

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación

Rafael Alcácer Guirao

Universidad Rey Juan Carlos

Abstract

La tendencia expansiva de la casación penal impide sostener en la actualidad que el TS limita su ámbito de conocimiento al Derecho, y no a los hechos. Ello se manifiesta no sólo en la revisión de sentencias condenatorias –fundada en los derechos al doble grado de jurisdicción y a la presunción de inocencia–, sino también en la revisión de sentencias absolutorias, en particular acerca de la valoración de los elementos subjetivos del delito, juicio cuyo carácter fáctico ha venido siendo negado por la jurisprudencia de la Sala Segunda. La revisión fáctica de sentencias absolutorias en casación resulta incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional (y del TEDH) sobre las garantías de la segunda instancia, que exige la celebración de vista oral y la audiencia del acusado.

The wide-spreading tendency of the criminal appeal in the Supreme Court brakes with the classical notion that the Supreme Court deals only with norm interpretation, and not with facts. That tendency shows not only in the review of convictions – based in the right of being presumed innocent –, but also in the review of acquittal, especially in relation to the proof of mens rea, whose factual nature has been denied by the Supreme Court. The review of evidence through the appeal of acquittal decisions is incompatible with the Constitutional Court (and ECHR) doctrine that demands an oral hearing before the Court of appeals.

Die expansive Tendenz der strafrechtlichen Kassation verhindert es, in der Gegenwart die Meinung weiterzuvertreten, der oberste Gerichtshof begrenze seinen Entscheidungsbereich auf das Recht, so dass er die Tatsachen außer Betracht lasse. Dies lässt sich nicht nur an der (auf dem Recht auf den doppelten Grad an Gerichtsbarkeit und dem Recht auf die Unschuldsvermutung basierten) Revision von verurteilenden Entscheidungen sondern auch insbesondere an der Revision von freisprechenden Entscheidungen merken, wenn Letztere eine Bewertung der subjektiven Merkmale der Straftat durchführen, deren Charakterisierung als faktisches Urteil von der Rechtsprechung des 2. Senats ständig abgelehnt worden ist. Die faktische Revision von freisprechenden Entscheidungen im Rahmen der Kassation ist mit der Lehre des Verfassungsgerichts (sowie des EGMR) zu den Garantien der zweiten Instanz nicht vereinbar, nach der die mündliche Verhandlung sowie das rechtliche Gehör des Beschuldigten beachtet werden müssen.

Title: Constitutional requirements for reviewing acquittals, revocation of acquittals and criminal appeal in the Supreme Court.

Titel: Garantien der zweiten Instanz, Aufhebung freisprechender Entscheidungen und Kassationsklage.

Keywords: criminal appeal in the Supreme Court, proof of mens rea, oral hearing, constitutional requirements for reviewing acquittals.

Palabras clave: recurso de casación penal, prueba de los elementos subjetivos, intermediación, garantías constitucionales de la segunda instancia.

Stichwörter: Strafrechtliche Kassationsklage, Beweis der subjektiven Merkmale, Unmittelbarkeit, verfassungsrechtliche Garantien der zweiten Instanz.

Sumario

1. *Preliminar: crónica de una condena anunciada*
2. *Las garantías constitucionales de la segunda instancia y el recurso de casación: ¿una relación pacífica?*
3. *La revisión de la prueba en casación y el derecho al doble grado de jurisdicción*
 - 3.1. *El hecho y el Derecho desde los límites de la casación.*
 - 3.2 *La revisión de los hechos en casación y el derecho al doble grado de jurisdicción.*
4. *La revisión de la prueba en casación y la revocación de sentencias absolutorias*
 - 4.1. *La revisión fáctica de sentencias absolutorias en casación. Especial consideración de la verificación de los elementos subjetivos del delito.*
 - 4.2. *Crítica a la concepción del TS sobre la prueba de los elementos subjetivos.*
 - a. *¿Juicio de valor?*
 - b. *¿Infracción de ley?*
 - c. *¿Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva?*
 - d. *¿Y qué dice el TC?*
5. *Las garantías constitucionales de la segunda instancia y sus efectos sobre la casación*
 - 5.1. *De nuevo sobre la revisión de las inferencias probatorias: intermediación, prueba de indicios y valoración conjunta de la prueba.*
 - 5.2. *El reforzamiento de las garantías de la segunda instancia: el derecho de audiencia.*
 - a. *La jurisprudencia del TEDH.*
 - b. *Las condenas a España.*
 - c. *El derecho de audiencia en el TC.*
6. *STEDH de 22 de noviembre de 2011, Lacadena c. España.*
 - 6.1. *Antecedentes: las sentencias del TS y del TC.*
 - 6.2. *El pronunciamiento del TEDH.*
 - 6.3. *Tres conclusiones y un pronóstico adicional.*
7. *Reflexiones finales. Revisión de la condena y revisión de la inocencia*
8. *Tabla de jurisprudencia citada*
9. *Bibliografía*

1. *Preliminar: crónica de una condena anunciada*

Una primera versión del presente trabajo fue entregada a la revista *InDret* a mediados del mes de octubre de 2011. Las tesis sostenidas en dicha versión eran, en esencia, dos. La primera, que al menos hasta la sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 184/2009, de 7 de septiembre, la doctrina sobre las garantías de la segunda instancia penal desarrollada por el TC ni compartía el fundamento ni, en consecuencia, era coextensiva con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pese a que, a partir de la STC 167/2002, dicha doctrina se hubiera construido precisamente a partir de la jurisprudencia de Estrasburgo. Tales diferencias permitían explicar las sucesivas condenas a España en esta materia impuestas por el Tribunal europeo en los últimos años.

La segunda tesis era que la citada doctrina sobre las garantías del proceso en segunda instancia era extensible a la casación penal, pese a que el TC la hubiera restringido expresamente a la apelación, por cuanto, en la práctica, el Tribunal Supremo (TS, en adelante) extiende su ámbito de cognición a la revisión de los hechos, y no sólo del Derecho, en particular respecto de la revisión sobre los elementos subjetivos del injusto. Por una línea mayoritaria de la Sala Segunda, la prueba de los elementos subjetivos del delito se ha venido considerando antes una “valoración jurídica” que un razonamiento probatorio (sobre los hechos, por tanto), caracterización que permitía concluir que la acreditación del dolo en casación (y la consiguiente revocación de una sentencia absolutoria) era perfectamente viable a través del cauce casacional de infracción de ley, porque con ese enjuiciamiento se revisaba el “Derecho”, y no los hechos. Rechazando tal particular concepción y concluyendo, por ello, que si en la casación sí se revisan, en realidad, los hechos, podría serle aplicada la doctrina sobre las garantías en la segunda instancia, se concluía el trabajo aventurando que más pronto que tarde el TEDH condenaría a España en un supuesto de tales características, en el que el TS hubiera revocado una sentencia absolutoria.

Tal pronóstico se ha cumplido antes de que esa primera versión hubiera podido aparecer publicada. Muestra de la vigencia general del tema es que a los pocos días de haber entregado el trabajo a la revista recayó la STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, en la que una vez más - y van cuatro- se condenaba a España por la revocación de un pronunciamiento absolutorio en apelación. Y, poco menos de un mes después, el Tribunal de Estrasburgo ha vuelto a condenarnos en el asunto *Lacadena Calero c. España*, de 22 de noviembre, en un supuesto en el que el TS, a partir de una diferente inferencia sobre elementos subjetivos, revoca la absolución acordada por el órgano *a quo* y condena por delito de estafa.

De pretender constituir una suerte de advertencia por lo que podría venir, el presente trabajo ha pasado a ser la crónica de una condena anunciada. No obstante, en lugar de reformar enteramente el trabajo he optado por la alternativa, no sé si acertada, de mantener inalterado su texto original e introducir, junto a este prefacio explicativo y la puntual mención al asunto *Almenara Álvarez*, un apartado específico dedicado al análisis de la citada sentencia (epígrafe VI). Por lo demás, las tesis inicialmente planteadas no sólo no se modifican, sino que han quedado confirmadas por la decisión del TEDH. Sirva esta “*explicatio non petita*” para dar cuenta de por qué lo que comenzó siendo anuncio ahora es crónica.

2. Las garantías constitucionales de la segunda instancia y el recurso de casación: ¿una relación pacífica?

La doctrina del TC introducida por la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, estableció la exigencia de que la segunda instancia penal estuviera revestida de semejantes garantías que las que rodean el juicio oral. Más concretamente, recogiendo jurisprudencia del TEDH, la citada Sentencia y aquellas que la sucedieron establecieron que cuando el órgano de

apelación hubiera de revisar un pronunciamiento absolutorio sobre la alegación de un error en la apreciación de la prueba, debía aquel oír al acusado y, en su caso, a aquellos testimonios cuya valoración en primera instancia hubiera sido cuestionada.

El TC circunscribía su doctrina a las garantías referidas a la correcta valoración de la prueba, en particular a la inmediación y, secundariamente, la contradicción. Así, la celebración de vista oral en segunda instancia vendrá exigida cuando para dar respuesta al recurso de la acusación el órgano *ad quem* debe revisar la valoración de pruebas personales, pues para ello es necesario volver a oír tales testimonios. En cambio, no será necesaria la celebración de vista en apelación cuando el enjuiciamiento queda restringido a la revisión de la valoración de la prueba documental, ni tampoco cuando la revocación de la absolución se sostiene sobre una diferente inferencia probatoria a partir de hechos-base definitivamente probados, pues en tales casos el enjuiciamiento se basa en reglas de experiencia no necesitadas de inmediación. Por último, tampoco será preciso oír al acusado o testigos cuando la controversia entre ambas instancias gire exclusivamente en torno a la calificación jurídica de los hechos. En suma, el núcleo de la doctrina del TC se cifra en la valoración sobre la *credibilidad* de los testimonios: sólo en esos casos es imprescindible la inmediación.

Los parámetros básicos de tal doctrina aparecen recogidos, por ejemplo, en el siguiente párrafo de la, citando otras anteriores: “(D)esde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, hemos reconocido límites constitucionales a la posibilidad de revisión fáctica de las sentencias absolutorias. Tales límites derivan de la exigencia de respetar los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas (...) En estos casos el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FFJJ 5 y 6; 111/2005, de 9 de mayo, FFJJ 1 y 2; 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, entre otras). Se configuran así los referidos principios como garantías del acto de valoración de la prueba o del proceso de conformación de los hechos (STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 3)”.

Así configurada, tales exigencias no habrían de alcanzar al recurso de casación, en la medida en que, teóricamente, su marco de cognición no se proyecta sobre la revisión de la valoración de los hechos - salvo por errores en documentos (art. 849.2º LECrim) cuya apreciación, en todo caso, no precisa de inmediación¹- y, menos aún, sobre una nueva valoración de la prueba personal. Ello ha sido puesto de manifiesto por el TC, manifestando que “el sometimiento de la resolución de instancia al cauce revisor de la

¹ BACIGALUPO, “Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada “doble instancia”)”, *AP*, (12), 2002, pp. 277 ss. (p. 3 de la versión *on line*), poniendo no obstante de manifiesto que en muchas ocasiones sí será necesaria la inmediación para ponderar la contradicción con otros elementos probatorios, cuando estos sean testificales, atribuyendo a ese hecho la escasa aplicabilidad del art. 849.2º LECrim.

casación no implica la necesidad de un nuevo debate contradictorio como si de un *novum iudicium* se tratara, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia”². Por ello, las conclusiones alcanzadas en la STC 167/2002 “no son directamente extrapolables a la casación penal, dadas las diferencias que cabe establecer entre la revisión que se produce en dicha sede, de carácter limitado y tasado, y la que tiene lugar en apelación a través de un *novum iudicium*”³. Expresado en otros términos, “en el marco del recurso de casación el principio de inmediación opera radicalmente determinando el objeto del mismo: todo lo que requiere valoración directa del juez está excluido de la casación”⁴.

Pese a tales afirmaciones, lo cierto es que la casación penal no está exenta de incurrir en conflicto con la doctrina constitucional sobre las garantías de la segunda instancia penal, tal como quiero mostrar en el presente trabajo. Ello se debe a dos circunstancias, que analizaré seguidamente. La primera es que la casación penal sí conoce de los hechos; la segunda es que el último desarrollo de la doctrina constitucional – auspiciada por varias condenas recientes a España por parte del TEDH- ha ampliado el marco de supuestos en los que es precisa la celebración de vista a todos los casos en que el órgano de segunda instancia conoce de los hechos y no sólo del Derecho.

3. La revisión de la prueba en casación y el derecho al doble grado de jurisdicción

3.1. El hecho y el Derecho desde los límites de la casación

“La casación es un recurso limitado por su propia naturaleza. La llamada cuestión de hecho está, por definición, excluida de su objeto”⁵. Tal afirmación, formulada en 1988, no puede ser sostenida hoy en día, siquiera sea porque la casación penal debe satisfacer el derecho al doble grado de jurisdicción, lo que conlleva la necesidad de revisar la valoración probatoria en que el órgano de instancia ha fundado la condena; es decir, la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia [vía art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)]. Ciertamente, la conclusión de que la casación sí conoce, en tal sentido, de los hechos presupone un determinado entendimiento de qué sea una “cuestión de hecho” y, por oposición, qué sea una “cuestión de Derecho”. Atiéndase, por ejemplo, a la siguiente aproximación a tales términos:

En la casación actual “sólo se excluyen del objeto de recurso las *cuestiones de hecho*, entendiéndose por tales sólo aquéllas que requerirían una repetición de la prueba para juzgar sobre la base de la

²STC 124/2008, de 20 de octubre

³STC 29/2008, de 20 de febrero; reiterado en la STC 91/2009, de 20 de abril.

⁴BACIGALUPO, *AP*, (12), 2002, p. 3.

⁵BACIGALUPO, “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación”, *ADPCP*, 1988, pp. 365 ss., p. 382.

inmediación: en la práctica sólo la cuestión de la credibilidad de los testigos y ciertas apreciaciones sobre los factores de la individualización de las penas”⁶.

