lado, y por otro declaraciones inculpativas de los policías. El TC argumenta que se trata de pruebas de carácter personal y que por lo tanto se precisa la inmediación y la contradicción para poder volver a valorarlas. Pero como concurre un resultado positivo de alcoholemia se limita a anular la condena y retrotraer las actuaciones para que se dicte otra ponderando la prueba válida.

La devolución de la causa a la AP para que pondere de nuevo la prueba teniendo en cuenta la pericia de alcoholemia no parece tener mucho fundamento. Y ello porque si el TC tiene reiteradamente declarado en su jurisprudencia que la existencia de una pericia de alcoholemia con resultado positivo no es suficiente para estimar que el acusado conducía el vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no parece razonable que devuelva la causa a la AP en vez de anular directamente la condena dejando en vigor la absolución, pues, una vez que la prueba testifical ha resultado fallida, no resulta ya factible dictar una sentencia condenatoria en segunda instancia sólo con base en el resultado positivo de la prueba pericial.

La **STC 212/2002, de 11-XI**, vuelve a aplicar la doctrina de la STC 167/2002. El Juez de lo Penal nº 3 de San Sebastián había absuelto por un delito de coacciones y la AP revoca la absolución y dicta un fallo condenatorio. La condena de la segunda instancia se basa únicamente en una valoración distinta de la prueba testifical, debido a que unos testigos son familiares y los otros no. Se anula la condena por vulneración de los principios de inmediación y de contradicción, al tratarse de pruebas personales y no haber sido presenciadas por la Sala que condenó en apelación.

En el supuesto examinado por la **STC 230/2002, de 9-XII**, los demandantes de amparo habían sido absueltos por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo del delito de alzamiento de bienes. Pero interpuesto recurso de apelación por la acusación particular, la Sección 1ª de la AP de Toledo revocó la absolución y les condenó como autores de un delito de alzamiento de bienes, previsto en el artículo 519 del C. Penal de 1973, declarando la nulidad de la compraventa otorgada por los condenados ante notario.

En la **STC 41/2003, de 27-II**, se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, en la que se condenaba al acusado como autor de dos delitos de abuso sexual. El Juzgado de lo Penal nº 1 de la misma ciudad había absuelto al acusado al no constar suficientemente acreditado que los hechos ocurrieran del modo en que los relata la presunta víctima, de dos años de edad, no pudiendo descartar que fueran fruto de su imaginación. El juez no consideró suficiente el testimonio de referencia de la madre y de la abuela de la menor, y tampoco el peritaje efectuado a ésta por la psicóloga judicial. Sin embargo, la Sala, aunque no practicó prueba alguna en la segunda instancia, estimó que los hechos habían sucedido tal como los relató la me-

nor a sus ascendientes, argumentando con base en los referidos testimonios y en las declaraciones de la perito.

Es importante reseñar que el Tribunal Constitucional, en la fundamentación jurídica, argumenta que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de la apelación radica exclusivamente en estimar acreditada o no la intención libidinosa o de satisfacción del apetito sexual en la actuación del acusado, que es evidente para la Audiencia Provincial, pero no así para el Juez de lo Penal. La nueva valoración probatoria de la Audiencia con respecto a los testigos y al dictamen pericial, sin observar los principios de inmediación y contradicción, en relación con el elemento subjetivo del delito de abusos sexuales vulnera, según el Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías. En vista de lo cual, anula la condena y acuerda retrotraer las actuaciones para que se dicte una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

En la **STC 68/2003, de 9-IV**, se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante al estimarse vulnerados los derechos del imputado a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El Juzgado de lo Penal había absuelto por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, argumentando que el único testigo que depuso en la vista oral, uno de los agentes que instruyó el atestado, no recordaba los hechos, de manera que sólo tras exhibirle el atestado pudo contestar a las preguntas que le fueron formuladas. El juez de lo penal entendió que, al haber transcurrido seis años desde la confección del atestado, el testimonio tenía el carácter de una mera ratificación formal, insuficiente para acoger como probada la acción delictiva. Frente a ello la Audiencia Provincial analizó el referido testimonio y acabó fundamentando en él la condena. El TC considera que la Audiencia no ha respetado en la ponderación de la prueba los principios de inmediación y contradicción, contraviniendo así el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, que le son restablecidos en el fallo de la sentencia de amparo anulando la condena.

En la referida sentencia el TC hace hincapié en que la exigencia de audiencia pública en segunda instancia, tal como ya ha advertido en resoluciones anteriores, no resulta siempre e indefectiblemente exigible, al depender de la naturaleza de las pruebas sometidas a consideración del Tribunal *ad quem*.

En la **STC 118/2003, de 16-VI**, se reitera la misma doctrina sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia y la observancia de los principios de inmediación y oralidad cuando se trata de apreciar pruebas personales y adoptar una decisión condenatoria. Se enjuiciaba un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el juez de lo penal de Barcelona dictó una sentencia absolutoria, al albergar dudas sobre si los síntomas de alcoholemia del acusado se debían al trasvase de la carga de alco-

hol del camión-cisterna siniestrado, labor en la que había intervenido el acusado. Por el contrario, la Audiencia Provincial entendió que si estaba acreditado el supuesto fáctico del delito, convicción que fundamentó en las declaraciones testificales de los agentes de la Guardia Civil, a pesar de no haber sido prestadas ante el tribunal de apelación. El Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y, de forma derivada, también el derecho fundamental a la presunción de inocencia, al basarse la condena únicamente en una prueba testifical carente de inmediación y de contradicción en la segunda instancia. En consecuencia, anula la condena.

II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS LIMITES DEL CONTROL PROBATORIO DE LA APELACION

Hasta la STC 167/2002, el Tribunal Constitucional afirmaba que el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o tribunal superior supraordenado *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93, 120/1994, 272/1994 y 157/1995). El supremo intérprete del texto constitucional estimaba que **nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia** (STC 43/1997), pues tanto "por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba" **el Juez ad quem se halla "en idéntica situación que el Juez a quo"** (STC 172/1997, fundamento jurídico 4º; y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995) y, en consecuencia, "puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo" (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997 y 120/1999).

Pues bien, a partir de la sentencia 167/2002, el Tribunal Constitucional cercena esa amplia facultad de revisión y considera que si está limitada en lo que respecta a la corrección de la valoración de las pruebas personales efectuada por el juzgador de instancia. En concreto está limitada por la salvaguarda del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se integran las de inmediación y contradicción.

Según las resoluciones dictadas sobre el recurso de apelación a partir de la sentencia 167/2002, las pautas o criterios a tener en cuenta a la hora de fijar la extensión y los límites de control de la apelación son los siguientes:

1) La nueva doctrina del TC se refiere sólo 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 las sentencias de primera instancia que hasta ahora cuando se trate de amonorar o excluir la condena impugnada.

2) La limitación de la revisión de las sentencias mediante el recurso de apelación sólo 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 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, instante en que pueden ampliarse y clarificarse a través de las explicaciones que los técnicos proporcionan. Sin embargo, entendemos que en estos casos la existencia de dictámenes por escrito y también el contenido del conocimiento que la prueba proporciona, otorga menos relevancia a la inmediación que en los supuestos de las manifestaciones de los acusados y los testigos.