Si se admite como correcta tal delimitación entre los hechos y el Derecho, entonces es perfectamente plausible seguir sosteniendo lo que el mismo autor afirmaba en 1988: que el TS no revisa los hechos. No es objetivo central de estas páginas combatir tal concepción – aunque algo objetaré después-, ni dedicarlas a ofrecer una propuesta personal alternativa a tan intrincada delimitación conceptual. Sí pretendo, en cambio, poner de manifiesto que, de una parte, la delimitación entre hechos y Derecho – por más que pueda considerarse tanto superada como imposible de trazar⁷- se revela como un elemento fundamental en la aplicación de la reciente doctrina constitucional sobre las garantías de la segunda instancia penal; de otra, que la concepción de tal dicotomía asumida por la Sala Segunda para establecer sus propios límites de revisión no coincide con la manejada por dicha doctrina ni, por extensión, con la que se halla en la base de la jurisprudencia del TEDH que ha inspirado la anterior.

La tesis que ahora estamos exponiendo parte de la *inmediación* como factor de delimitación: por revisión de los hechos se entiende únicamente aquella evaluación basada en la percepción directa y personal de los medios de prueba por parte del órgano judicial. *Sensu contrario*, todo aquel ámbito del proceso de valoración del acervo probatorio que no precise de la *inmediación* no es entendido como “cuestión de hecho”, sino “de Derecho”, y puede por ello ser objeto de revisión por el órgano de casación pese a no tomar contacto directo con los medios de prueba. Volvamos al planteamiento de Bacigalupo para ilustrar esta cuestión.

Para trazar tal delimitación parte el citado autor del proceso lógico inherente a la formación de la convicción judicial sobre los hechos, que estaría ordenado en dos fases o niveles. El *primer nivel* consiste en la “formación, sobre la base de lo *percibido* (lo visto y oído) en el juicio oral, de las premisas de las que se debe deducir la valoración de la prueba”, para lo que es determinante la evaluación de la veracidad de las declaraciones testificales, de la existencia de indicios y de las opiniones de los peritos en relación con la prueba pericial. Este nivel de valoración de la prueba “está fuertemente condicionado por la *inmediación*”, y el órgano judicial debe atender a dos parámetros: “la *percepción* que tiene lugar en el juicio oral y la *motivación de la interpretación de la percepción* que tuvo lugar en dicho juicio”. El *segundo nivel* está formado por lo que “se puede designar como la *infraestructura racional de la formación de la convicción*”, y consiste en la observancia de las leyes de la lógica, de los principios de experiencia y de los conocimientos científicos en relación con las deducciones que el tribunal formula a partir de la prueba de cargo⁸. Y a la luz de las diferencias entre ambos niveles de enjuiciamiento, concluye Bacigalupo que “en la casación no es posible un control de los aspectos del juicio de valoración que dependen en forma directa de la

⁶ BACIGALUPO, AP, (12), 2002, p. 9.

⁷ PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal*, 2001, pp. 73-74, p. 80.

⁸ BACIGALUPO, ADPCP, 1988, p. 374.

inmediación. Pero nada impide el control en la casación de los otros aspectos, es decir, de los que conforman la infraestructura racional de dicho juicio”⁹.

La enunciación de ambos niveles y sus diferencias aparece también expuesta en la STS de 15 de abril de 1989, de la que fue ponente BACIGALUPO. Se afirma, en concreto, que el segundo nivel es el “el referente a las deducciones e inducciones que el Tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral”, y que “esas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento (...) en la medida en que el Tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones que, por lo general inductivamente, el Tribunal de instancia ha extraído de las circunstancias que ha tenido por probadas”. Y también puede encontrarse, por ejemplo, en la STS 1412/1999, de 6 de octubre, distinguiendo entre la “percepción sensorial de la prueba”, regida por la inmediación y privativa del órgano de primera instancia, y la valoración de la “estructura racional” de la prueba, “proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido incorporando a esa percepción los criterios de ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción”, y que puede ser objeto de valoración por el órgano *ad quem*.

Como puede apreciarse, la delimitación se basa en lo que el órgano de casación *puede* conocer, antes que en lo que, desde la óptica de la naturaleza del recurso extraordinario, *deba* entrar a conocer¹⁰. Y, desde esa perspectiva, es mucho lo que el órgano de casación puede conocer. En efecto, si la inmediación constituye el único límite a la cognición del TS, las posibilidades de revisión fáctica se muestran considerablemente amplias. Más allá de los límites legales establecidos *ex art.* 849.2º LECrim a la valoración de la prueba documental, desde esta concepción el TS puede entrar a valorar todo el ámbito de la *prueba indiciaria*, que no consiste sino en un juicio de inferencia inductiva desde determinados hechos-base a partir de la aplicación de reglas científicas, lógicas y de experiencia. En un modelo cognoscitivo de valoración probatoria – por oposición a uno intuitivo, librado a la íntima e intransferible convicción del juez-¹¹, puede decirse que toda prueba es indiciaria¹², en tanto en cuanto toda conclusión probatoria presupone un juicio de inferencia basado en

⁹ BACIGALUPO, *ADPCP*, 1988, p. 376. Sobre esta concepción puede verse también RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 370 ss.

¹⁰La concepción expuesta guarda enorme semejanza con el método de la “capacidad de rendimiento” [*Leistungsfähigkeit*] desarrollado en Alemania, según la cual la delimitación de funciones de la casación no se basa en la distinción entre hechos y Derecho, sino en las posibilidades de revisión del órgano, a partir de un principio de división de responsabilidades, desde el que “el tribunal de casación es responsable por el control de todo aquello para lo cual tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de reconstruir el juicio de primera instancia, de modo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que permanecen reservadas exclusivamente a la responsabilidad del tribunal de mérito”. Sobre ello, véase ampliamente PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal*, 2001, pp. 72 ss., a quien pertenece la frase entrecomillada (p. 75).

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., 2010, pp. 45 ss., 142 s.; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, pp. 62-64, quien opone la tradición “persuasiva” a la “racionalista”, afirmando que mientras que en la primera rige una “versión muy fuerte del principio de inmediación”, en la segunda rige una “versión débil o limitada” del mismo.

¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 2009, p. 50. En sentido similar, afirma Luciano Varela (en su voto particular a la STS 266/2008, de 7 de mayo) que “toda ‘valoración’ de cualquier medio probatorio exige una actividad de inferencia”.

parámetros racionales, por lo que la casación penal poseería, desde esta perspectiva, un amplísimo marco de enjuiciamiento sobre la valoración de la prueba efectuada en primera instancia, estando el órgano judicial, por lo demás, constitucionalmente obligado a motivar en grado suficiente (y en términos racionales) dicha valoración probatoria¹³.

3.2. La revisión de los hechos en casación y el derecho al doble grado de jurisdicción

Resulta muy discutible calificar como “cuestión de Derecho” a toda revisión no dependiente de la inmediación. En todo caso, tal propuesta terminológica, planteada con la finalidad de esquivar las limitaciones inherentes a la regulación legal del recurso de casación – y que pasaba por forzar el cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim) tomando como ley infringida el art. 741 LECrim y, como hemos visto, negar el carácter de “cuestión de hecho” a la revisión de la racionalidad de la prueba¹⁴-, no parece ser ya necesaria después de la inclusión como cauce casacional de la vulneración de derechos fundamentales¹⁵, pudiendo ser asumido sin controversia que, desde tal parámetro de enjuiciamiento y a partir del derecho a la presunción de inocencia, la casación penal permite la revisión de la prueba que funda la condena, a excepción de lo que cognitivamente *no puede* revisarse, por carecer de inmediación.

A este respecto, la Sala Segunda parte del entendimiento de que “la prueba producida en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso en lo que depende de la inmediación pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo”¹⁶, y de que “el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, realiza también una función valoradora de la prueba practicada en el juicio oral referida a la comprobación de la existencia de una actividad probatoria; a la comprobación de la licitud en su práctica y su regularidad porque ha sido realizada conforme al proceso debido; y a la comprobación del carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para hacer deducir racionalmente la culpabilidad de una persona por su participación en un hecho punible”¹⁷. “El único límite a esa función revisora – se afirma- lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral”¹⁸.

¹³Al respecto TARUFFO, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, *JpD*, (59), 2007, p. 71 ss., quien pone de relieve la interrelación existente entre un modelo racional de valoración probatoria – frente a uno subjetivista o persuasivo- y la exigencia de motivación (p. 73). Fundamental al respecto, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Doxa*, “Acerca de la motivación e los hechos en la sentencia penal”, (12), 1992, pp. 257 ss.

¹⁴Para con ello salvar la exigida intangibilidad de los hechos probados. Para una propuesta de esa índole, véase una vez más, BACIGALUPO, *ADPCP*, 1988, pp. 380 ss. Véase también BONET NAVARRO, “Presunción de inocencia a favor del presente recurso de casación”, *LLP*, (64), 2009, p. 7 de la versión *on line*: “La interpretación por la que se pretendía justificar la revisión fáctica a través del art. 849.1 LECrim por la infracción del art. 741 de la misma Ley consistía en un intento más o menos loable de que el recurso de casación cumpliera mejor, con mayor claridad o evidencia las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

¹⁵A partir de la modificación del art. 852 LECrim operada en 2000 por la disposición final 12ª de la LEC.

¹⁶STS 2047/2005, de 10 de diciembre.

¹⁷STS 1507/2005, de 9 de diciembre.

¹⁸STS 1507/2005, de 9 de diciembre. En igual sentido, la STS 2047/2002, de 10 de diciembre: “El único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica es el del principio de inmediación”.

Esa vocación extensiva del actual modelo de la casación se fundamenta, como es sabido, en la necesidad de satisfacer el derecho fundamental al doble grado de jurisdicción, acogida con especial énfasis después del dictamen del Comité de Derechos Humanos de 2000 en el asunto *Gómez Vázquez*, si bien ya advertida con anterioridad¹⁹. Así, ya la STC 60/1985, de 6 de mayo, manifestó que:

“las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento procesal ocupa hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el art. 24 de la Norma Fundamental. La casación penal, por ello, no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un ‘Tribunal superior’, como quiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; y que “la referida exigencia constitucional requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales penales”.

Y una vez recaído el citado dictamen, la STC 70/2002, de 3 de abril, puso también de manifiesto la necesidad de realizar una “interpretación amplia” de las normas de acceso a la casación de cara a la satisfacción del derecho al doble grado de jurisdicción, debiendo “apurar las posibilidades del recurso de casación” (citando la STC 140/1985) e interpretarse “en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986). La compatibilidad de la casación penal española con el derecho al doble grado de jurisdicción – siempre que este se interprete no como repetición íntegra del juicio, sino como revisión de la corrección del juicio sobre la culpabilidad- fue ratificada en dicha Sentencia, destacando el marco que abría el art. 852 LECrim:

“no es correcto afirmar, como pretende el recurrente, que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. Actualmente, en virtud del art. 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la ‘revisión íntegra’, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba”.

¹⁹ Sobre la jurisprudencia constitucional anterior a dicho dictamen, PÉREZ MANZANO, “El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje a Antonio González-Cuellar*, 2006, pp. 1111.

De lo afirmado hasta ahora puede concluirse que la actual casación penal sí conoce de “cuestiones de hecho”, en la medida en que, especialmente a partir del cauce de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, posee amplias facultades para la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el órgano de primera instancia. Dicha revisión – que a mi entender puede satisfacer el derecho al doble grado de jurisdicción mejor que un modelo de doble juicio²⁰-, se proyecta sobre la racionalidad del procedimiento lógico-inductivo a partir del que se obtiene el resultado probatorio y la fijación de los hechos probados, y que habrá debido ser plasmado en la motivación fáctica de la sentencia. De dichas posibilidades de revisión queda únicamente excluida la valoración de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral u otros aspectos necesitados de percepción directa, al carecer el órgano de casación de la necesaria intermediación. Afirmado lo anterior, en lo que atañe al interés de estas páginas, lo cierto es que ningún conflicto habrá de generar la revisión fáctica en casación de sentencias condenatorias con la doctrina constitucional atinente a las garantías de la segunda instancia, por cuanto su ámbito de aplicación queda circunscrito a los supuestos de revocación de un pronunciamiento absolutorio²¹.

4. La revisión de la prueba en casación y la revocación de las sentencias absolutorias

4.1. La revisión fáctica de sentencias absolutorias en casación. Especial consideración de la verificación de los elementos subjetivos del delito

El citado conflicto sí puede plantearse, en cambio, cuando el TS, ante el recurso de la parte acusadora, revisa la valoración probatoria efectuada por el órgano judicial de primera instancia que ha dado lugar a un pronunciamiento absolutorio y, considerándola errónea, procede a dictar una sentencia condenatoria. Ello se plantea con especial incidencia en relación con el enjuiciamiento sobre los elementos subjetivos del delito, existiendo una consolidada doctrina en la Sala Segunda según la cual el juicio sobre la concurrencia de los elementos subjetivos puede ser revisado en casación a través del cauce previsto en el art. 849.1º LECrim; esto es, por vía de infracción de ley²². A partir de dicha concepción, no son

²⁰ Sobre ello, especialmente, PÉREZ MANZANO, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje a Antonio González-Cuellar*, 2006, pp. 1128 ss.

²¹ O, en general, a los que revocan un pronunciamiento menos grave que el acordado en segunda instancia (véase por ejemplo, STC 91/2009, de 20 de abril). En todo caso, no está de más poner de manifiesto que dicha restricción no se corresponde con la doctrina del TEDH de la que surge la de nuestro TC. Así, si bien es cierto que en no pocas decisiones del Tribunal europeo se ha enfatizado la necesidad de audiencia ante la revisión de una absolución, por ser el órgano de apelación el primero que va a dictar un pronunciamiento condenatorio – así, por ejemplo, STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumanía* -, no ha dejado de declarar vulnerado el derecho a un juicio justo en otros supuestos en los que el órgano de segunda instancia se limitaba a confirmar la condena acordada por el órgano *a quo* – entre otras, la misma STEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbani c. Suecia*, tan reiteradamente citada por el TC, o las SSTEDH de 25 de junio de 2000, asunto *Tierce y otros c. San Marino*; 8 de febrero de 2000, asunto *Stefanelli c. San Marino*; 6 de julio de 2004, asunto *Dondarini v. San Marino*; o 28 de junio de 2005, asunto *Hermi c. Italia*-.

²² Por ejemplo JORGE BARREIRO, “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, *JpD*, (48), 2003, p. 76, considerándolo una doctrina muy consolidada.

pocos los supuestos en los que, corrigiendo la inferencia inductiva del órgano *a quo*, ha revocado el TS un pronunciamiento absolutorio - o uno menos grave- y ha impuesto la condena correspondiente²³.

La citada línea jurisprudencial se apoya en la tesis de que, dado que los elementos subjetivos del delito no pueden ser determinados por prueba directa sino que es preciso inferirlos por vía inductiva, el enjuiciamiento sobre los mismos no se proyectaría sobre lo fáctico, sino que estaríamos ante un "juicio de valor". Así, por ejemplo, afirmaba la STS de 2 de febrero de 1988 que "las aseveraciones que pueda efectuar la Audiencia Provincial sobre la existencia o inexistencia de *animus necandi* no son más que juicios de valor, a los que llega el Tribunal...partiendo de datos objetivos". A través de ese ejercicio de prestidigitación conceptual se podía justificar con aparente solvencia que nos hallábamos ante una cuestión de Derecho, y no de hecho, que encontraba su cauce idóneo en el motivo casacional de la infracción de ley. En efecto, la exigencia, inherente a esa vía de impugnación, de la intangibilidad de los hechos²⁴ era salvada a partir de la premisa de que los elementos subjetivos no son "hechos en sentido estricto"²⁵, apuntalada además con la tradicional línea jurisprudencial de que, en consecuencia, no tienen que figurar en el relato de hechos probados, siendo su sede natural la fundamentación jurídica de la sentencia²⁶.

En realidad nos hallamos ante la misma delimitación entre hechos y Derecho de que parecía partir Bacigalupo en su trabajo de 1988, basada en la inmediatez²⁷: sólo lo que es directamente aprehensible por los sentidos constituye un "hecho"; lo que, en cambio, presupone un juicio inductivo basado en aplicación de reglas (lógicas y de experiencia) sería una "cuestión de Derecho", un "juicio de valor". Ello puede dar lugar a una cierta esquizofrenia ontológica si se asume que también los hechos subjetivos pueden derivarse de prueba directa²⁸:

²³Así, por ejemplo, SSTS 1036/2003 de 2 septiembre; 1377/2004, de 29 de noviembre; 508/2005, de 21 de abril; 515/2006, de 4 de abril; 266/2006, de 7 de marzo; 54/2008, de 8 de abril; 266/2008, de 7 de mayo; 755/2008, de 26 de noviembre.

²⁴Entre las más recientes, STS 79/2009, de 10 de febrero.

²⁵STS 1511/2005, de 27 de diciembre; STS 755/2008, de 26 de noviembre: "no son propiamente hechos".

²⁶Véase por ejemplo la STS de 30 de octubre de 1991: Los juicios de valor en que consiste la averiguación de los elementos objetivos "indudablemente no deben ser incluidos en el 'factum' de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas, necesarias de otro lado para la configuración del silogismo judicial y para la conformación, en definitiva, de la parte dispositiva de la sentencia. Porque, en la línea establecida por el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho".

²⁷Si bien no sobra poner de manifiesto que la finalidad que guiaba ese trabajo era la de ampliar espacios a la protección del derecho a la presunción de inocencia en la segunda instancia, lo que, como luego mencionaré en el texto, constitucionalmente tiene un muy distinto valor que ampliar las posibilidades de revocar sentencias absolutorias.

²⁸Por la vía de la confesión del acusado. Así lo asumen, entre otras muchas, la STS de 30 de octubre de 1991; o la 755/2008, de 26 de noviembre, citando a su vez la de 22 de mayo de 2001. Sobre ello, véase ampliamente RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 232 ss. La posibilidad de que los elementos subjetivos puedan obtenerse de la confesión del acusado (más allá de problemas de memoria, compulsión, etc.) resulta ya epistemológicamente muy discutible, pues la misma credibilidad de tal declaración debe inferirse también a partir de un juicio inductivo. Por eso decía antes que, en rigor, toda prueba (todo juicio conclusivo sobre el arsenal probatorio) es indiciaria.

“El ánimo o intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del homicidio, puede ser un hecho y como tal figurar en el relato si existe prueba directa dimanante de la manifestación de voluntad del acusado, expresa, libre y terminante; pero con mayor frecuencia -a falta de prueba directa- hay que deducir la voluntad o ánimo del sujeto de prueba indirecta o indiciaria mediante juicios axiológicos o de valor sustentados en los elementos o datos que a la luz de criterios lógicos muestran significación subjetiva, los cuales son perfectamente revisables en el recurso extraordinario, porque no quedan cubiertos por el principio de intangibilidad del hecho probado, cualquiera que fuera el lugar en que se ubiquen -en el relato de hechos o los fundamentos de derecho- aunque sean en este último lugar donde deben hallar sede adecuada”²⁹.

Esa misteriosa condición de los elementos subjetivos, que pueden ser hechos o dejar de serlo según el modo en que sean acreditados, se ha mantenido hasta la actualidad en la jurisprudencia del TS, si bien su consideración como “juicio de valor” ha ido perdiendo progresivamente vigencia. En los últimos años, dicha noción se ha ido sustituyendo por la de “juicio de inferencia”, caracterización más atinada³⁰ si bien lampedusiana en cualquier caso, dado que tal cambio de etiquetas en nada ha modificado esta línea jurisprudencial. Así, continúa asumiéndose por la Sala Segunda que “si el propósito, ánimo, conocimiento u otro elemento de carácter subjetivo, inferido a través de la mencionada prueba de indicios o de otro modo, aparece en ese relato de hechos probados, hemos de saber que a esa parte de la narración de lo sucedido no abarca esa regla (...) relativa al respeto a los hechos probados cuando el recurso de casación se funda en el art. 849.1 LECrim (...). Los a veces llamados juicios de valor o las inferencias que se extraen después de una prueba de indicios, quedan fuera de ese obligado respeto”³¹.

En todo caso, lo cierto es que la referencia a la prueba del dolo como “juicio de valor” nunca ha llegado a erradicarse de la jurisprudencia, apareciendo entremezclada con otras caracterizaciones. El caos conceptual imperante en esta materia aparece, por ejemplo, condensado en la STS 755/2008, de 26 de noviembre, en la que las nociones de juicio de valor y juicio de inferencia se toman como sinónimos y se otorga al dolo tanto un estatus fáctico como uno axiológico:

“(D)eben considerarse *juicios de valor inferencia* [sic.] las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega la concurrencia de un *hecho subjetivo*, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como *hecho subjetivo* es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, como por la del art. 849.1 LECrim, por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene *juicios de inferencia*, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de

²⁹STS de 14 de junio de 1988.

³⁰Aunque desacertada por otros motivos: véase ANDRÉS IBÁÑEZ, *Doxa*, (12), 1992, p. 271.

³¹STS 266/2006, de 7 de marzo.

lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS 31 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 1995).

Por tanto -como se dice en la STS 1511/2005 de 27 de diciembre - *los juicios de valor no son hechos* en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la *tipicidad penal* y supone una actividad lógica o juicio de inferencia, porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (...)

Estos elementos internos, -se dice en la STS 778/2007 de 9 de octubre - *al no ser propiamente hechos sino deducciones* derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de *hechos internos* que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim, si bien en estos casos esta Sala se ha de limitar a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o de los criterios científicos” (Cursivas añadidas).

4.2. Crítica a la concepción del TS en la revisión fáctica de sentencias absolutorias

a) ¿Valoración jurídica?

Independientemente de si los elementos subjetivos del delito se consideran una realidad fáctica (un hecho o proceso psicológico) susceptible de prueba³², si presuponen un juicio de imputación basado en la atribución de significado a la conducta externa³³, o si estamos ante una mera formulación sintética carente de un referente susceptible de prueba³⁴, lo que creo indudable es que los criterios empleados para afirmar su presencia no constituyen un “juicio axiológico o de valor”³⁵, sino que se ubican en el nivel de fijación del presupuesto fáctico que habrá de ser después, en un segundo momento analítico, subsumido en la respectiva norma³⁶. En otros términos, estamos ante una “cuestión de hecho” y no ante una

³²GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 2010, pp. 70-71; PÉREZ MANZANO, “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en GARCÍA VALDÉS et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1453 ss., asumiendo el carácter de “hecho” del dolo no en un sentido naturalista sino como “hecho institucional” (Searle).

³³VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., 2011, pp. 248 ss. Véase también, desde otros presupuestos, RAGÜES I VALLÈS *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 259 ss., p. 275, pp. 379 ss.

³⁴Véase TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2002, p. 165: “Es probablemente más realista pensar que ese hechos psíquico no es en realidad determinado; es más bien ‘sustituido’ por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de determinación probatoria...el hecho psíquico no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto”.

³⁵STS de 14 de junio de 1988.

³⁶Véase, entre otros, BENEYTEZ MERINO, “Juicio de valor y jurisprudencia”, *RPJ*, (19), 1990, pp. 9 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Doxa*, (12), 1992, p. 267-268; JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, pp. 78; CARMONA RUANO, “La revisión

“cuestión de Derecho”; ante la concreción del supuesto de hecho y no ante su calificación jurídica³⁷.

GASCÓN ABELLÁN lo ha expuesto inmejorablemente: “no debe, pues, confundirse la calificación jurídica con la fijación de los hechos. Desde un punto de vista lógico, ésta es un *prius* de aquélla, pues la calificación jurídica, es decir la valoración del supuesto de hecho concreto a efectos de su subsunción en una norma jurídica, comienza precisamente cuando ha sido fijado aquél”. “Que los hechos psicológicos sean internos u observables, no significa que no sean auténticos hechos...significa tan solo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos”³⁸.

Más allá del distinto estatus ontológico que puedan tener los elementos subjetivos, el juicio de inferencia inductiva que debe realizarse para entenderlos concurrentes en el caso concreto no se diferencia estructuralmente del aplicado para la acreditación de cualesquiera elementos externos a través de prueba indiciaria, por lo que tanto sus márgenes de cognición por parte del TS como su cauce impugnatorio habrían de resultar idénticos. Citando de nuevo a GASCÓN: “el conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos. Pero (...) también la mayor parte de los enunciados sobre hechos externos son el fruto de un conocimiento indirecto. La única diferencia entre ambos tipos de conocimiento de hechos reside en el grado de dificultad, pues, en principio, son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos”³⁹.

En este sentido, una de las consideraciones críticas que se han emitido contra la concepción del TS es que no resulta 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 casación⁴⁰. Resulta, en efecto, llamativo que hallándonos ante una misma estructura de razonamiento, el TS haya extendido tales posibilidades de revisión sólo a los elementos

de la prueba por los tribunales de apelación y casación”, *Recursos en el orden jurisdiccional penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, (21), pp. 117 ss.

³⁷ Esa misma idea es expuesta de modo muy gráfico por Luciano Varela en su excelente voto particular a la STS 266/2008, de 7 de mayo: “Incluso para quienes el dolo se imputa y no se prueba, algo resulta incuestionable: la imputación -de “primer nivel”- de un hecho, como acción suya, a un sujeto y, por ello, incluyendo el elemento subjetivo, es una imputación a la par diversa y anterior a la imputatio iuris -de “segundo nivel”-, por la cual la norma legal que tipifica los comportamientos como delictivos se aplica, como baremo de la acción imputada, a fin de evaluar si es, o no, antijurídica”.

³⁸ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 2010, pp. 68 y 71, respectivamente.

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 2010, p. 72. Véase también ANDRÉS IBÁÑEZ, *Doxa*, (12), 1992, p. 269: “no puede sostenerse, en el plano epistemológico, una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia física de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer la dimensión intencional del mismo, es decir, las caras externa e interna de un determinado comportamiento. Que el acceso a esta última pueda suponer un mayor grado de dificultad y que su determinación demande mayor cuidado o finura en la observación o en el análisis, no implica una distinta naturaleza de la actividad” (énfasis del original omitido); JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, p. 78

⁴⁰JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, p. 78.

subjetivos⁴¹. No obstante, en algunos pronunciamientos se manifiesta el potencial expansivo de esta concepción, susceptible en realidad de predicarse de todo juicio de inferencia inductiva; es decir, de toda obtención del resultado probatorio por vía indiciaria. Así, por ejemplo, la STS 266/2006, de 7 de marzo, después de poner de manifiesto que los llamados juicios de valor o las inferencias que se extraen de una prueba de indicios quedan fuera del respeto a la intangibilidad de los hechos probados, asevera que “cabe discutir la concurrencia de estos elementos subjetivos, o de cualquier conclusión derivada de una prueba de indicios, bien por esta vía del núm. 1 del art. 849 LECrim (...) bien por la más adecuada del art. 852 de la misma Ley procesal en relación con el derecho a la presunción de inocencia”⁴².

Además, tal confusión conceptual puede abocar a serios déficits de racionalidad en el control probatorio y en la justificación de la decisión. Con la consideración de la prueba de los elementos subjetivos como juicio de valor se priva a tal proceso inductivo de su refutabilidad en términos de verdad⁴³, confundiendo, por lo demás, el plano de la fijación de los hechos con el de su valoración jurídica⁴⁴. Sólo desde esa confusión puede explicarse que el TS haya podido decir en algunas resoluciones que tales “juicios de valor” pueden ser revisados por la vía del derecho a la presunción de inocencia⁴⁵ -cuando lo recurrido es una sentencia condenatoria-, mientras que en otros pronunciamientos se haya afirmado con rotundidad que “los juicios de valor sobre intenciones no pueden someterse a las exigencias de la presunción de inocencia, por ser circunstancias inaprensibles para los sentidos, razón por la cual sólo los hechos en sí, sobre los que se basa la inducción, pueden ser objeto de la prueba”⁴⁶.

b) ¿Infracción de ley?

No estando ante una valoración jurídica - ni en la inferencia inductiva de elementos subjetivos ni en la empleada para fijar hechos externos-, debe rechazarse igualmente que su revisión pueda efectuarse a través del motivo basado en infracción de ley del art. 849.1 LECrim, pues, como el propio TS ha manifestado, el citado cauce de impugnación es “sólo

⁴¹Véase, por ejemplo, STS 755/2008, de 26 de noviembre: “(L)a revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refiere a los elementos internos del tipo (como el dolo, el ánimo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión...), no a cualquier actividad deductiva o de inferencia”.

⁴²Énfasis añadido.

⁴³Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, *Doxa*, (12), 1992, p. 268.