4) El Tribunal Constitucional también excluye, en algunos de los supuestos que analiza, la revisión probatoria cuando en la primera instancia se han practicado pruebas estrictamente personales junto con pruebas de otra índole, como documentales y periciales. De forma que cuando han declarado los acusados o los testigos, lo cual suele ser habitual en el ámbito de la jurisdicción penal, y el resultado favorable al acusado de esta prueba se opone a otras pruebas de carácter documental o pericial, el Tribunal Constitucional veda la posibilidad de que, sin acudir a la inmediación y la contradicción en la segunda instancia, el tribunal de apelación revise la apreciación probatoria y llegue a conclusiones y decisiones agravatorias para el reo.

A este respecto, conviene subrayar el contenido de la **STC 198/2002, de 28-X**, anteriormente reseñada. La condena en la segunda instancia se fundamentó en un nuevo análisis de los partes médicos como dato objetivo a contrastar con las declaraciones de las partes. La AP le da la razón a una de las partes y acoge su versión con base en los datos concretos de las lesiones plasmadas en los informes médicos. El TC anula la condena y excluye la posibilidad de examinar separadamente, a efectos de dilucidar la condena del acusado, las pruebas personales de las que no lo son.

Según el TC, la sentencia condenatoria de segunda instancia carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia del apelado absuelto, pues las declaraciones de la testigo frente a las del recurrente de amparo no podían ser valoradas por la Audiencia Provincial con ausencia de vista oral, y sólo con los partes médicos no cabe fundamentar la condena.

El TC recuerda su doctrina sobre la presunción de inocencia y la exigencia de que las inferencias lógicas que sirvan para la condena no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. A tenor de lo cual, anula la condena dictada en la segunda instancia y la deja sin efecto.

También en la **STC 41/2003, de 27-II**, se constata el bloqueo que genera en la operatividad del recurso de apelación la mera existencia de una prueba personal en los supuestos de pruebas mixtas (personales y materiales o reales). En este caso se trataba de ponderar una prueba estrictamente personal, cual era el testimonio de referencia de la madre y la abuela de la niña presunta víctima de un abuso sexual, con el dictamen pericial de una psicóloga judicial. Tal como ya hemos apuntado, la nueva valoración probatoria de la Audiencia con respecto a los testigos y al dictamen pericial, sin observar los principios de inmediación y contradicción, en relación con el elemento subjetivo del delito de abusos sexuales, vulnera, según el Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías.

Por consiguiente, a tenor del contenido de esas resoluciones, el Tribunal Constitucional sienta como criterio que en cuanto concurre una prueba personal que ha favorecido al reo en la primera instancia y no ha sido practicada de nuevo en la segunda, aunque concurren otras pruebas no personales claramente incriminatorias para el acusado, queda ya vedada la posibilidad de condenar en apelación con base en las pruebas no dependientes de la inmediación.

La decisión adoptada tiene su justificación dado que no resulta factible fragmentar la apreciación de la prueba. Y es que si el tribunal de apelación no puede calibrar la prueba personal no practicada a su presencia que ha favorecido al reo en la primera instancia, no parece razonable ni asumible que, prescindiendo totalmente de ésta, entre a valorar el resto del material probatorio a efectos de una posible condena.

En cambio, y tal como se analizará en su momento, deben cuestionarse las resoluciones en que se adopta la decisión de remitir a la AP la causa para que, prescindiendo de las pruebas personales que han favorecido al reo según el criterio probatorio de la primera instancia, se dicte un nuevo fallo sobre el fondo con base en el material probatorio restante (SSTC 230/2002, 200/2002 y 41/2003).

La acumulación de material probatorio mixto —personal y material o real— es lo habitual en el proceso penal, de ahí la relevancia del criterio sentado por la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Conviene no obstante advertir que la doctrina del TC sentada a partir de la sentencia 167/2002 se venía ya en gran medida aplicando en la práctica por los tribunales de apelación, en el sentido de que la relevancia del principio de inmediación para calibrar las pruebas personales impedía o limitaba sobremanera la supervisión probatoria de los órganos judiciales de segunda instancia, pues, al no haber presenciado ni practicado las pruebas perso-

nales, no les resultaba fácil apartarse de la convicción del órgano judicial de la primera instancia.

Y así, resulta habitual que los tribunales de apelación argumenten que, a pesar del criterio amplio de control que se proclama en el plano normativo, la supervisión se ve cercenada, sin duda, en la práctica a la hora de fiscalizar la apreciación de la prueba efectuada por el juez *a quo*. Especialmente cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en la prueba testifical, supuestos en los que deben distinguirse las *zonas opacas*, de difícil acceso a la supervisión y control, y las que han de considerarse como *zonas francas*, que sí son más controlables en la segunda instancia.

Las primeras aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediatez: lenguaje gestual del testigo, del acusado o del perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempos de silencio; capacidad narrativa y explicativa, etcétera.

Es obvio que todos esos datos no quedan reflejados en el acta del juicio, donde ni siquiera consta el contenido íntegro de lo declarado, dada la precariedad de medios técnicos que se padece en los juzgados y tribunales. Ha de admitirse, pues, que esa perspectiva relevante del material probatorio resulta inaccesible al juzgador de la segunda instancia, de modo que el escollo de la falta de inmediación le impide ahondar con holgura en el análisis de la veracidad y credibilidad de los diferentes testimonios.

Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa revisar y fiscalizar la convicción plasmada en la sentencia sobre la eficacia probatoria de las manifestaciones que las partes y testigos prestaron en la primera instancia, ya que existe una zona franca y accesible de las declaraciones, integrada por los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al resultar ajenos a la estricta percepción sensorial del juzgador *a quo*, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Se venía, pues, ya distinguiendo por los tribunales de apelación, y también por el de Casación, entre dos niveles diferentes en relación con la valoración y el análisis de la prueba. Un primer nivel referente a las pruebas personales, centradas fundamentalmente en la de confesión y la testifical, con respecto a las cuales la relevancia de la inmediación hacía incontrolable la revisión probatoria en instancias posteriores. Y un segundo nivel, que el Tribunal Supremo ha definido en numerosas resoluciones con la expresión "la estructura racional de la valoración de la prueba" o "la estructura racional del discurso valorativo"², ámbito en que adquieren especial relevancia las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos

² SSTs 15-IV-1989, 23-IV-1992, 14-IX-1994.

científicos. En este segundo estadio de control sí cabe según la jurisprudencia ordinaria una revisión por el tribunal funcionalmente superior, toda vez que la estructura racional del análisis probatorio aleja los escollos que interpone la inmediación cuando se trata de pruebas personales practicadas en la instancia.

Hasta cierto punto, puede por tanto afirmarse que el nuevo criterio restrictivo establecido por el Tribunal Constitucional estaba ya vigente en la práctica, y así lo venía también subrayando el propio Tribunal de Casación³. Se respetaba, pues, en la segunda instancia la convicción del juzgador con respecto a las pruebas personales, a no ser que se apreciaran ilogicidades o incoherencias en sus razonamientos probatorios.

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que la doctrina establecida en la STC 167/2002 y las que han seguido la misma línea interpretativa no generen ciertas consecuencias en la práctica, en algunos casos con un sentido claramente peyorativo.

III. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA NUEVA LINEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El equívoco de un nuevo modelo de apelación

Como una consecuencia claramente negativa de la doctrina establecida por la STC 167/2002 ha de verse la insinuación o sugerencia que se hace a favor de una interpretación extensiva de la práctica de nuevas pruebas en la segunda instancia, hasta el punto de que puedan repetirse las ya practicadas ante el juzgado *a quo*.

En efecto, ante la imposibilidad de condenar *ex novo* en apelación cuando en la primera instancia se han practicado pruebas personales apreciadas con arreglo a la inmediación, el Tribunal Constitucional opta por sugerir una interpretación extensiva del artículo 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (actual art. 790, con arreglo a la Ley Orgánica 38/2002, de 24-X).

A este respecto, en el fundamento jurídico noveno, el TC argumenta que *"Para la solución de tal problema constitucional no basta sólo con que en la apelación el órgano ad quem haya respetado la literalidad del artículo 795 LECrim., en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte en caso contrario la posibilidad de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad) para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías"*.

Todo deja entrever al examinar ese párrafo de la

sentencia que el TC, ante la limitación de la condena en segunda instancia a que abocan las exigencias de las garantías de los principios de inmediación y contradicción, quiere abrir una puerta a la ampliación de la práctica de prueba en el recurso de apelación. Y ello con el fin de que, reproduciendo el material probatorio en la segunda instancia, se solviente el escollo de la falta de inmediación del tribunal *ad quem*.

Esa impresión aparece corroborada al examinar la jurisprudencia del TEDH que el Tribunal Constitucional cita en el fundamento número diez de la sentencia 167/2002 con el fin de justificar su nueva doctrina. El TC subraya las exigencias que impone el artículo 6.1 del Convenio para que se dé un proceso justo en la segunda instancia. Y ya dentro de este apartado, enfatiza los pronunciamientos del TEDH en que se requiere un examen directo y personal del acusado en la segunda instancia cuando se pretende declarar su culpabilidad, de modo que en tales casos se exige una nueva y total audiencia de las partes en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas. Y apoya tal exigencia con la cita de las SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia § 32—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia § 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 —caso Jan-Ake Anderson contra Suecia, § 28—; 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, § 32; 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania, § 54 y 55, 58 y 59—; y 27 de junio de 2000 —caso Tierce y otros contra San Marino, § 94, 95 y 96—.

Las referencias que hace la STC 167/2002 a la jurisprudencia del TEDH son genéricas, aplicadas con motivo de supuestos relativos a modelos procesales diferentes al nuestro, y, además, resultan contradichas por otros pronunciamientos del propio Tribunal Europeo, tal como se especifica en el voto particular de la sentencia del TC. A lo cual debe añadirse la escasa elaboración y hondura analítica de que suele dar muestras la jurisprudencia del TEDH⁴.

Las citas específicas de la jurisprudencia del TEDH, junto con el párrafo de la sentencia anteriormente transcrito, han generado, lógicamente, en algunos órganos judiciales la convicción de que el Tribunal Constitucional estaba imponiendo —o induciendo— la celebración de una segunda vista oral en fase de apelación, en la que se reproducirían las pruebas personales con intervención de todas las partes, o cuando menos se oíría al acusado con el fin de poder alterar el fallo absolutorio dictado en la primera instancia.

³ Así lo ha destacado Conde-Pumpido Tourón en "La revisión fáctica en la apelación penal. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional", revista *Juris Actualidad y práctica del derecho*, nº 76, octubre 2003, págs. 41 y ss.

⁴ Conde-Pumpido Tourón, en el trabajo citado en nota 3, argumenta en el siguiente sentido sobre la jurisprudencia del TEDH. "No creo que descubra un Mediterráneo señalando que las sentencias del TEDH no destacan por su esmerada motivación. Normalmente contienen unos extensísimos antecedentes elaborados por los servicios técnicos que reproducen minuciosamente buen número de resoluciones sobre la materia dictadas con anterioridad y que mantienen in albis al lector pues pueden conducir a cualquier resultado, concretándose la decisión final que contiene la verdadera resolución de los Magistrados del Tribunal en un par de líneas generalmente apodicticas, que expresan muy sintéticamente la ratio decidendi de la resolución".

Tal convicción se ha visto reafirmada al examinar algunas sentencias posteriores del TC en que se ha reiterado la nueva doctrina sobre el ámbito de revisión del recurso de apelación en cuanto a las cuestiones de hecho. Y así, en la STC 197/2002, que anula la condena dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Pontevedra, se argumenta que "En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, *exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente al demandante de amparo*, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación".

Y más diáfano se muestra todavía el auto del TC 80/2003, de 10 de marzo, en el que se plasma la exigencia de que se celebre vista pública en segunda instancia cuando se pretenda revocar por razones cuestiones fácticas la sentencia absolutoria recurrida⁵.

Por consiguiente, no puede extrañar en modo alguno que las partes acusadoras comiencen a postular ante las Audiencias Provinciales en sus escritos de recurso de apelación la repetición de las pruebas practicadas en la primera instancia, con el fin de solventar el escollo de la inmediación y poder obtener así en la segunda instancia un fallo condenatorio. Y tampoco puede sorprender que algunos tribunales, a tenor del texto de las sentencias innovadoras del TC, acabe accediendo a que declare de nuevo el acusado en la vista de apelación al efecto de legitimar una posible condena.

Sin embargo, tal como ya expusimos en su momento⁶, y coincidiendo también con el criterio expresado por el magistrado Conde-Pumpido Tournón⁷, parece obvio que, dada la redacción concluyente del artículo 795.3 de LECrim. (con el mismo texto que el actual art. 790), no cabe una interpretación de la norma que de 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 da pie para la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

El Tribunal Supremo 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, 25-II; y 352/2003, 6-III).

De acogerse el esquema de impugnación que insinúa o sugiere la sentencia 167/2002 nos introduciríamos en el modelo de apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal⁸. Ello, al margen de entrañar una interpretación *contra legem* del actual artículo 790 de la Ley Procesal Penal, generaría muchos más inconvenientes que ventajas. Y posiblemente fue consciente de ello el propio Tribunal Constitucional cuando no se autocuestionó la constitucionalidad del precepto —cosa que sí hizo cuando trató la trasnochada regulación de la prisión provisional (STC 47/2000)—, limitándose a hacer una mera invitación o insinuación a los tribunales sobre un eventual cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma.

La implantación de una apelación plena en nuestro sistema procesal acarrearía graves disfunciones y perturbaciones, entre las cuales destacamos las siguientes:

1) Habría que celebrar una nueva audiencia pública en la segunda instancia, a la que tendrían que ser citados de nuevo los acusados, testigos y peritos, 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. No sería fácil explicarle que para obtener una resolución definitiva en el marco de un proceso penal el sistema le exige comparecer tres veces a exponer los mismos hechos.

2) La repetición de la vista oral con la intervención de todas las partes y la práctica de nuevo de las mismas pruebas, con la posibilidad de otras a mayores, no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más correcta 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 precondicionamientos 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, intenciones o amenazas con el fin de que se modificaran los testimonios que resultaron incriminatorios o exculpatorios en la vista oral anterior.

3) 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

⁵ En el referido auto se argumenta lo siguiente: "se ha determinado la exigencia de que se celebre vista pública en la segunda instancia cuando la apelación se plantea contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto versa sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas de las que dependa la condena o absolución del acusado porque el juzgador de apelación no pueda resolver sin tomar conocimiento directo e inmediato de ellas".