⁴⁴Ejemplo de tal confusión es la STS 590/2003, de 23 de abril, en la que se afirma que los elementos subjetivos “tienen en realidad una naturaleza mixta fáctico-jurídica”, por cuanto su apreciación está íntimamente vinculada a la determinación de las teorías sobre el dolo y su consideración como dolo eventual. Como pone de manifiesto JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, p. 77, en referencia crítica a dicha sentencia, una cosa es la determinación del presupuesto fáctico, y otra su posterior valoración a partir de reglas de interpretación desarrolladas por la teoría del delito. La calificación jurídica con las herramientas de la dogmática penal también se proyecta (inevitablemente) sobre los elementos objetivos, sin que ello lleve a atribuirles naturalezas mixtas.

⁴⁵STS 266/2006, de 7 de marzo.

⁴⁶STS 30/1995, de 23 de enero; 250/1995, de 17 de febrero. Véase también MARTÍNEZ ARRIETA, “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, pp. 17-18 de la versión *on line*. En sentido crítico, CARMONA RUANO, “La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y casación”, *Recursos en el orden jurisdiccional penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, (21), pp. 117 ss., poniendo como ejemplo de esa ceremonia de la confusión la STS 30/1995, de 23 de enero.

hábil para suscitar cuestiones de subsunción⁴⁷. A este respecto, por algunas autorizadas voces doctrinales se ha propuesto una interpretación más amplia del término “ley” previsto en el precepto, entendiendo por tal “no solo la norma jurídica –constitucional o no, procesal o material penal-, sino toda regla aplicable, necesaria para poder tomar una decisión sobre el fondo del asunto⁴⁸, e incluyendo, por tanto, también las reglas de lógica y experiencia que permiten considerar que la inferencia está sostenida en bases racionales⁴⁹. Pero debe enfatizarse que tales propuestas, al igual que la formulada por BACIGALUPO, están basadas en la pretensión de acomodar la casación a los derechos a un doble grado de jurisdicción y a la presunción de inocencia y, en esa medida, constituyen una interpretación del art. 849.1 LECrim que, aunque indudablemente analógica, es *conforme a la Constitución*. Recuérdese, en este sentido, que el TC ha venido postulando la necesidad de efectuar, a tal fin, una exégesis amplia de las normas de la casación.

Ciertamente, de cara a canalizar la revisión de pronunciamientos absolutorios por ese cauce, esta línea teórica resulta más plausible que la de atribuir carácter de juicio de valor a las inferencias inductivas. No obstante, debe ser igualmente rechazada en este ámbito por cuanto, de una parte, sigue presuponiendo la ficción de que los elementos subjetivos no forman parte de los “hechos” – pues solo así puede escapar a la intangibilidad del relato de hechos probados que el propio TS viene exigiendo para la aplicación del art. 849.1 LECrim-; de otra parte, porque estando ante una interpretación analógica (en cuanto el apartado 1º del art. 849 exige la infracción de un “precepto penal de carácter sustantivo”)⁵⁰, en tales supuestos es aplicada *contra reo*, y no viene avalada *ex Constitutione*.

Por lo demás, el más claro indicador de que la concepción del TS es falaz radica en su propia jurisprudencia: cuando el análisis de la inferencia inductiva sobre elementos subjetivos se realiza en el marco de revisión de una condena, el cauce elegido por el propio TS no es el de infracción de ley, sino el de vulneración de la presunción de inocencia; es decir, el de la valoración de los hechos. La metamorfosis de las inferencias sobre los elementos subjetivos del delito, pasando de ser juicios de valor a juicios sobre hechos según el signo absolutorio o condenatorio de la sentencia casada, es algo que la Sala Segunda aun no ha acertado a explicar. La única explicación es, me parece, que con el fin de atender a una supuesta justicia del caso concreto, el TS está incurriendo en una deliberada interpretación *analógica contra reo* de la legislación procesal para con ello ampliar las posibilidades de condena. En ello late, a mi entender, una concepción del *ius puniendi* – profundamente arraigada en nuestra cultura judicial-, según la cual las garantías del proceso penal amparan de igual modo – y en el mismo grado- a ambas partes procesales y que, por ello, no se resigna a admitir que lo que es factible y legítimo revisar desde el

⁴⁷STS 930/2007, de 19 de noviembre.

⁴⁸PÉREZ MANZANO, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje a Antonio González-Cuellar*, 2006, p. 1129.

⁴⁹Véase también FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2007, p. 43.

⁵⁰Luciano Varela, en su voto particular a la STS 266/2008, enfatiza la “falaz desnaturalización del sentido con que la palabra ley es empleada en el art. 849.1 LECrim, haciéndola abarcar las ‘leyes’ de la lógica”, entendiéndolo que “desde luego, por ley ha de entenderse norma jurídica, y no ley de las ciencias, la técnica, el arte o la técnica”.

derecho a la presunción de inocencia - esto es, desde el haz de garantías que rodean la posición del acusado-, no ha de serlo desde las pretensiones impugnatorias del acusador.

c) ¿Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva?

Rechazada la vía de recurso que ofrece el art. 849.1 LECrim, la impugnación de las inferencias probatorias que han dado lugar a un pronunciamiento absolutorio podría canalizarse a través del propio art. 852 LECrim, invocando la lesión de un derecho fundamental. Por de pronto, esa vía resulta impracticable desde el derecho a la presunción de inocencia, dada la exclusiva titularidad que ostenta el imputado⁵¹. En este sentido, numerosas sentencias del TS han manifestado que no existe un “derecho a la presunción de inocencia invertido”, del que pudiera derivarse un derecho de las acusaciones a que se dictara una condena cuando las pruebas llevaran a afirmación de culpabilidad⁵². Esa noción conecta con la idea, reiterada por el TC, de que ni las acusaciones en general ni las víctimas del delito en particular ostentan un derecho fundamental a la condena penal de otra persona⁵³.

No obstante, las acusaciones - incluido el Ministerio Público⁵⁴- sí pueden invocar en su favor el derecho a la tutela judicial efectiva como motivo de impugnación de una sentencia absolutoria⁵⁵. Afirma al respecto el TC que la inexistencia de un derecho a una condena penal “no implica sostener que el haz de derechos cobijados en el art. 24 CE a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas en favor del imputado (...) Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas las garantías de todos sus participantes”⁵⁶; “la ausencia de tales garantías no permite hablar de proceso en sentido propio, ni puede permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable”⁵⁷. Más allá de estas declaraciones -referidas a la posibilidad de anular por vía de amparo sentencias absolutorias firmes -, el TC ha venido avalando - entendiendo que no se lesionaba derecho alguno del acusado - diversas decisiones del TS de anular

⁵¹ SSTS 530/2003, 5 de septiembre; 536/2005, de 28 de abril. Véase también JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, p. 78.

⁵² Entre muchas, SSTC 531/1994 de 12 marzo; 2220/1994, de 20 de diciembre; 530/2003, 5 de septiembre; 227/2008, de 7 de mayo; 266/2008, de 7 de mayo.

⁵³ Por ejemplo, SSTC 157/1990, de 18 de octubre; 199/1996, de 3 de diciembre; 215/1999, de 29 de noviembre; 168/2001, de 16 de julio; 145/2009, de 15 de junio; 106/2011, de 20 de junio. Recoge esa doctrina, por ejemplo, la STS 1087/2010, de 20 de diciembre;

⁵⁴ Véase SSTS 1412/1999, de 6 de octubre; 530/2003, de 5 de septiembre.

⁵⁵ En este sentido, afirma SEQUEROS, “El acceso a la casación penal de la crítica a la razonabilidad de los juicios sobre la prueba en sentencias absolutorias: nuevas perspectivas”, (6853), 2008, p. 13 (versión *on line*), que ante las limitadas posibilidades de los restantes motivos de casación, “la única y última opción para impugnar una sentencia absolutoria solo pueden proporcionarla los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, con la invocación (...) del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, en su vertiente de derecho a una resolución fundada”.

⁵⁶ STC 215/1999, de 29 de noviembre. En igual sentido, SSTC 4/2004, de 16 de enero; 169/2004, de 6 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero.

⁵⁷ SSTC 189/2004, de 2 de noviembre; 220/2007, de 8 de octubre.

pronunciamientos absolutorios por déficits en la motivación de los hechos (que podrían considerarse) lesivos del art. 24.1 CE⁵⁸.

La vía impugnatoria del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido igualmente asumida por el propio TS, habiéndose servido de ese argumento –fuera o no invocado por el recurrente– para justificar la revisión de las inferencias probatorias y de la absolución⁵⁹. En este sentido, la STS 342/2010, de 15 de abril asume que la invocación de ese derecho fundamental es un cauce adecuado para revisar la “racionalidad del juicio de ponderación de la prueba practicada”; y la STS 978/2010, de 30 de diciembre, manifiesta que la vía de la tutela judicial efectiva es idónea para garantizar que la casación sea un recurso efectivo, apelando además a “los derechos de las víctimas a que se revise una sentencia absolutoria”. Otro ejemplo que puede traerse a colación es el de la STS 266/2008, de 7 de mayo, en la que el Ministerio Fiscal recurrió la absolución dictada por el órgano de primera instancia por la vía del art. 849.1 LECrim, alegando una irrazonable inferencia en la conclusión sobre la ausencia de dolo. La estimación del recurso y la sentencia condenatoria dictada se fundó en que “(c)on tal revisión de la inferencia la presente casación viene a dar cumplida efectividad a la tutela judicial efectiva, exigida por el art. 24.1 CE (...) que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, la cual radicaría, dentro del presente caso, en la irracionalidad de la ilación y, en consecuencia, de la motivación aportada por el tribunal a quo”.

En la llamativa STS 978/2010, acabada de citar, se revoca una absolución revisando directamente la credibilidad de los testimonios. A tenor de la práctica de la Sala Segunda, puede considerarse una *anomalía*, si bien, me parece, es ilustrativa de la imparable tendencia expansiva de la casación penal en el control de los hechos. El TS reconoce en dicha sentencia que la absolución de primera instancia se basó, en esencia, en la valoración de las pruebas testificales, si bien ello no le arredra a realizar una nueva valoración de todo el acervo probatorio y modificar los hechos probados para dictar una sentencia condenatoria. Para justificar tal proceder, se acoge la Sala Segunda a tres argumentos esenciales: la necesidad de “extender los rígidos esquemas de la casación clásica” que imponen el 14.5 PIDCP y el Protocolo 7 del CEDH, que la garantía de inmediatez debe ceder en atención a la protección de otros intereses, como “los derechos de las víctimas a que se revise una sentencia absolutoria”, y que la grabación audiovisual del juicio de primera instancia permite revisar la prueba practicada en el juicio oral, incluidas las testificales.

De entre las varias consideraciones críticas que pueden oponerse a esta sorprendente sentencia del TS, baste resaltar tres. La primera es la tergiversación que realiza del derecho

⁵⁸ Singularmente, en el ámbito del procedimiento por jurado. Así, las SSTC 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 20 de diciembre, se ocuparon de sendos supuestos en que fueron anuladas las sentencias absolutorias por falta de motivación del acta del deliberación del jurado; la STC 192/2005, de 18 de julio, de un caso en que el TS anuló los pronunciamientos absolutorios previos por contradicciones en los hechos declarados probados; por su parte, la STC 115/2006, de 24 de abril, avaló también la anulación acordada por el TS por falta de motivación del relato de hechos en el acta del jurado.

⁵⁹Por ejemplo, SSTS 1412/1999, de 6 de octubre; 1087/2010, de 20 de diciembre, además de las citadas en el texto.

al doble grado de jurisdicción, argumentando *contra reo* desde la necesidad de garantizar el derecho *del acusado* a someter a revisión su condena para justificar la revocación de una absolución. La segunda es que (inexcusablemente) desconoce la doctrina del TC acerca de la grabación audiovisual del juicio, que desde la STC 120/2009, de 18 de mayo (reiterado después en las SSTC 2/2010, de 11 de enero y 30/2010, de 17 de mayo) ha venido negando virtualidad a la misma como subrogado de la celebración de vista oral a los efectos de satisfacer las garantías de inmediación y contradicción. Y la tercera es que, incluso aunque con ese herramienta *podiera* hacerlo, de ello no se deriva que el TS *deba* hacerlo: a mi entender la Sala Segunda cae, en esta sentencia, en una suerte de falacia según la cual el hecho de que la grabación audiovisual permita valorar prueba personal sin merma de inmediación supone *eo ipso* que el órgano de *casación* está facultado normativamente para hacerlo. Me refiero con ello a que en ningún momento intenta la sentencia comentada justificar el cauce casacional a través del cual estaría legitimado para proceder a esa valoración de la prueba personal, más allá de la inicial y escueta mención a un supuesto error del juzgador que se derivaría de los informes médicos y el consiguiente acceso al cauce del art. 849.2º LECrim - que era el empleado por el recurrente-. Cauce que, además de indebidamente aplicado en el caso concreto - por cuanto, ciertamente, el error no lo deduce la Sala Segunda "de manera clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas y razonamientos" (STS 342/2010, de 15 de abril) -, resulta manifiestamente improcedente para revisar la credibilidad de las declaraciones testimoniales.

El cauce casacional basado en el derecho a la tutela judicial del acusador constituye la única vía - salvando la restrictiva posibilidad del art. 849.2º LECrim - para revisar la valoración de la prueba de una sentencia absolutoria. Ahora bien, deben tenerse presentes dos aspectos determinantes de su utilización. En primer lugar, es preciso enfatizar que la mera discrepancia con la valoración probatoria del órgano *a quo* no puede entenderse constitutiva de la vulneración del derecho recogido en el art. 24.1 CE, ni tampoco bastara para ello la alegación de un error de valoración o una aplicación poco racional de reglas de experiencia. Como ha reiterado el TC - y acogido la Sala Segunda -, el derecho a la tutela judicial efectiva "no incluye un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales"⁶⁰, sino que "tan solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva 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 cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento"⁶¹. Así, tal déficit de tutela habrá de predicarse cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo⁶²; cuando las decisiones "parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones

⁶⁰SSTC 256/2000, de 30 de octubre; 81/2001, de 26 de marzo; 214/2007, de 8 de octubre. En igual sentido, por ejemplo, STS 530/2003, de 5 de septiembre.

⁶¹Entre muchas: SSTC 276/2006, de 25 de septiembre; 147/2009, de 15 de junio; 38/2011, de 28 de marzo.

⁶² SSTC 82/2002, de 22 de abril; 59/2003, de 24 de marzo; 90/2010, de 15 de noviembre.

alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”⁶³. Sólo en tales supuestos, o cuando exista una total ausencia de motivación⁶⁴ – equiparable al voluntarismo judicial-, podrá considerarse contraria al art. 24.1 CE la decisión absolutoria. Por ello, la revisión de la valoración probatoria resulta, desde este cauce casacional, muy limitada.

Así, por ejemplo, en la STS 266/2008, de 7 de mayo que acabamos de mencionar, en la que se revoca una absolución y se condena al acusado de un delito de falsedad documental, pese a invocarse el derecho recogido en el art. 24.1 CE para justificar la decisión no se emite reproche alguno a la sentencia de instancia desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva – esto es, no se declara vulnerado el mismo-, sino que sencillamente se adopta una distinta inferencia inductiva a partir de una serie de indicios.

En segundo lugar, aun cuando pueda afirmarse que una sentencia absolutoria ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del acusador, ello no faculta al TS a dictar una segunda sentencia condenatoria, sino que la consecuencia de dicha vulneración habrá de ser la *retroacción* de las actuaciones para que el órgano *a quo* dicte un nuevo pronunciamiento acorde al derecho fundamental vulnerado. Ello ha sido asumido expresamente por el TS cuando el reproche de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad se predica de la valoración de declaraciones testificales. Así, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 11 de julio de 2003 declaró 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”⁶⁵. La razón de ese pronunciamiento estaba, indudablemente, en la STC 167/2002 y la imposibilidad de valorar las pruebas personales sin intermediación. La cuestión es que, como después veremos, la doctrina del TC desarrollada con posterioridad va a impedir al TS la revisión de los hechos, independientemente de la naturaleza de las pruebas a valorar.

En conclusión, el cauce casacional del art. 852 LECrim desde el derecho a la tutela judicial efectiva es el único que permite revisar la (motivación de la) valoración de los hechos de una sentencia absolutoria, pero sólo faculta a que el TS proceda a su revocación en casos excepcionales de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad (es decir, sólo cuando se vulnere el derecho fundamental); y siempre con la consecuencia de devolver las actuaciones al órgano de primera instancia, sin que el TS pueda por ese cauce, a partir de una nueva valoración de la prueba, dictar una sentencia condenatoria.

⁶³ SSTC 214/1999, de 29 de noviembre; 96/2006, de 27 de marzo; STC 105/2009, de 4 de mayo.

⁶⁴El Tribunal constitucional parte de la necesidad de motivar la absolución (SSTC 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 20 de diciembre), al igual que el TS (SSTS 1547/2005, de 7 de diciembre; 1005/2006, de 11 de octubre; o 1087/2010, de 20 de diciembre). Frente a ello, PÉREZ MANZANO, “Fundamento y sentido del deber de absolver en casos de duda”, *JpD*, (67), 2010, pp. 51, pp. 65-66, niega que sea exigible motivar un veredicto absolutorio [en contra, IGARTUA SALAVERRÍA, “¿Es un dislate exigir la motivación de una sentencia absolutoria por duda razonable?”, *Teoría y derecho*, (9), 2011, pp. 189 ss.]. A mi juicio, no es preciso *probar* la inocencia, pero sí *dar razones* de la absolución a la parte acusadora (lo que viene exigido por el art. 24.1 CE); esto es, exponer los argumentos por los que el órgano judicial no considera plausible la tesis inculpativa propuesta por la acusación.

⁶⁵Más allá de de esos casos, ello ha sido asumido en otras resoluciones. Véase, por ejemplo, SSTS 530/2003, de 5 de septiembre; 1005/2006, de 11 de octubre; 342/2010, de 15 de abril; 1087/2010, de 20 de diciembre.

d) ¿Y qué dice el TC?

Lo cierto es que el TS no está solo en la confusión conceptual sobre los elementos subjetivos del delito. También el TC ha venido afirmando que “la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de *estricta valoración jurídica*”⁶⁶. Más allá de esa retórica alusión – y sin que sobre señalar que otras decisiones del Alto Tribunal han acogido una muy diversa perspectiva sobre los elementos subjetivos⁶⁷-, la cuestión acerca de la naturaleza del juicio sobre los elementos subjetivos del delito y, con ello, la relativa al alcance de la casación ha sido planteada ante el TC en varias ocasiones, ante supuestos en los que cuales quien había visto revocado un pronunciamiento absolutorio por el TS se quejaba no sólo de la lesión de las garantías constitucionales de la segunda instancia (bajo invocación de la STC 167/2002), sino además de que la Sala Segunda había desbordado su ámbito de cognición al entrar a revisar los hechos.

El TC ha mostrado en este aspecto una considerable deferencia hacia el Tribunal de casación, considerando que, siendo a dicho órgano a quien corresponde la exégesis de los preceptos que determinan su competencia, la revisión de los elementos subjetivos a través del art. 849.1 LECrim es una cuestión carente de relevancia constitucional. Como primer ejemplo puede citarse la STC 328/2006, de 20 de noviembre⁶⁸. El TS condenó a un notario como cómplice de un delito continuado de estafa, considerando concurrente el dolo típico del delito y revocando, así, la absolución del órgano *a quo*, que se había basado en la ausencia de prueba sobre el conocimiento del actor del fin defraudatorio de la emisión de obligaciones recogidas en las escrituras que había autorizado. Ante la denuncia del solicitante de amparo de que el TS había alterado el relato de hechos probados ignorando lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, el TC rechaza tal alegación afirmando lo siguiente:

“(E)n el fondo de esta queja y como premisa de partida de la misma, anida una discordancia en la forma de interpretar los hechos probados en casación, entre la que sostiene el actor y la que efectúa el Tribunal Supremo, que para calificar la conducta como delito utiliza el método inductivo y de valoraciones jurídicas. Mas tal discordancia (...) no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada (...)

⁶⁶STC 256/2007, de 17 de diciembre; 43/2007, de 26 de febrero 340/2006, de 11 de diciembre; 74/2006, de 13 de marzo; 170/2005, de 20 de junio. Cursivas añadidas.

⁶⁷Véase, por ejemplo, la STC 189/2003, de 27 de octubre, que se ocupó de un caso en que la controversia entre la sentencia del órgano *a quo* (absolutoria) y la de apelación (condenatoria) giraba en torno a la prueba “de un dato fáctico controvertido: el conocimiento o desconocimiento por parte del acusado del contenido de la bolsa de viaje y de la mochila”, concluyendo que la sentencia de apelación, que afirmó el dolo a través de prueba indiciaria, vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías. En sentido similar, la STC 36/2008, de 25 de febrero, o la reciente STC 142/2011, de 26 de septiembre, donde se pone de relieve – para declarar vulnerado el derecho de defensa por no haber sido oído el condenado en segunda instancia- que el enjuiciamiento de tribunal de apelación no se trataba de una “cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto”.

⁶⁸ Un temprano pronunciamiento al respecto puede encontrarse también en el ATC 332/1984, de 6 de junio, citado por la Sentencia que se expone en el texto.

A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (...). Tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional”.

Y en muy similares términos se ha pronunciado en la más reciente STC 91/2009, de 20 de abril, conociendo de una demanda interpuesta por quien había visto anulada la absolución de primera instancia y condenado por prevaricación a partir de la afirmación del dolo del tipo por parte del TS. Aun cuando manifiesta que pudiera resultar “discutible que la revisión sobre los elementos subjetivos del ilícito consista en un juicio valorativo (...) y no en un nuevo enjuiciamiento sobre los hechos”, se remite expresamente a la anterior sentencia citada para concluir que esa concepción del TS, y la consiguiente aplicación extensiva del art. 849.1 LECrim no resulta manifiestamente irrazonable ni arbitraria.

Pese a haber podido incurrir el TC, en ocasiones, en la misma incorrección conceptual, tales pronunciamientos no deben entenderse como un aval a la concepción del TS, sino más bien como una decisión de no invadir competencias que no le son propias, al hallarnos ante la exégesis de la legalidad ordinaria (art. 117.3 CE)⁶⁹. Ello se muestra en el hecho de que a la hora de enjuiciar la razonabilidad o coherencia lógica de los razonamientos de los que el TS infiere el dolo típico, en esas mismas sentencias – así como, por lo demás, en otras muchas⁷⁰– el estándar de enjuiciamiento aplicado no es otro que el del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, el TC (al igual que el Supremo, como hemos indicado) no ha albergado duda alguna en situar en el ámbito de la presunción de inocencia – y, con ello, en el marco de la revisión de la prueba sobre los hechos– las inferencias inductivas relativas a los elementos subjetivos del delito. Si bien ello no constituye una desautorización expresa – que no corresponde hacer al TC salvo en caso de vulneración de derechos fundamentales–, sí viene a ratificar, de modo implícito, la incorrección de dicha concepción⁷¹.

⁶⁹Sí puede afirmarse, en todo caso, un cierto grado de convalidación implícita en la conclusión de que tal interpretación de la legalidad no es arbitraria ni manifiestamente irrazonable. Más allá de si puede compartirse esa conclusión, quizá hubiera merecido una mayor reflexión por parte del TC la cuestión de si una interpretación *analógica* de la legalidad procesal puede ser constitutiva de vulneración de las garantías del art. 24 CE, en la medida en que es empleada *contra reo* para revocar una absolución.

⁷⁰Entre otras, SSTC 116/2007, de 21 de mayo; 73/2007, de 16 de abril; 340/2006, de 11 de diciembre; o 267/2005, de 24 de octubre.

⁷¹Similar, JORGE BARREIRO, *JpD*, (48), 2003, P. 76.

5. Las garantías constitucionales de la segunda instancia y sus efectos sobre la casación

5.1. De nuevo sobre la revisión de las inferencias probatorias: intermediación, prueba de indicios y valoración conjunta de la prueba

En la breve exposición de la doctrina constitucional con la que comencé estas páginas, puse de manifiesto que, de entre los supuestos excluidos de la exigencia de vista oral en segunda instancia, se hallaban no sólo la valoración de la prueba documental o de la calificación jurídica, sino también los casos en que el órgano *ad quem* corrige las inferencias inductivas a partir de las que el de primera instancia obtuvo el resultado probatorio que dio lugar a la absolución. Ello porque, constituyendo la intermediación la médula de dicha doctrina, tal revisión probatoria estaría basada en reglas de experiencia cuya aplicación no precisaría de un contacto directo con el arsenal probatorio.

Desde esa perspectiva, los casos en que el TS revoca pronunciamientos absolutorios a partir de una revisión de los elementos subjetivos del delito quedarían *prima facie* excluidos del ámbito de la doctrina constitucional, pudiendo acometer tal enjuiciamiento sin merma del derecho a un proceso con todas las garantías. Un primer argumento para sostener tal conclusión podría partir del carácter “valorativo” de las inferencias sobre los elementos subjetivos, al poder concluir que la controversia entre las dos instancias se proyecta sobre una cuestión de estricta “calificación jurídica”: sobre los hechos, y no sobre el Derecho. Pero ya he puesto de manifiesto que tal concepción es errada y falazmente dirigida a ampliar el marco de cognición de la casación, por lo que no puede servir como medio para esquivar la aplicación de las garantías constitucionales. Más plausible es la alternativa basada en que, dado que la prueba de los elementos subjetivos está siempre basada en prueba indirecta, la revisión de tales inferencias probatorias por el órgano de casación no precisa de intermediación, por lo que la revocación de la absolución sostenida sobre tales presupuestos no presenta problemas constitucionalmente relevantes.

Seguidamente expondré que, como ya he anticipado, la reformulación que de su doctrina ha hecho el TC vendrá a abarcar también estos supuestos. En todo caso, antes de ello conviene advertir que ya desde la doctrina iniciada por la STC 167/2002 muchos de los supuestos de esa índole – pese a la afirmación del propio Tribunal de que su doctrina no alcanzaba a la casación- eran susceptibles de vulnerar el art. 24.2 CE.

Salvo casos excepcionales, la conformación de un relato de hechos probados – ya condenatorio, ya absolutorio- presupone una valoración conjunta de todo el acervo probatorio, por lo general compuesto por una mezcla de medios de prueba testificales y documentales desde los que el juzgador elabora sus conclusiones a partir de un cúmulo de inferencias, basadas en la aplicación de reglas de lógica y experiencia. Ello implica que, a la hora de analizar si la revocación de una absolución se ha sostenido o no en una nueva valoración de pruebas personales – que es, en esencia, el criterio que emplea la doctrina constitucional-, resultará muy difícil escindir cuál ha sido el resultado probatorio de unas

pruebas sobre otras, o si un distinto enjuiciamiento acerca de la conclusión que deba obtenerse de determinados indicios implica también una diferente conclusión sobre el valor probatorio de una testifical. Así, por ejemplo, cuando un órgano de apelación o de casación valora de modo distinto los indicios obrantes y, considerando irracional o arbitraria la inferencia del órgano *a quo* sobre el elemento subjetivo de ilícito, asume que la conducta fue dolosa, tal conclusión supondrá también una distinta conclusión sobre la credibilidad del acusado que en primera instancia negó querer causar la muerte o haberse representado tal eventualidad. ¿Qué ocurre en estos casos? Imaginemos, además, que el órgano de primera instancia había basado su conclusión sobre la ausencia de dolo en la fiabilidad que le ofrecían las declaraciones del acusado y, sin embargo, el órgano de apelación o casación encuentra, *independientemente* de lo declarado por el acusado, indicios suficientes de los que inferir la existencia de dolo.

Pues bien, ante supuestos de esa índole el TC ha modulado su doctrina para concluir que se vulnerará el derecho a un proceso con todas las garantías cuando “sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano *a quo*, sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas”⁷². Ello conlleva, al menos, dos conclusiones: la primera es que cuando los indicios a partir de los que se obtiene la inferencia provienen directamente de declaraciones testificales, aunque no se ponga en duda lo declarado, será necesario que el órgano de segunda instancia oiga tales testimonios. La segunda es que en los casos en que el acusado haya negado un determinado hecho (por ejemplo, el conocimiento o la intención de realizar la conducta), una conclusión indiciaria que contradiga lo declarado supondrá (aun implícitamente) una revisión de la credibilidad del testimonio, lesiva del art. 24.2 CE si este no ha sido oído en segunda instancia.