⁶ A. Jorge Barreiro, "El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos", en prensa, edita el CGPJ.

⁷ Op. cit. nota 3.

⁸ Acerca de los modelos procesales de apelación, ver: Pía Caldeón Cuadrado, "Apelación de sentencias en el proceso abreviado", edit. Comares, 1996, págs. 62 y ss. Conde-Pumpido-Tournón y Garberí Llobregat, "Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas", edit. Bosch, tomo II, págs. 780 y ss.

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.

4) 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 queda 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. Las consecuencias de esa devaluación de la primera instancia han quedado verificadas en el ordenamiento procesal alemán, que sigue el modelo de apelación plena, cuestionado por la doctrina y los jueces de ese país por las disfunciones y distorsiones que genera, entre las que destaca precisamente el debilitamiento de la primera instancia⁹.

5) Los efectos directos e indirectos que produciría la repetición de las pruebas personales en la segunda instancia, en la línea que sugiere la STC 167/2002, afectaría a todo el sistema procesal penal, que además carece de infraestructura para instrumentar un nuevo modelo de esa naturaleza, dado el volumen de pruebas que habría que reiterar en la segunda instancia. A este respecto, conviene subrayar que si bien el porcentaje de sentencias absolutorias de primera instancia recurribles en apelación no sería muy elevado, si lo sería en cambio el de sentencias condenatorias que se impugnarían con postulación de reiteración de prueba en la segunda instancia con el fin de alterar el resultado probatorio de la primera. Y es que no cabría que el criterio de reiteración probatoria se aplicara sólo en los casos en que las sentencias apeladas favorecieran al reo y no en aquellos en que le perjudicara con una condena¹⁰. Tal interpretación contra reo es obvio que resultaría inasumible. Pues bien, sólo hay que pensar en el número de sentencias condenatorias que en el procedimiento abreviado se dictan en la primera instancia, y no digamos ya en los juicios de faltas, para sopesar las consecuencias que una reiteración de pruebas personales en una segunda instancia generaría en todo el sistema procesal penal.

2. Las consecuencias prácticas de la nueva jurisprudencia del TC con respecto a los límites del control del razonamiento probatorio en apelación

Si partimos del dato ya apuntado de que, en la práctica, los tribunales de apelación ya se mostra-

ban notablemente remisos a fiscalizar, cuando menos en los casos resueltos mediante sentencia absolutoria, la valoración de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia, debe admitirse que las consecuencias reales de la nueva jurisprudencia del TC no va a tener el alcance alarmante que en un primer momento se barruntó. Convicción que se reafirma si rechazamos, como acabamos de hacer, la posibilidad de la repetición de las pruebas en la segunda instancia.

Así las cosas, se considera que los casos que en mayor medida pueden resultar afectados por la nueva doctrina restrictiva de la apelación serán aquellos en que concurre prueba documental, pericial o indiciaria con un resultado claramente opuesto a las pruebas personales. Nos referimos concretamente a los recursos de apelación relativos a delitos económicos, en especial las estafas y alzamientos de bienes, que se resuelven por el juez de lo penal mediante una sentencia absolutoria apoyada fundamentalmente en que no aprecia ánimo defraudatorio en la conducta del acusado o de cualquiera de los presuntos coautores del delito. En tales supuestos, en que además la convicción sobre los elementos subjetivos del tipo penal suele exponerse con exceso de opacidad y escuetismo, se suele fundamentar la absolución en las manifestaciones exculpatorias de los encausados y de algún testigo, a pesar de que la prueba documental y también probablemente alguna pericia contradicen en muchos casos la convicción extraída de las declaraciones exculpatorias analizadas con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Para corroborar lo expresado nada más oportuno que traer a colación el caso examinado por la STC 230/2002, de 9-XII. Como ya expusimos en la parte inicial de este trabajo, se trata de un supuesto en que los demandantes de amparo habían sido absueltos por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada y sustituida por un fallo condenatorio de la respectiva Audiencia Provincial.

La discrepancia entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial se centró en la acreditación o no del elemento subjetivo "específico" (sic) del delito de alzamiento de bienes, consistente en el ánimo tendencial del sujeto activo de lograr que se frustraran las legítimas expectativas del acreedor al cobro de su crédito, para cuya apreciación es preciso acudir generalmente a la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial. Según la AP, los indicios acreditativos se derivan no solo de la prueba documental, cuya valoración, dada su naturaleza, no precisa de inmediación, sino también de la prueba testifical y de las declaraciones prestadas por los acusados en el acto del juicio.

El TC estima el amparo y argumenta que el principio de inmediación impedía que la AP realizara una nueva valoración de la prueba testifical y de las declaraciones de los acusados en relación con el elemento subjetivo específico del delito. No se respetaron, pues, los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del

⁹ Sobre las críticas vertidas contra el modelo alemán de apelación plena, ver Enrique Bacigalupo Zapater, "Doble instancia y principio de inmediación", en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2002, págs. 217 y ss.

¹⁰ En igual sentido se ha pronunciado Gómez Recio, *op. cit.* nota 1.

derecho a un proceso con todas las garantías. El TC anula, por tanto, la sentencia condenatoria de la AP, pero acuerda retrotraer las actuaciones para que se dicte otra en la que se pronuncie, una vez orillada la referida prueba personal, sobre si procede dictar un fallo condenatorio o absolutorio con base en la prueba documental, con respecto a la que no se halla vinculado el tribunal por los referidos principios de inmediación y contradicción. Sigue, por tanto, el mismo criterio adoptado en la SSTC 200/2002 y 41/2003, es decir, acuerda retrotraer las actuaciones y que se dicte una nueva sentencia con base en la prueba cuya ponderación no depende de la inmediación.

En los delitos de alzamiento de bienes la prueba se suele estructurar en dos apartados: las declaraciones autoexculpatorias de los imputados y las incriminatorias de los perjudicados (pruebas personales); y la prueba documental, centrada en los contratos instrumentales que sirven para evadir u ocultar jurídicamente el patrimonio de los deudores encausados.

De ambas pruebas, la más objetiva y significativa es, sin duda, la documental, toda vez que a su través se obtienen en gran parte de los supuestos indicios concluyentes e inequívocos sobre la trama jurídica defraudatoria de los deudores. Son las distintas operaciones estipuladas sucesivamente y en periodos de tiempo claramente sugeridores de una intención defraudatoria las que permiten sentar razonables juicios de inferencia para constatar la conducta punible. Sin embargo, la doctrina del TC sobre la limitación del control probatorio en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias va a cercenar sustancialmente las posibilidades decisorias de la segunda instancia, habida cuenta que impide al tribunal *ad quem* valorar en sentido contrario al juez *a quo* la prueba personal no practicada a su presencia.

La decisión del TC de remitir la causa a la Sala para que pondere de nuevo la prueba no parece entonces muy razonable. Pues si no resulta factible que aprecie las pruebas personales que han servido ya para que el juez de instancia dictara un fallo absolutorio, parece poco coherente darle a la Sala la posibilidad de dictar un fallo condenatorio sólo con base en la prueba documental, ya que ello ha sido lo que prácticamente ha hecho con anterioridad: considerar que la entidad y consistencia de la prueba documental, y las inferencias concluyentes que de ella se extraen, son suficientes para enervar la fuerza probatoria que pudieran tener las manifestaciones autoexculpatorias de los dos imputados.

El TC, a tenor de lo que afirma en el fundamento noveno de la sentencia, parece que le otorga a la AP la posibilidad de dictar un fallo condenatorio sólo con base en la prueba documental. Pues argumenta que se debe respetar la posibilidad de que el órgano de apelación pueda valorar en términos constitucionalmente adecuados el alcance de la prueba documental, para sustentar o no en ella el pronunciamiento condenatorio.

Estimamos que tal opción no parece sin embargo posible, toda vez que si el juicio se ha centrado en

dos clases fundamentales de prueba: por una parte, las personales integradas por las manifestaciones de los acusados y la de un testigo, y por otro lado, la documental, no se considera fácil que el Tribunal dicte una sentencia condenatoria sin la facultad de entrar a analizar las pruebas personales, facultad que le ha vedado el TC por no haberlas practicado con inmediación. Se abriría así por el TC la posibilidad de dictar un fallo condenatorio sólo con base en la prueba documental y sin poder siquiera analizar el resto de las pruebas, a pesar de que fueron las que propiciaron el fallo absolutorio del juez de lo penal y que por lo tanto han favorecido al reo.

La opción adoptada en esta sentencia del TC se opone, por lo demás, a la tomada en la sentencia 198/2002, de 28-X, ya reseñada en su momento, pues, tal como expusimos, en ese último caso el TC anula la condena y estima el amparo al considerar que "resulta difícilmente escindible la imbricación que se hace entre las declaraciones de las partes y los partes de asistencia médica, no siendo posible determinar si, excluidas las primeras, las que restan y que son constitucionalmente legítimas, son capaces por sí solas de sustentar la declaración de culpabilidad y la condena del recurrente".

Razonablemente, pues, el TC estima en ese último supuesto relativo a una falta de lesiones que no resulta posible escindir la apreciación de la prueba en la segunda instancia para llegar a dictar un fallo condenatorio, por lo que se limita a anular la condena. En cambio, en el caso que estamos examinando referente al delito de alzamiento de bienes (STC 230/2002), acoge la posibilidad de fragmentar el análisis del material probatorio. De forma que, prescindiendo de las pruebas personales, abre, incomprensiblemente, la posibilidad de que se dicte un fallo condenatorio con exclusión de la prueba que favorece a los acusados.

Estimamos que resulta contrario al derecho de defensa y al derecho a la prueba que se prescinda en la segunda instancia de un material probatorio que favorece al reo, o cuando menos le ha favorecido ya en la primera instancia. Escindir el acervo probatorio en dos partes y abrir la posibilidad de que se dicte una sentencia condenatoria excluyendo los elementos de prueba que favorecen al acusado no parece en modo alguno razonable.

Por consiguiente, y a tenor de lo que ha venido argumentando el TC a partir de su sentencia 167/2002, en los casos en que concurren pruebas personales exculpatorias sólo practicadas en la primera instancia (fundamentalmente confesión y testigos, y en menor medida la pericial) junto con pruebas de otra índole (documental, algunas periciales y prueba indiciaria), no cabría revocar la sentencia absolutoria de instancia y sustituirla por una condena en apelación.

Así las cosas, es patente que la nueva doctrina del TC sí ha afectado a las sentencias de apelación en que, ya sea por la escasa consistencia de la prueba personal de descargo —no cabe olvidar que todo imputado niega habitualmente la autoría de los hechos—, ya sea, especialmente en los delitos económicos, porque la prueba documental y la pe-

ricial se muestran con una solidez y consistencia incriminatorias muy superior a los alegatos exculpatorios plasmados en las pruebas personales, los tribunales de apelación venían revocando los fallos absolutorios y dictando otros de signo contrario.

Con lo cual, y como se va a razonar a continuación, no parece exagerado afirmar que el recurso de apelación tendría menos posibilidades de operatividad que el de casación, ya que en éste, a través de la doctrina que considera que los elementos subjetivos del delito no son controlables a través de los motivos de hecho sino mediante los relativos a la infracción de ley, sí se permite condenar en la segunda instancia dejando sin efecto la estructuración racional de la prueba indiciaria que permite apreciar los elementos internos de la conducta delictiva.

IV. EL RECURSO DE CASACION Y LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTROL DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional afectan también en cierta medida al recurso de casación. Y ello porque el Tribunal Supremo tiene una doctrina ya muy consolidada según la cual los elementos subjetivos del delito, por afectar al ámbito interno de la persona y no tratarse de datos externos ni tangibles, han de examinarse como cuestiones de derecho insertables en el artículo 849.1º de la Ley Procesal Penal.

En una primera fase, el TS construyó esa doctrina legitimadora del control casacional de los hechos psicológicos acudiendo a la expresión *juicios de valor*, denominación con la que designaba el instrumento conceptual de que se valía el tribunal para revisar la acreditación de los hechos psicológicos (SSTS 14-VI-1988, 30-X-1991, 5-V-1993, 24-I-1994 y 20-I-1995, entre otras muchas). La aplicación instrumental de los llamados *juicios de valor* en el ámbito de control de la prueba sobre los hechos psicológicos ha sido muy cuestionada por la doctrina¹¹, y también por la propia jurisprudencia (STS 3-IV-1996), de forma que actualmente ha sido abandonada tal denominación. Sin embargo, el Tribunal Supremo prosigue aplicando los mismos criterios para supervisar en casación la acreditación probatoria de los elementos subjetivos del delito.

En efecto, entiende el Tribunal de Casación que los hechos psíquicos han de figurar en los fundamentos de derecho (STS 21-X-1998, nº 1263, y 5-VII-2002, nº 1253), y matiza también en algunas ocasiones que los elementos subjetivos o internos no son hechos y no han de ser impugnados por la vía del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS STS 21-X-1998, nº 1263; 25-II-2002, nº 318; y 5-VII-2002, nº 1253).

Tal concepción, que resulta distorsionadora por sus repercusiones en las parcelas epistemológica y procesal, presenta como aspecto positivo que posibilita el control mediante el recurso de casación de la concurrencia o no de la base fáctica de los elementos subjetivos de los tipos penales, principalmente en lo que atañe a los delitos contra las personas y los delitos económicos, acudiendo para ello a la ficción de que se está ante una cuestión de derecho, fiscalizable a través del motivo expresado en el artículo 849.1º de la Ley Procesal Penal.

Hablamos de ficción porque todo denota que se está ante cuestiones fácticas enmarcables en el ámbito propio de la constatación probatoria concerniente a los hechos psicológicos. Así lo acredita la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando anula sentencias condenatorias por la vía de la infracción de la presunción de inocencia al estimar incorrectamente valorada la prueba indiciaria atinente al dolo. Como ejemplo ilustrativo debe citarse la STC 68/1998, de 30-III, en la que se anuló una condena por delito de prevaricación al considerar el supremo intérprete de la Constitución que la prueba indiciaria de que se valió el tribunal sentenciador era insuficiente para declarar probado el dolo propio de ese tipo penal.