Ejemplo de lo primero es la STC 114/2006, de 5 de abril. La Audiencia Provincial condenó al recurrente como autor de un delito de daños y uno de apropiación indebida, después de revocar la absolución sin celebración de vista. La absolución se había basado en la inexistencia de prueba que acreditara en modo suficiente la autoría de los hechos:

“(E)n atención al contexto de las relaciones entre el acusado y la denunciante, no podía inferirse de los indicios concurrentes que el acusado hubiera sido el autor de los hechos denunciados, ya que (...) los indicios que apuntaban a la autoría del recurrente, como son su presencia en el domicilio hasta una fecha relativamente cercana al momento en que tenía la obligación de abandonar la casa, la realización de una mudanza en la que podría haber llevado a cabo la extracción de los enseres denunciados como sustraídos y de los objetos deteriorados y su presencia en el domicilio con posterioridad a la fecha en que afirma haberlo abandonado, no eran suficientes para enervar la presunción de inocencia”.

⁷² SSTC 120/2009, de 18 de mayo; 24/2009, de 26 de enero, o 36/2008, de 25 de febrero, citando esta, a su vez, las SSTC 189/2003, de 27 de octubre; 114/2006, de 5 de abril; y 217/2006, de 3 de julio.

Frente a ello, la Audiencia llegó a la conclusión contraria, afirmando la autoría a partir de los mismos indicios empleados por el Juzgado, a los que añadió otros que este no había tomado en consideración:

“(L)a responsabilidad penal del recurrente por el delito de daños se deriva de los indicios existentes en la causa, como son los tres señalados en la Sentencia impugnada (...) si a ello se añade que los destrozos sucedidos en los porteros automáticos de otras viviendas del inmueble, además de la ocupada por el acusado, tuvieron lugar inmediatamente después de la mudanza, según declaró en el plenario un testigo, las malas relaciones existentes entre los esposos y que el acusado tuvo que abandonar el referido domicilio como consecuencia de atribuirse el uso de la misma a su esposa en la Sentencia de divorcio dictada días antes de tener lugar los destrozos habidos en la vivienda, habría que concluir necesariamente afirmando que tales indicios acreditan suficientemente la participación del acusado en el delito de daños que se le imputaba”.

Como puede apreciarse, la Audiencia Provincial asumió los mismos indicios que el Juzgado, obtenidos todos de prueba testifical, a los que añadió, entre otros, un cuarto indicio que no había tenido en cuenta el órgano *a quo* y que también se obtuvo de la declaración de un testigo realizada en primera instancia. Pese a que la Audiencia no puso en duda la veracidad de lo declarado por tales testigos – no efectuó un diverso juicio sobre la credibilidad-, el TC declara vulnerado el art. 24.2 CE porque la condena se ha sostenido sobre una valoración de pruebas personales realizada sin intermediación.

En relación con el segundo aspecto, debe ponerse de relieve que ello es predicable no sólo de la prueba de indicios, sino incluso cuando la condena en segunda instancia se basa sobre prueba documental. Y ello porque, aun cuando su valoración no precise de intermediación, ello no significa que el órgano de segunda instancia pueda revocar una absolución a partir de la valoración de prueba documental *sin tomar en consideración las razones de la absolución*, porque si el órgano *a quo* ha fundado la absolución en la credibilidad de determinados testimonios, la condena en segunda instancia conllevará implícitamente, como ya se ha afirmado, un diverso juicio sobre la credibilidad de los testigos en los que el órgano *a quo* fundó su absolución; juicio para el que sí es precisa la intermediación.

Así lo ha entendido el Tribunal, por ejemplo, en la reciente STC 46/2011, de 11 de abril, en la que declara contraria al derecho a un proceso debido la condena en segunda instancia por un delito de alzamiento de bienes impuesta por la Audiencia Provincial, fundando dicha condena exclusivamente en una escritura pública de compraventa de la vivienda y descartando, a partir de lo establecido en ella, la veracidad de lo declarado por los acusados sobre la exclusiva propiedad de uno de ellos de la vivienda. Afirma el TC que “la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, pese a haber tomado en cuenta prioritariamente la prueba documental, ha supuesto una revisión de los testimonios prestados en primera instancia, en tanto en cuanto las conclusiones a las que llega implican, de modo expreso, un juicio negativo sobre la credibilidad de las declaraciones efectuadas por los recurrentes y otros testigos acerca de los hechos opuestos al que dio lugar a la absolución en primera instancia”.

Lo determinante es, así, el objeto del debate procesal entre ambas instancias: el órgano de apelación puede revocar una absolución a partir de prueba documental sin celebrar vista si la absolución se basó – esencialmente- en una valoración de esa misma prueba documental. Sólo en tales casos la inmediatez es innecesaria para la revisión de la prueba. Sólo en tales casos puede afirmarse, en los términos del TC, que el tribunal *ad quem* se halla, respecto del acervo probatorio, en las mismas condiciones que el de primera instancia.

En términos más generales, puede concluirse que, pese a las restricciones ha intentado introducir el TC al ámbito de aplicación de su doctrina -básicamente: prueba documental e indiciaria-, la mayoría de los supuestos en los que el órgano de apelación (o casación) haya basado la condena en una nueva valoración de la prueba conllevará un déficit de garantías de inmediatez y contradicción, por cuanto, salvo casos excepcionales, la conclusión de la culpabilidad del acusado implicará negar la credibilidad de su testimonio autoexculpatorio. En realidad, los únicos supuestos en que ello no será así se darán cuando el debate procesal no gire en torno a los hechos imputados al actor, sino sobre su calificación jurídica. Tal es, en esencia, la concepción del TEDH, y la que ha terminado por asumir el propio TC. Desde esa perspectiva, no pocas sentencias del Tribunal de casación que hubieran revocado una absolución a partir de la revisión de los indicios sostenidos en prueba personal habrían incurrido en la lesión del derecho recogido en el art. 6.1 CEDH, y de su equivalente el art. 24.2 CE⁷³.

5.2. El reforzamiento de las garantías de la segunda instancia: el derecho de audiencia

a) La jurisprudencia del TEDH

Estando ya ampliamente asentada y delimitado con claridad el alcance de la doctrina constitucional incorporada por la STC 167/2002, el TEDH – de cuya jurisprudencia surgía aquella-, ha dictado cuatro sentencias recientes en las que ha puesto en tela de juicio que la doctrina del TC estuviera realmente acomodada a las garantías establecidas por Estrasburgo, pues ha condenado a España precisamente en supuestos en los que el Tribunal español se servía de tal doctrina para considerar que en los casos enjuiciados no se había visto comprometida la inmediatez.

La razón de tales condenas – asuntos *Igual Coll c. España*⁷⁴, *Marcos Barrios c. España*⁷⁵ y *García Hernández c. España*⁷⁶ y *Almenara Álvarez c. España*⁷⁷- se ha debido, precisamente, a que - como tempranamente pusiera de manifiesto Sánchez Yllera⁷⁸-, la jurisprudencia del Tribunal europeo no gira, ni ha girado nunca, en torno a la garantía de inmediatez, en

⁷³Un ejemplo puede ser la STS 515/2006, de 4 de abril.

⁷⁴STEDH de 10 de marzo de 2009.

⁷⁵STEDH de 21 de septiembre de 2010.

⁷⁶STEDH de 16 de noviembre de 2010.

⁷⁷STEDH de 25 de octubre de 2011.

⁷⁸SÁNCHEZ YLLERA, “Facultades de valoración del Tribunal *ad quem*”, en AA.VV., *Los recursos de casación y apelación penal*, 2006, p. 61: “la perspectiva de análisis del TEDH no es la de la inmediatez, ni la de las sentencias absolutorias, sino la de las garantías del juicio justo en el proceso de apelación, que pasan por la posibilidad del apelante de defender su pretensión absolutoria con todas las garantías”.

cuanto requisito para la correcta valoración probatoria, sino que se proyecta sobre las posibilidades del acusado de defender su inocencia de modo contradictorio ante el órgano *ad quem*, incluyendo el derecho a ser oído personalmente.

El Tribunal de Estrasburgo, desde el caso *Ekbatani c. Suecia*, ha venido reiterando que las garantías del debido proceso (art. 6.1 CEDH) son exigibles con plenitud en la segunda instancia, pues “el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6 no termina con el fallo de primera instancia”. Ahora bien, a la hora de valorar las exigencias garantísticas que debe satisfacer la apelación es preciso ponderar las singularidades del proceso de que se trate, atendiendo especialmente al alcance de las facultades de revisión que tiene el órgano de apelación según su configuración legal en cada Estado y a las posibilidades de alegar y defender sus intereses por parte del acusado. Así, la celebración de una vista pública en segunda instancia no será exigible en todo caso, pudiendo su ausencia justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se haya celebrado en la primera. A este respecto, ha venido reiterando que

“una persona acusada de un delito debería, como principio general basado en la noción de juicio justo, poder comparecer en el juicio en primera instancia. Sin embargo, la presencia del acusado no adquiere necesariamente el mismo significado en la fase de apelación. En realidad, incluso cuando un Tribunal de apelación tiene plena jurisdicción para revisar el caso tanto por lo que se refiere a cuestiones de hecho como de derecho, el artículo 6 no siempre implica el derecho a una audiencia pública ni a comparecer personalmente. Al determinar esta cuestión, hay que tener en cuenta, *inter alia*, las especiales características del procedimiento y la manera en que se presentan y protegen los intereses de la defensa ante el Tribunal de apelación, en concreto vistas las cuestiones que éste debe juzgar y su importancia para el demandante”⁷⁹.

Tal doctrina es recordada, entre otras muchas⁸⁰, en el asunto *Igual Coll c. España*, manifestando de una parte que “ante un Tribunal de apelación que goza de plena jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates”; ahora bien, cuando en el caso concreto “una instancia de apelación debe conocer un asunto en los hechos y en Derecho y estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que señala que no ha cometido el acto considerado como una infracción penal”.

En concreto -y de igual modo a como ha venido asumiendo el TC-, cuando el tribunal de segunda instancia deba pronunciarse exclusivamente sobre cuestiones de Derecho y no sobre cuestiones de hecho, se respetará el debido proceso exigido por el artículo 6 CEDH aunque el tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente. Ello es lo que tuvo lugar con ocasión del asunto *Bazo González c.*

⁷⁹*Cooke c. Austria*, STEDH de 8 de febrero de 2000. En idéntico sentido - además de las citadas en la nota posterior- véase *Fejde c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; o *Golubev c. Rusia*, de 9 de noviembre de 2006.

⁸⁰Por ejemplo: *Jan Ake Andersson c. Suecia*, STEDH de 29 de octubre de 1991; *Constantinescu c. Rumanía*, de 27 de junio de 2000; *Helmers c. Suecia*, de 29 de octubre de 2001; *Kremzow c. Austria*, de 21 de septiembre de 1993, o *Belziuk c. Polonia*, de 25 de marzo de 1998.

España, de 16 de diciembre de 2008, considerando el Tribunal que la condena sin celebración de vista pública no había vulnerado el derecho al debido proceso por cuanto la discrepancia entre las decisiones de primera y segunda instancia se circunscribía a cuestiones de Derecho⁸¹. Por otra parte, y junto a la clase de cuestiones a resolver por el órgano *ad quem*, el Tribunal ha ponderado también la consecuencia jurídica a aplicar, rechazando en ocasiones la necesidad de audiencia pública en segunda instancia en virtud de la escasa gravedad de la sanción a imponer⁸². No obstante, en otras resoluciones ha puesto de relieve que este último criterio constituía una excepción a la “regla general que impone a los tribunales de segunda instancia la celebración de una vista pública”⁸³.

Es importante destacar también que si bien el Tribunal europeo ha puesto especial énfasis en la presencia del acusado ante el órgano de segunda instancia y en la consiguiente posibilidad de intervenir personalmente en su defensa, la necesidad de celebración de vista alcanza también a la exigencia de oír a los testigos cuando la defensa de la inocencia de aquél dependa de sus testimonios⁸⁴, habiendo enfatizado, en este sentido, que el ejercicio de la defensa en segunda instancia incluye la de proponer testigos y someterlos a un debate contradictorio⁸⁵.

En este sentido, a diferencia de la concepción desarrollada por el Tribunal español, que parte de la garantía de inmediación como contacto directo del juez con la prueba personal, el fundamento que se halla detrás de esa exigencia radica para el TEDH en la garantía de defensa contradictoria. Ha afirmado, así, que “del principio de la celebración de los debates públicos deriva el derecho del acusado a ser oído en persona por los Tribunales de apelación. Desde este punto de vista, el principio de la publicidad de los debates persigue la finalidad de asegurar al acusado su derecho de defensa”⁸⁶.

b) Las condenas a España

No siendo la inmediación sino las posibilidades de defensa contradictoria el criterio nuclear de la doctrina, distinto será, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la doctrina del TEDH. La diferencia ya no pasa por la cuestión de si la inmediación era necesaria para valorar la prueba, sino si, por emplear estos términos, el acusado tenía algo que manifestar – o que preguntar a otros testigos- sobre los hechos que se le imputaban que pudiera ser relevante para combatir la acusación y para que los jueces formaran su convicción sobre el asunto. Como se aprecia de la lectura de la jurisprudencia citada, el marco de supuestos contrarios al art. 6 CEDH vendrá dado por la diferenciación entre hecho y Derecho: cuando el órgano *ad quem* debe evaluar cuestiones de hecho (“conocer un asunto en los hechos y en Derecho y estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia”), será necesaria la presencia del acusado y, eventualmente, de otros testigos. *Sensu contrario*, sólo

⁸¹A la misma conclusión llegó en *Jan Ake Andersson c. Suecia*.

⁸²Así, en *Fejde c. Suecia*. O en *Prinz c. Austria*, STEDH de 8 de febrero de 2000.

⁸³*Lajos Kiss c. Hungría*, de 29 de septiembre de 2009.

⁸⁴Véase por ejemplo, *Spinu c. Rumanía*, STEDH de 29 de julio de 2008.

⁸⁵*Belziuk c. Polonia*, de 25 de marzo de 1998.

⁸⁶*Dondarini contra San Marino*, STEDH de 6 de julio de 2004.

cuando la controversia se proyecte sobre cuestiones de Derecho (*iura novit curia*) podrá el órgano judicial enmendar la absolución sin celebración de vista.