La naturaleza fáctica y no jurídica del problema se ha puesto también de relieve de forma diáfana en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado en que se entra a examinar el dolo homicida del imputado. Como no podía ser menos, en el objeto del veredicto se plasman, además de las preguntas relativas a los datos externos de los que puede inferirse el dolo, las referentes a los hechos psicológicos que lo configuran: si el acusado actuó con el conocimiento y la voluntad de matar a la víctima (si actuó con ánimo homicida).

El Tribunal Supremo, en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado por delitos contra la vida, controla a través del recurso de casación si existió o no el dolo homicida. Al respecto ha dictado en los últimos tiempos varias sentencias en las que, concurriendo puñaladas en zonas mortales del cuerpo de la víctima, corrige la convicción absolutoria del Jurado y condena por delito de homicidio, dejando sin efecto las condenas por un mero delito de lesiones (SSTS 972/2000, 6-VI; 956/2000, 24-VII; 382/2001, 13-III; 1715/2001, 19-X; y 1610/2002, 1-X¹²).

En los casos reseñados los jurados, que presenciaron de forma directa las llamadas pruebas personales, hipervaloraron las manifestaciones exculpatorias del acusado (quien suele reiterar con firmeza ante el Tribunal que en ningún caso ha tenido la intención de matar a la víctima) e infravaloraron la relevancia de los datos objetivos integrantes de los hechos-base de los que puede derivarse el hecho-consecuencia del ánimo homicida (hecho psicológico, pero hecho al fin y al cabo).

¹¹ Beneytez Menno, "Juicio de valor y jurisprudencia", *Poder Judicial*, nº 19, 1990, p. 15. Andrés Ibáñez, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *La Sentencia Penal*, 1992, págs. 127 y ss. Y Carmona Ruano, "La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y casación", en Cuadernos de Derecho Judicial, *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, 1995, págs. 151 a 153.

¹² Conviene precisar que en algunas de esas resoluciones el tribunal de apelación ya había revocado previamente la apreciación probatoria del Jurado, dejando así sin efecto la valoración de las pruebas personales favorables al reo y enfatizando en cambio los datos objetivos integrantes de los hechos-base idóneos para inferir el hecho psicológico integrante del ánimo homicida.

El Tribunal Supremo —con mejor criterio, todo hay que decirlo— examina los datos objetivos y argumenta en el sentido de que los hechos periféricos que rodean la acción del acusado permiten colegir, a través de inferencias inductivas apoyadas en máximas de la experiencia, que el imputado sí actuó con ánimo homicida.

Pues bien, esta clase de control casacional, materializado a través de trasladar a la vía de la infracción de ley lo que para el TC es una cuestión probatoria fiscalizable mediante la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (ver SSTC 68/1998), entendemos que resulta inviable con la nueva doctrina del TC sobre la apreciación de las pruebas personales en la primera instancia y el efecto oclusivo que entraña para la convicción probatoria de las sentencias dictadas en las instancias funcionalmente superiores.

Si el tribunal de instancia (en este caso el Jurado) valora a favor del reo una prueba personal relevante, no parece ya factible, a tenor de la nueva doctrina del TC, prescindir de esa prueba favorable al reo, dictar un fallo condenatorio en las tribunaless de apelación y casación.

En la misma dirección y con iguales argumentos podemos ejemplificar con algunas sentencias del Tribunal Supremo que han casado las resoluciones absolutorias dictadas por las Audiencias Provinciales en relación con los delitos de alzamiento de bienes, al entender el Tribunal de Casación, en contra de lo argumentado por el tribunal de instancia, que sí concurría el elemento subjetivo del injusto propio del delito de alzamiento de bienes (SSTS 22-VI-1999, nº 1013, y 23-VII-2001, nº 1536).

En esos supuestos también se entreveran las pruebas personales con las materiales o reales, toda vez que los acusados, como ya señalamos en su momento, suelen aportar en sus manifestaciones datos y argumentos denotativos de que ellos en ningún caso han tenido intención de defraudar a los acreedores. El tribunal de instancia otorga mayor eficacia a las pruebas personales, pero el de casación considera a través de inferencias inductivas razonables que la prueba documental sí constata el dolo defraudatorio.

Como ya se ha argumentado al analizar la STC 230/2002, a partir de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional no parece ya plausible que el Tribunal Supremo entre a fiscalizar esas resoluciones absolutorias y aprecie, en contra del criterio del tribunal de instancia, la concurrencia de ánimo defraudatorio en un número importante de delitos económicos, acudiendo para ello al artificio de que la acreditación de los hechos psicológicos no es una cuestión fáctica sino un problema jurídico a examinar por el cauce del artículo 849.1º de la Ley Procesal Penal. Y es que, de seguir sosteniendo tal doctrina, resulta evidente que el espacio competencial de control del recurso de casación sería notablemente superior al de apelación.

No obstante, lo cierto es que en la práctica el Tribunal Supremo ha proseguido manteniendo el mismo ámbito competencial de control de los elementos subjetivos del delito a través del recurso de

casación. Y como muestra evidenciadora de ello podemos citar la sentencia 590/2003, de 23-IV. En esta resolución, después de legitimar el hecho de que se le formulen preguntas al Jurado en relación con el *animus necandi*, se reitera la doctrina del TS de que los pronunciamientos sobre los elementos subjetivos del delito son "juicios de inferencia" revisables en casación por la vía del número 1 del artículo 849 de la LECrim. Y matiza en el sentido de que "el relato de hechos probados de una sentencia de instancia (sea del Jurado o de un Tribunal Profesional) es vinculante cuando expresa hechos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que pueden ser revisados en vías de recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y de racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados". El TS hace hincapié, a modo de justificación para mantener su tesis, que los hechos subjetivos o de conciencia no son por su propia naturaleza perceptibles u observables de manera inmediata o directa.

No obstante, quizás uno de los puntos a destacar de la sentencia reseñada —muy cuidada, por cierto, en su contenido y fundamentación— es "la naturaleza *mixta fáctica jurídica* que se les atribuye a los elementos subjetivos del delito, por hallarse vinculada su apreciación a valoraciones o conceptos netamente jurídicos". Y para apoyar tal afirmación, claramente orientada a justificar la inclusión de los hechos psicológicos por la vía del artículo 849.1º de la Ley Procesal Penal, se apostilla como fundamento que "la consideración o no como dolo del resultado de muerte incluye una valoración fáctica sobre la intencionalidad del sujeto, pero también una valoración jurídica o conceptual sobre la naturaleza y requisitos del dolo y específicamente del dolo eventual".

Pues bien, parece conveniente advertir que los tribunales de instancia se han de pronunciar sobre los hechos psicológicos que integran la base fáctica del tipo subjetivo de la infracción penal, es decir, sobre el conocimiento y la voluntad o intención del imputado. Aspecto que presenta carácter factual y que no ha de confundirse con los conceptos jurídicos que la dogmática utiliza para sistematizar e interpretar la parte subjetiva del tipo penal (dolo directo, de primer y de segundo grado, y dolo eventual).

En este sentido, es importante resaltar que la dogmática penal también conceptualiza y sistematiza los elementos objetivos de los tipos penales. Y así, cuando se refiere al tipo objetivo nos habla de tipos simples, compuestos y mixtos, del desvalor de la acción y del desvalor del resultado, de relación causal y de imputación objetiva, del resultado naturalístico y de resultado jurídico, de resultado de lesión y resultado de peligro, de elementos descriptivos y elementos normativos, de autoría objetivo-formal, autoría-objetivo material y dominio del hecho, etcétera. Lo cual no impide distinguir entre el sustrato fáctico del tipo objetivo y los conceptos y teorías jurídicas que se construyen sobre aquél.

Por poner un ejemplo, cuando se enjuician delitos de peligro, como puede ser el de medio ambiente,

se proponen y practican pruebas para constatar la existencia de una situación de riesgo para el bien jurídico. Esa situación fáctica de riesgo, verificada probatoriamente, es después valorada con arreglo a criterios jurídicos, determinándose si se trata de un peligro concreto o de un peligro abstracto, y también si ese peligro fáctico se halla o no comprendido dentro del riesgo permitido por la norma penal. Por lo tanto, también los elementos objetivos del tipo penal tienen un sustrato fáctico y una configuración posterior jurídica, pese a lo cual el Tribunal Supremo no ha considerado pertinente aplicar a la acreditación probatoria de los elementos objetivos del tipo penal los llamados juicios de valor a la hora de fiscalizar la prueba indiciaria relativa a los mismos.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar al objeto del presente trabajo son dos aspectos fundamentales del problema. Uno, el relativo a puntualizar que si lo que lleva a admitir el control en casación de los elementos subjetivos del tipo penal es la complejidad del razonamiento inductivo que permite acceder a los hechos psicológicos (razonamiento que se fundamenta en máximas de experiencia), no parece muy justificado que cuando el hecho a indagar no sea interno o psíquico sino objetivo o externo, pero también verificable sólo a través de una compleja prueba indiciaria, no quepa la revisión de la argumentación inferencial a través del recurso de casación. Piénsese por ejemplo en el caso *Wanninkhof*, en el que el dolo homicida resulta, en apariencia al menos, fácilmente inferible de la propia acción agresora, mientras que, por el contrario, parece muy complejo acceder mediante la prueba indiciaria a la acreditación de la autoría delictiva de la persona acusada (elemento objetivo o externo).

Tanto cuando se averiguan los elementos subjetivos (el dolo homicida) como cuando se investigan datos objetivos a través de la prueba indiciaria (quién fue el autor del delito) se utiliza el mismo esquema de razonamiento probatorio: máximas de experiencia como generalizaciones de saber empírico con una validez explicativa suficientemente acreditada. La calidad de tales máximas, su aceptación como criterios empíricos en una comunidad social determinada y su fuerza inductiva para enlazar razonablemente el hecho-base con el hecho consecuencia es lo que fundamenta en cada caso el acierto o error del razonamiento probatorio. Y ese razonamiento es igual de controlable y fiscalizable cuando se trata de averiguar hechos psíquicos que cuando se indagan hechos objetivos. Y, a nuestro entender, el mismo nivel de juridicidad y de normativización tienen los primeros que los segundos.

Un segundo aspecto que se pretende subrayar es la preocupación que genera la nueva doctrina del Tribunal Constitucional debido a la excesiva relevancia atribuida a las pruebas personales y al principio de inmediación. Pues si ponderamos que en la mayor parte de los procesos se encuentran entremezcladas con otras pruebas ajenas a la inmediación, no parece fácil admitir que en los casos en

que la prueba indiciaria constituya la base de las conclusiones probatorias, no quepa revisar mediante el recurso de apelación la estructuración racional de los argumentos mediante los que se admiten como ciertos tanto los elementos subjetivos o internos del delito como los objetivos o externos.

Actualmente el Tribunal de Casación admite, cuando menos en teoría, tres vías para supervisar las ilogicidades o quiebras en los razonamientos de la argumentación probatoria (STS 2047/2002, 10-XII). Son en concreto: el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una respuesta razonable (art. 24.1 CE).

Pues bien, con respecto a la alegación del derecho a la presunción de inocencia, es claro que no puede operar cuando la sentencia impugnada es absolutoria, dado que en nuestro sistema constitucional no se admite la que se conoce como presunción de inocencia invertida. Ello quiere decir que aquel derecho fundamental corresponde exclusivamente al acusado, y no a las acusaciones, que carecen de una titularidad del *ius puniendi* para postular por la vía del referido derecho fundamental la condena del acusado (STC 41/1997 y SSTS 18-III-2003 y 2-IX-2003).

Nos restan pues las otras dos vías idóneas para impugnar la estructura racional del discurso valorativo. Sobre ellas se ha pronunciado recientemente la Sala Segunda después de la reunión del Pleno no jurisdiccional de 11-VII-2003, en el que se acordó que "cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados".

En aplicación del acuerdo de ese Pleno no jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha dictado varias resoluciones (SSTS 434/2003, 2-IX; 530/2003, 5-IX; 614/2003, 5-IX; y 401/2003, 24-X) en las que ha tenido que responder a varios recursos en cadena interpuestos por el Ministerio Fiscal contra sentencias absolutorias de la Audiencia Provincial de Vizcaya con motivo de hechos relativos al pequeño tráfico de sustancias estupefacientes. El tribunal de instancia absolvió al no quedar convencido de la prueba testifical de cargo, centrada en testimonios policiales, y el Ministerio Fiscal consideró que el análisis de la prueba testifical era irracional, por lo que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtener una resolución motivada y razonable, y también conculcaba la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrada por el artículo 9.3 CE.

Ante esas alegaciones del Ministerio Público, el Tribunal Supremo responde en las referidas sentencias que para que una fundamentación sea arbitraria ha de resultar ilógica, irracional o absurda, y que el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se considerará vulnerado cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cual-

quier observador resulte patente que la resolución carece de toda motivación o razonamiento (STC 82/2001), circunstancias que según el Tribunal Supremo no se dieron en los casos enjuiciados.

Así pues, el Tribunal Supremo, y aunque el artículo 717 recuerda expresamente la obligación de interpretar las declaraciones testificales con arreglo a las reglas del criterio racional, y así lo remarca el propio Tribunal en sus resoluciones (STS 2047/2002, 10-XII), en los casos reseñados da prioridad a la naturaleza personal de la prueba y a las consecuencias que ello tiene con arreglo a las exigencias de la inmediación. Y esto a pesar de que la lectura de las resoluciones revela que algunos de los argumentos probatorios no se compaginaban fácilmente con las máximas de la experiencia aplicables por los tribunales en casos similares al analizar la prueba testifical.

De lo que antecede puede, pues, inferirse que cuando las sentencias absolutorias se dictan en procesos cuya prueba principal es de carácter personal, el Tribunal Supremo se muestra remiso a entrar en la estructura del razonamiento probatorio aplicado en el análisis de esa clase de pruebas, observándose así los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de apelación (STC 167/2002 y posteriores sobre la materia).

En cambio sí se muestra mucho más proclive el Tribunal de Casación para seguir operando con su doctrina de los juicios de inferencia a la hora de controlar la acreditación de los elementos subjetivos de los tipos penales. Con lo cual obvia los criterios restrictivos del Tribunal Constitucional sobre el control de la apelación cuando concurren pruebas personales junto con pruebas documentales o de otra índole en las que la inmediación deja de ser relevante.