1. Las diferencias entre esa concepción y la que desarrolló el Tribunal español se muestran con toda claridad en las citadas condenas a España. La primera de ellas fue el asunto *Igual Coll*, en la que se dirimía una condena por delito de impago de pensiones. El Juzgado de lo penal fundó la absolución en la ausencia del elemento subjetivo del delito, concluyendo que, pese a la falta de pago, “a la luz de la situación financiera del demandante, que estaba en paro, éste no había dejado voluntariamente de pagar las cuantías debidas, sino que le había resultado imposible hacer frente a ellas”. La Audiencia revocó tal pronunciamiento, ponderando que (i) el acusado era ingeniero de profesión y no había probado su imposibilidad de encontrar un empleo que le permitiera ganar el dinero necesario para hacer frente al pago, que (ii) las solicitudes del acusado al juez civil para reducir las cuantías habían sido rechazadas, y (iii) que, en suma, a tenor de los extractos bancarios y de su cualificación profesional, el elemento subjetivo debía entenderse concurrente. Interpuesto recurso de amparo, fue inadmitido mediante providencia, por cuanto la Audiencia limitó su pronunciamiento a la culpabilidad a partir de hechos declarados probados en primera instancia, y que los elementos probatorios empleados - extractos bancarios, datos sobre su formación profesional etc.- no precisaban de intermediación.

Los argumentos del TEDH fueron los siguientes:

“La Audiencia Provincial no sólo tuvo en cuenta el elemento objetivo del delito (...) sino también examinó las intenciones y el comportamiento del demandante, así como las posibilidades de obtener ingresos más elevados debido a su formación profesional. En opinión del Tribunal, dicho examen difícilmente puede ser considerado como referente sólo a cuestiones de derecho. En efecto, implica, por sus características, posicionarse ante hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante”.

El Tribunal de apelación “no se limitó a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Juez a quo respecto a un conjunto de elementos objetivos, sino que efectuó una nueva apreciación de los hechos probados en primera instancia y los reconsideró, cuestión que va más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En consecuencia, la jurisdicción de recurso condujo a conocer el asunto de hecho y en derecho”. En conclusión, “su condena en apelación por la Audiencia Provincial, sin haber sido oído personalmente, no es conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio”.

2. En el asunto *García Hernández c. España*, la demandante, médica de profesión, fue condenada en segunda instancia, sin celebración de vista, por delito de lesiones por imprudencia. El Juzgado la había absuelto, después de oír su declaración y la de varios médicos, por entender que no existía prueba que acreditara la imputación del resultado a su conducta, puesto que ya existía una lesión previa en el paciente que era inapreciable para la demandante y porque, en suma, no pudo concluirse que, de haber podido prescribir al paciente un tratamiento distinto al administrado, se habrían evitado las lesiones. La Audiencia revocó la absolución considerando que los hechos probados eran

suficientes para fundar la imputación por imprudencia, teniendo en cuenta que el historial del paciente ya constaba en el hospital y que la demandante podía haberlo consultado, y que los medios del hospital le habrían permitido detectar la lesión. El recurso de amparo presentado fue inadmitido sobre la base de que no se habían modificado los hechos probados y que la condena no se había basado en una nueva valoración de hechos probados, sino en una distinta apreciación jurídica de los hechos.

Nuevamente, rechaza el TEDH tales conclusiones y dicta una sentencia condenatoria, por cuanto

“la Audiencia Provincial no se limitó a proceder a una nueva valoración de cuestiones puramente jurídicas, sino que se pronunció sobre una cuestión fáctica, la mala praxis de la demandante y el origen de las secuelas del paciente, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia. En opinión del Tribunal, tal examen implica, por sus características, posicionarse ante unos hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante”. “Siendo las cuestiones tratadas de índole fáctica, el Tribunal estima que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras modificarse la valoración de elementos tales como el comportamiento de la demandante, sin que ésta tuviera la posibilidad de ser oída personalmente y someterlos a contradicción en una vista pública, no es conforme con las exigencias del juicio justo que garantiza el artículo 6.1 del Convenio”.

3. Más complejo fue el supuesto resuelto en el asunto *Marcos Barrios*, al plantear la cuestión de la valoración, desde la segunda instancia, de declaraciones prestadas en instrucción y, por tanto, carentes igualmente de plena inmediación para el órgano *a quo*. Tras la absolución del Juzgado por falta de pruebas sobre la autoría del delito de asesinato - por entender carentes de corroboración las declaraciones de un coimputado prestadas en instrucción y leídas en el juicio, quien entonces se retractó de lo previamente declarado -, la Audiencia Provincial revocó la absolución sobre la base de lo declarado en instrucción, considerando que existían datos objetivos que permitían su corroboración. El TC dictó una providencia en la que inadmitió el amparo solicitado, considerando que la valoración efectuada por la Audiencia no conllevaba un diferente juicio sobre la credibilidad que ofrece el testigo -habiéndose valorado, por lo demás, el testimonio prestado en instrucción- sino sobre la suficiencia de otros elementos objetivos a los efectos de servir de corroboración dicha declaración.

El TEDH, partiendo de otras premisas, estima el recurso presentado por Marcos Barrios. Afirma, en primer lugar, que las declaraciones del coimputado fueron leídas oralmente “teniendo el demandante oportunidad de rebatir su contenido e incluso su veracidad, conforme a los principios de contradicción e inmediación”. Y concluye que la Audiencia Provincial “no se limitó a una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber: la credibilidad de las declaraciones”, modificando los hechos probados. Dicho examen, afirma, conlleva “un posicionamiento sobre los hechos decisivos para la culpabilidad del demandante” y, al ser las cuestiones tratadas de naturaleza fáctica, la condena “tras un cambio en la valoración de las declaraciones en litigio y de otros elementos, sin que el demandante tuviera ocasión de

ser oído personalmente y rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo”.

4. Finalmente, el asunto *Almenara Álvarez*, de 25 de octubre de 2011, se ocupó de un supuesto en el que la Audiencia Provincial, sin celebración de vista, revocó una absolución dictada en la instancia y condenó a la demandante por delito de alzamiento de bienes, siendo posteriormente inadmitido el recurso de amparo interpuesto sobre la base de que la condena se había sostenido exclusivamente sobre prueba documental, por lo que no era aplicable la doctrina de la STC 167/2002. Según el análisis del Tribunal europeo, el órgano de primera instancia, junto a la prueba documental, había oído a la acusada, a una amiga de ésta y a su psicóloga, y a partir de la valoración de tales elementos probatorios había concluido que la acusada no había tenido la intención de alzarse con sus bienes en perjuicio de los acreedores, y que la deuda no estaba vencida ni era exigible; por su parte, el órgano de apelación,

“consideró, sin oír personalmente ni a la demandante ni a los testigos que declararon ante el Juez, que las transmisiones patrimoniales efectuadas por la demandante a los miembros de su familia eran ficticias y tenían como finalidad provocar su insolvencia, en perjuicio de sus acreedores. Además, la Audiencia examinó el conjunto de pruebas de carácter documental valoradas por el Juez a quo (justificantes de los pagos realizados por la demandante, el acta notarial) y señaló que en el momento de vender el terreno, la deuda contra la demandante era totalmente exigible y conocida por ésta”.

El Tribunal concluye que la Audiencia “se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad de la demandante en el momento de vender ciertos bienes inmuebles”, examen que implica “tomar partido sobre los hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante”. Esa distinta valoración “de naturaleza fáctica”, “sin que la demandante tuviera ocasión de ser oída personalmente y de discutirla mediante un examen contradictorio durante la vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo”.

c) El derecho de audiencia personal en el TC

La más restrictiva concepción que presenta la jurisprudencia del TEDH sobre las facultades del órgano de segunda instancia para, sin celebración de vista, revisar una absolución no tardó en ser acogida por el TC, si bien a partir de la creación de una garantía adicional del acusado: un derecho de audiencia personal, y la ubicación de la controversia bajo un distinto *nomen iuris*: el derecho de defensa.

Ello ha sido plasmado en las SSTC 184/2009, de 7 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre⁸⁷. El núcleo de esta doctrina se encuentra en el siguiente pasaje de la segunda sentencia citada:

⁸⁷En la primera de ellas, ante un supuesto prácticamente idéntico al del asunto *Igual Coll*, se estimó el amparo, porque el órgano de apelación había revisado los hechos (el elemento *subjetivo* del delito). Ello pese a que, sorprendentemente, en la sentencia se afirma que es una cuestión “estrictamente jurídica” y que la audiencia personal del acusado debe garantizarse incluso en esos casos (¡). El errado planteamiento

“La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte”.

Más allá del acierto de ubicar en un derecho fundamental distinto lo que no es sino una concreción de la (más amplia) jurisprudencia del TEDH de que también arranca la línea doctrinal sobre inmediación surgida de la 167/2002, con este reforzamiento de las garantías de la segunda instancia penal el TC prácticamente equipara su estándar garantístico con el que, desde hace ya bastantes años venía adoptando Estrasburgo⁸⁸. Esta última línea doctrinal no sustituye la doctrina “tradicional”, sino que la complementa. Así, la iniciada con la 167/2002 estaría centrada en la garantía de inmediación como condición epistemológica para que el órgano judicial pueda efectuar una correcta valoración del material probatorio, y esta última pondría el acento en las posibilidades del propio acusado de ejercer su defensa, ya manifestando ante el juez las razones de su inocencia, ya sometiendo a contradicción las declaraciones de otros testigos. En este sentido, la exigencia

de esa sentencia fue corregido en la STC 45/2011, en la que, con mejor criterio, se concluyó que la controversia se ceñía a una cuestión estrictamente jurídica (si era de aplicación un concurso de normas o de delitos), razón por la que el amparo fue denegado; así como, especialmente, en la STC 142/2011, en la que se declara vulnerado el derecho de defensa al no haber sido oído los acusados en una controversia que no se ceñía a una “cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto”.

⁸⁸No obstante, restan aún algunos aspectos que el TC todavía no se ha planteado (o que, en su caso, los abogados que acuden al Tribunal no han acertado a plantear), como por ejemplo la necesidad de audiencia del acusado cuando el órgano *a quo* modifica la cuantía de la pena a partir de circunstancias personales del actor. Puede citarse, a este respecto, el asunto *Cooke c. Austria*, STEDH de 8 de febrero de 2000. En él, la cuestión principal a resolver en la segunda instancia era un posible aumento de la pena impuesta a cadena perpetua, lo que exigía “una nueva valoración de la personalidad del demandante y de su carácter, incluido su estado de ánimo en el momento de la comisión del delito, su móvil y su peligrosidad y agresividad en general”. El Tribunal, “teniendo en cuenta la importancia de lo que para el demandante estaba en juego”, concluyó que “era esencial para la equidad del procedimiento su presencia en la vista de apelaciones y darle la oportunidad de participar, junto a su abogado defensor”, por lo que “el Estado demandado tenía la obligación positiva de asegurar la comparecencia del demandante para permitirle «defenderse por sí mismo» como exige el artículo 6.3 c)”. En igual sentido, el asunto *Botten contra Noruega*, STEDH de 19 de febrero de 1996. Véase también el voto particular emitido en el asunto *Bazo González c. España*.

de audiencia personal – que no es equiparable con el derecho a la última palabra⁸⁹- no sólo garantiza que el acusado pueda declarar ante el órgano que por primera vez va a condenarle, sino también, cuando ello sea necesario a su defensa, que el acusado pueda confrontar su versión de los hechos con la de quien declara en contra de su inocencia. Por ello, como vimos que venía asumiendo el TEDH, en determinados supuestos la satisfacción de dicho derecho de defensa pasa necesariamente por la citación de los testigos que declararon en primera instancia, no sólo para que el órgano judicial pueda oírlos con inmediación (perspectiva propia de la STC 167/2002), sino sobre todo para que el acusado pueda confrontar su testimonio y defenderse frente a la acusación (perspectiva de la STC 45/2011 y del TEDH).

En todo caso, lo que importa poner de relieve es que, con esta nueva exigencia constitucional la necesidad de celebración de vista para oír al acusado y, en su caso, a otros testigos, ya no se predica sólo de los supuestos en que la revisión probatoria precisa de inmediación, sino de *todos los supuestos de revisión probatoria*. Es decir, siempre que el órgano de apelación, o de casación, revise la prueba y modifique los hechos.

6. STEDH de 22 de noviembre de 2011, Lacadena c. España

Y llegamos a la sentencia anunciada en el prefacio. Con esta decisión, el TEDH confirma lo que se había venido afirmando en estas páginas: que en la práctica del TS de revisar la valoración de los hechos, especialmente en relación con la prueba de los elementos subjetivos, no se respetaban las garantías de la segunda instancia exigidas por Estrasburgo, y que ello podría dar lugar a una condena por parte del Tribunal europeo. Junto a ello, la sentencia es relevante también porque, de las cinco condenas a España recaídas hasta la fecha por esta cuestión, esta es la única en la que el TC resolvió el amparo interpuesto con una sentencia – en lugar de con una inadmisión por providencia- en la que se desestimó la pretensión del recurrente.

6.1. Antecedentes: las sentencias del TS y del TC

El asunto tiene su origen en el procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional por delito de estafa y falsedad contra varias personas, entre ellas un notario a quien se acusaba de copartícipe en tales delitos, por haber autorizado las escrituras en las que se recogían distintas emisiones de obligaciones hipotecarias al portador, creando la apariencia de venir garantizadas hipotecariamente pero sin que ni las hipotecas ni las propias fincas estuvieran inscritas en el Registro de la Propiedad – requisito para el nacimiento legal de la garantía inmobiliaria-, y dando lugar a la suscripción por un gran número de personas de tales obligaciones, quienes vieron frustradas sus expectativas de recobro ante la insolvencia de la entidad emisora.

⁸⁹Afirma al respecto la STC 184/2009, citando la STEDH *Constantinescu c. Rumanía*, que “no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal”.