Por último, es importante poner de relieve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y razonable, viene operando en la práctica con cierta asiduidad en los recursos interpuestos en los procedimientos por Jurado como instrumento idóneo para la revocación de las sentencias absolutorias erróneas. Se trata de supuestos en que, al considerarse errónea la decisión absolutoria del Jurado, se acude por los Tribunales Superiores de Apelación y también por el Tribunal Supremo a examinar el contenido de la motivación del veredicto y a declarar la nulidad de la sentencia por insuficiencias o deficiencias del razonamiento probatorio en que se sustenta la decisión del Jurado (SSTS 299/1998, 30-V; 1814/2000, 22-XI; 384/2001, 12-III; 424/2001, 19-IV; 1569/2001, 15-IX; 318/2002, 26-II; y 1618/2002, 3-X)¹³.

¹³ Algo parecido ha sucedido en la STS 279/2003, 19-II, caso *Wanninkhof* (aunque aquí la sentencia de instancia era condenatoria), pues se consideró que había falla de motivación en un supuesto en que la motivación alcanzaba el mismo nivel que en otros casos en que se estimó suficiente (véase el voto particular). Lo que realmente se mostraba insuficiente era la prueba incriminatoria para condenar, pero como seguramente se consideró que se desautorizaba en cierto modo el ámbito de la competencia jurisdiccional del Jurado al aplicar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no se dio el paso de dictar directamente un fallo absoluto.

Más que de vicios formales del veredicto y de la sentencia impugnada, debe hablarse en realidad en tales casos de errores materiales sobre la cuestión fáctica de fondo, que se corrigen anulando la sentencia para que se celebre un nuevo juicio con la expectativa de que en esta segunda ocasión sí se llegue a alcanzar un veredicto más ajustado al material probatorio. Al tratarse de sentencias absolutorias los tribunales de la segunda instancia encuentran dificultad para dictar un fallo condenatorio y se limitan a anular el juicio anterior. Esta opción posiblemente se extienda en un futuro ante los impedimentos establecidos por la doctrina del TC para condenar en apelación cuando la sentencia impugnada es absolutoria y concurre prueba personal favorable al reo en el juicio de instancia.

V. UNA SALIDA AIROSA PARA EL RECURSO DE APELACION: LAS NUEVAS TECNICAS DE GRABACION DE LAS VISTAS ORALES DE LOS JUICIOS PENALES

La reciente implantación en los juicios civiles de las nuevas técnicas de grabación audiovisual y su extensión ya a algunos procesos del ámbito penal, abre una perspectiva nueva propiciadora de la fiscalización y supervisión en la apelación de las pruebas personales practicadas en la primera instancia.

En este sentido, y con respecto a algunos procedimientos que ya se remiten filmados a las Audiencias Provinciales, se puede apreciar que, al grabarse todas las manifestaciones verbales del juicio oral y ser factible filmar con unos medios técnicos adecuados una buena imagen de las escenas del proceso, resulta factible supervisar el resultado de las pruebas personales practicadas en la instancia.

Es cierto que con tales medios técnicos no se consigue percibir al cien por cien lo presenciado por el juzgador de instancia, y que no se pueden registrar todas las perspectivas visuales que han podido captar los sujetos que estaban presentes en la Sala, pero sí que se recogen los aspectos sustanciales de los gestos, actitud y desenvoltura de las personas que intervienen como fuentes de prueba. Y, lo que es todavía más importante, la integridad de las palabras pronunciadas e incluso la entonación con que se dicen.

Por consiguiente, el tribunal de segunda instancia puede percibir mediante una grabación audiovisual del proceso técnicamente idónea los gestos más generales del denominado lenguaje corporal del testigo, el tono de voz que emplea, la firmeza y prontitud de sus respuestas, los tiempos de silencio, las vacilaciones y renuencias al contestar a las preguntas, las rectificaciones o linealidad en su exposición, su capacidad narrativa y explicativa, etcétera. Y desde luego el contenido íntegro de su narración.

A ello ha de sumarse la desmitificación de la inmediación como supuesto método de conocimiento

cuando la escasa entidad de la prueba indiciaria la apuntaba como posiblemente la opción más correcta.

y valoración de la prueba. Sobre este particular, el magistrado Andrés Ibáñez ha incidido recientemente sobre 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, destacando que la información que las personas pueden transmitir mediante el lenguaje gestual o corporal, que normalmente acompaña a sus palabras, está cargado de ambigüedades y es de muy difícil interpretación sin riesgo de error. Más aún en un solo contacto y por quien carece de recursos técnicos para ese fin¹⁴.

Y también Igartua Salaverria nos ha advertido sobre el riesgo de que la intermediación opere como cheque en blanco para motivar menos y para aportar menor información que la contenida en las actas del juicio, consiguiendo además evitar el control de las partes y de los órganos jurisdiccionales¹⁵. Y en la misma dirección, ha señalado que si bien es el juez de instancia el que percibe las incidencias del juicio y por tanto las circunstancias que concurren

en la práctica de las pruebas, el examen de la corrección de las inferencias que se extraen de tales datos a través de máximas de experiencia sí debe ser competencia de los tribunales de segunda instancia, que efectúan realmente un juicio sobre el juicio emitido en la sentencia¹⁶.

Por consiguiente, los riesgos y la incertidumbre que genera una motivación fundamentada en impresiones, intuiciones y sensaciones extraídas de la percepción del lenguaje gestual, y no plasmadas además ni racionalizadas en la sentencia, así como las posibilidades que los medios técnicos brindan para traer a la segunda instancia los datos más significativos y relevantes de las pruebas personales, tanto en lo concerniente al lenguaje corporal como al verbal, permiten pronosticar la superación de la intermediación como obstáculo al control del razonamiento probatorio en la segunda instancia. Con lo que pueden augurarse unas mayores garantías de certeza en la resolución de las cuestiones fácticas en sentencia y un incremento de la racionalización del proceso penal¹⁷.

¹⁴ Perfecto Andrés Ibáñez, "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, n.º 46, marzo 2003, págs. 57 y ss. En este trabajo se subraya que "una cosa es la objetiva productividad de la confrontación y del diálogo directo y descarnado, con una traducción discursiva en expresiones y argumentos articulados con propósito de justificación, de explicación, de rectificación, de evasión o de excusa, susceptible de registrarse fielmente por escrito y, con ello, también de un examen diferido, que permita reconsiderar eventuales conclusiones apresuradas fruto de la percepción original inmediata. Y otra cosa la lectura del lenguaje gestual, de la actitud del que declara, en el momento en que lo hace, conformada por rangos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles".

Y también destaca que, en contra de lo que circula como tópico profundamente instalado en el sentido común de los profesionales de la jurisdicción, "el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso únicamente a la clave verbal de la comunicación, es decir, cuando se prescinde de la clave visual" (De Cataldo Neuberger). Lo que obliga a poner seriamente en cuestión el punto de vista tópico sobre la intermediación.

¹⁵ Igartua Salaverria, "El nombre de la intermediación en vano", *La Ley*, n.º 5768, 25-IV-2003, p. 3.

¹⁶ Igartua Salaverria, "Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal", Edit. Tirant lo Blanch, 1995, págs. 162 y 163.

¹⁷ No obstante, el empleo de las nuevas técnicas de grabación va a suponer notables inversiones no solo en medios materiales sino también personales. Pues es evidente que el visionar en apelación los juicios íntegros celebrados en la primera instancia entraña un notable incremento de tiempo en la labor de estudio de los recursos lo que exigirá la dotación de un mayor número de magistrados para los tribunales de apelación.