La Audiencia Nacional condenó a varios imputados, pero absolvió al notario por entender que había actuado sin dolo, al “no existir constancia directa o indiciaria de que autorizase las escrituras siendo consciente de que los contratos fuesen contrarios a las leyes” ni haberse probado “que el notario, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de la sociedad emitente”. Ante el recurso de los acusadores, el Tribunal Supremo procedió a revisar la valoración probatoria sobre el dolo del notario. En la sentencia (1036/2003, de 2 de septiembre), el Tribunal Supremo -acogiendo la concepción de la prueba del dolo que aquí se ha venido rechazando- considera que las referencias a los elementos subjetivos no deben aparecer en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia por cuanto “es fruto de la fundamentación jurídica de la sentencia penal, en donde, a partir de los datos objetivos probados en el juicio oral, el juez penal debe extraer, en su caso, la culpabilidad del acusado”. Ese presupuesto le sirve para alterar el *factum* recogido por la sentencia del órgano *a quo*, excluyendo las referencias a la ausencia de dolo, y para conocer de la pretensión impugnatoria de la acusación a través del cauce casacional de infracción de ley.

La distinta conclusión sobre la existencia de dolo del notario la infiere la Sala Segunda exclusivamente de prueba documental, sin haber tomado en consideración los testimonios prestados en el juicio oral. Tras una extensa y muy argumentada valoración probatoria, concluye que el notario hubo de conocer de la ilegalidad de la operación, de que su proceder generaba un engaño para los suscriptores de las obligaciones y, dada la inexistencia de garantía, un potencial perjuicio para los mismos, por lo que concurría un dolo, siquiera eventual, de estafa.

“Este dolo resulta, como conciencia de antijuridicidad de la conducta del notario acusado, de la propia redacción de las escrituras públicas de emisión de obligaciones hipotecarias, de las que no puede deducirse otra consecuencia que su vocación a la estafa generalizada (...), no solamente ya deducible de las sobrevaloraciones de los bienes que se ofrecían en garantía, sino de su misma formalización, al no contar con los elementos necesarios para procurar su inscripción registral, y al firmarse los títulos bajo la engañosa mención de que se trataba de obligaciones hipotecarias al portador, cuando es patente que, al no estar inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, nada podían garantizar, incumpléndose las menciones exigidas por el art. 154 de la Ley Hipotecaria, y cubriéndose su actuación profesional, al amparo exclusivamente de la falsedad documental, bajo la expresión 'escritura de constitución de hipoteca', pero contribuyendo al engaño con la misma, pues es evidente que la hipoteca requiere en nuestro Derecho, de forma constitutiva, la misma inscripción registral”.

El notario - sucedido procesalmente por su esposa, al haber fallecido durante la tramitación del recurso- recurrió en amparo al TC, denunciando la vulneración de varios derechos fundamentales y, en lo que nos es relevante, oponiendo dos argumentos: el primero, que la condena dictada por el TS en segunda instancia es contraria a la doctrina de la STC 167/2002, pues ha revisado la prueba sin la exigible inmediación; el segundo, que el TS ha ido más allá de sus posibilidades de revisión, las cuales, salvo el cauce del art. 849.2º LECrim, quedan restringidas a la revisión de la calificación jurídica.

La STC 328/2006, de 20 de noviembre, que desestimó el amparo, ya ha sido citada con anterioridad como ejemplo de la confusión en la que también parece haber incurrido el TC en lo tocante a los juicios sobre los elementos subjetivos. En efecto, para rechazar la segunda alegación, el TC asume que "la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente -el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas-, que ambos órganos judiciales dan por acreditados". Por ello, nada obsta a que

"el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (...) Tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional".

Tales argumentos permiten también rechazar la primera alegación, referida a la contradicción de la condena con la STC 167/2002:

"no existe en este caso alteración sustancial de los hechos probados, pues la divergencia entre ambas instancias afecta al juicio de culpabilidad. Tampoco se han valorado indebidamente pruebas testimoniales precisadas de inmediatez y contradicción, pues las inferencias sobre la culpabilidad se declaran a partir de datos objetivos que constan en la prueba documental aportada al proceso. Y, por último, como ya señalamos en la STC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3, es posible llegar a distinta conclusión probatoria al revisar una sentencia de instancia si la misma se construye a partir de indicios (hechos-base), que sean datos objetivos ya declarados probados en la sentencia que se corrige".

6.2. El pronunciamiento del TEDH

En *Lacadena Calero c. España*, el TEDH, después de exponer los términos de su jurisprudencia sobre las garantías de la segunda instancia, comienza por resaltar que

"en su sentencia de condena, el Tribunal Supremo ha dicho que era preciso ajustarse a los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional. A pesar de ello, ha dejado sin efecto una conclusión del juicio a quo, según la cual no había quedado suficientemente probado que el notario acusado hubiera previsto que su firma de los actos de venta causaría un perjuicio a los adquirentes. Según el Tribunal Supremo, este extremo no constituía un hecho sino un juicio sobre la culpabilidad del acusado, y por tanto quedaba dentro de la esfera del control del juez de casación".

Pero el Tribunal europeo no comparte esa concepción:

"El Tribunal Supremo, para llegar a una nueva calificación jurídica de la conducta del acusado, se ha pronunciado sobre circunstancias subjetivas de esta, a saber: que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que actuó con una voluntad fraudulenta (dolo

eventual) frente a las personas implicadas. Por lo que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la existencia de esa voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una apreciación directa de su testimonio, y en contradicción con las conclusiones del tribunal de instancia, que tuvo la oportunidad de escuchar al acusado y a otros testigos”.

(...) “Ha revocado el pronunciamiento de primera instancia después de haberse pronunciado sobre los hechos y el Derecho, que le han permitido determinar la culpabilidad del acusado. Desde este punto de vista, es obligado concluir que ante la inferencia de un tribunal referida a los elementos subjetivos (como en el caso ha sido la existencia del dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la conducta del acusado sin que previamente se le haya dado la oportunidad de probar la realidad de ese comportamiento, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación con los hechos que le han sido imputados”.

Ciertamente, el Tribunal Supremo alcanza su apreciación sobre la intención del acusado con apoyo en una inferencia a partir de los hechos declarados probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en las actuaciones). Sin embargo, para alcanzar esta inferencia el Tribunal Supremo no oyó al acusado, que no ha tenido la oportunidad (que no existe en el proceso de la casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las cuales él negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como de haber tenido la voluntad de defraudar.

A la luz de lo anterior, este Tribunal considera que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la apreciación directa del testimonio del acusado, o incluso de otros testigos”.

6.3. Tres conclusiones y un pronóstico adicional

De la sentencia del TEDH cabe extraer – y reiterar - al menos tres conclusiones. La *primera* es que la doctrina del TEDH sobre las garantías de la segunda instancia no queda circunscrita a la inmediatez, sino que se proyecta sobre la más amplia garantía de defensa contradictoria, por lo que su ámbito de aplicación alcanza a toda revisión sobre la valoración de los hechos, independientemente de si la distinta apreciación valorativa es o no sobre prueba personal. La *segunda* es que, para asegurar las posibilidades de defensa contradictoria, será necesario celebrar vista oral con audiencia del acusado, debiendo en ocasiones – en aras de asegurar la contradicción- citarse también a los testigos cuyo testimonio pueda ser relevante para la decisión el órgano *ad quem*. Y la *tercera* conclusión es que tales exigencias alcanzan a la casación penal en la medida en que por el TS se entre a revisar las inferencias probatorias del órgano de primera instancia, porque tal enjuiciamiento – tanto sobre elementos objetivos como subjetivos- se refiere a los hechos.

Las dos primeras conclusiones han sido ya asumidas por el TC, a partir del giro doctrinal introducido por las SSTC 184/2009 y 45/2011. En la medida que la tercera conclusión se deriva necesariamente de las dos anteriores – salvo que se quiera seguir defendiendo la falacia de que la prueba indiciaria sobre el dolo es una “valoración jurídica”-, resulta plausible afirmar que si el TC se hubiera enfrentado en la actualidad a un asunto como

Lacadena Calero, habría otorgado el amparo por vulneración del derecho de defensa. Quien debe ahora asumir tales conclusiones es la Sala Segunda.

Antes de concluir, no está de más recordar que, en cualquier caso, aun con el citado giro doctrinal del TC hay algunos aspectos de la jurisprudencia del TEDH que todavía están pendientes de recepción en el Tribunal de garantías español, por lo que no cabría descartar nuevas condenas en el futuro⁹⁰. El *primero* es que, mientras la doctrina del TC se circunscribe a los supuestos de pronunciamiento *in peius* (ya sea la revocación de una absolución, ya sea una agravación de la decisión del órgano *a quo*), el TEDH ha declarado vulnerado el art. 6 CEDH por la falta de audiencia personal también ante supuestos de confirmación de la condena de instancia⁹¹. Es cierto que, comparativamente, tales supuestos son menos habituales, y que, en lo que alcanzo, su número ha decrecido en los últimos años. Pero no creo que pueda concluirse que el TEDH ha abandonado esa faceta de su jurisprudencia. El *segundo* aspecto sobre el que la doctrina del TC aun no se ha hecho eco es el referido a los supuestos de modificación al alza de la cuantía de la pena por el órgano de segunda instancia; en ellos el TEDH ha considerado también necesario, al menos respecto de penas elevadas, que cuando la (mayor) penal se determine en atención a circunstancias personales del acusado se permita su presencia ante el órgano *ad quem*⁹².

7. Reflexiones finales. Revisión de la condena y revisión de la inocencia

En rigor, también el juicio sobre la credibilidad de un testimonio se basa en un proceso inductivo basado en reglas, puesto que la conclusión de que determinado testimonio resulta creíble se basa en una inferencia conclusiva del órgano judicial a partir de distintos elementos indiciarios (obtenidos, estos sí, a partir de la percepción directa). Esa premisa era la que se hallaba tras la argumentación de la STC 338/2005, de 20 de diciembre, en la que se afirmó que incluso dentro del juicio de credibilidad del testimonio cabía efectuar distinciones según que la valoración del órgano de apelación se basara en elementos o consideraciones adicionales que vendrían a sustituir el juicio del órgano a quo que enjuició la prueba con inmediatez (proceder proscrito por la STC 167/2002), o que la conclusión divergente sobre la credibilidad del testimonio estuviera sostenida en el enjuiciamiento crítico de los motivos en los que el juez de instancia fundó su valoración; esto es, cuando la inferencia sobre la credibilidad resultara irrazonable. La sentencia consideró que una condena dictada en segunda instancia a partir de este último razonamiento no vulneraba el art. 24.2 CE, porque estaríamos – al igual que en la prueba indiciaria – ante un juicio externo sobre la razonabilidad de la argumentación en el que ningún papel relevante jugaría la inmediatez.

⁹⁰Ello, ciertamente, dependerá en primer lugar de si los abogados españoles comienzan a mirar más a Estrasburgo. Algunos datos estadísticos: *España* presentó, en 2007, 310 demandas, y en 2010, 689 demandas, mientras que, por ejemplo (comparando tales cifras con dos Estados sobre los que no puede afirmarse que tengan una mayor tendencia a la vulneración de derechos fundamentales), *Alemania* presentó 1483 demandas en 2007, y 1683 en 2010; y *Francia* presentó 1553 en 2007, y 1619 en 2010. (Fuente: <http://www.echr.coe.int>).

⁹¹Véase *supra* nota 21.

⁹² Véase *supra* nota 88.

El error en que incurría ese pronunciamiento no tardó en ser detectado, y fue remediado por una sentencia del año siguiente, la 317/2006, de 15 de noviembre. Se afirmaba en la misma que, *de igual modo que considerar como irrazonables o arbitrarios los argumentos que fundan un veredicto de inocencia no da lugar a una atribución de culpabilidad*, la arbitrariedad o irrazonabilidad de los argumentos en que un Juez funda la inveracidad de un testimonio no implica *eo ipso* que el mismo sea veraz, sino que para llegar a esta conclusión será preciso realizar una segunda valoración dirigida a ponderar dicha credibilidad, y esa segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de inmediatez⁹³.

La argumentación contenida en esta última sentencia engloba un planteamiento más general, que resulta crucial para poner de manifiesto las diferencias que –junto al diferente estatus constitucional de las respectivas pretensiones revisoras del acusado y del acusador– plantea la revisión de una condena frente a la revisión de una absolución. Una condena arbitraria – lesiva del derecho a la presunción de inocencia – da lugar a la absolución, sin que para ello sea precisa ninguna valoración adicional sobre la prueba: ante la duda, rige la inocencia. En cambio, una absolución arbitraria no da lugar sin más a la condena, sino que para ello es necesaria una valoración adicional sobre la prueba que, superando el estándar de la duda razonable, permita afirmar la culpabilidad. La doctrina constitucional exige que ese enjuiciamiento de los hechos se realice con la intervención personal del acusado – y, eventualmente, de otros testigos– a partir de un debate contradictorio, por lo que, para evitar la lesión del derecho de defensa, la revisión de una absolución *en casación* sólo podrá dar lugar, o bien a su confirmación si los eventuales defectos de la sentencia de instancia, aun cuando pudieran ser discutibles, no lesionan derechos fundamentales del acusador, o bien a la retroacción de actuaciones si el grado de arbitrariedad es tal que permite afirmar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusador. *Tertium non datur*.

⁹³En igual sentido, aunque sin citar la anterior, STC 15/2007, de 12 de febrero; también la 54/2009, de 23 de febrero.

8. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente / Partes
STC 184/2009, de 7 de septiembre	RTC 2009/184	Doña Elisa Pérez Vera
STC 167/2002, de 18 de septiembre	RTC 2002/167	Don Vicente Conde Martín de Hijas
STC 111/2005, de 9 de mayo	RTC 2005/111	Doña María Emilia Casas Baamonde
STC 170/2005, de 20 de junio	RTC 2005/170	Doña Elisa Pérez Vera
STC 245/2007, de 10 de diciembre	RTC 2007/245	Doña María Emilia Casas Baamonde
STC 124/2008, de 20 de octubre	RTC 2008/124	Don Pascual Sala Sánchez
STC 29/2008, de 20 de febrero	RTC 2008/28	Don Pascual Sala Sánchez
STC 91/2009, de 20 de abril	RTC 2009/91	Don Ramón Rodríguez Arribas
STS 1412/1999, de 6 de octubre	RJ 1999/7020	Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta
STC 60/1985, de 6 de mayo	RTC 1985/60	Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STS 2047/2002, de 10 de diciembre	RJ 2003/473	Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS 1507/2005, de 9 de diciembre	RJ 2006/3300	Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta
STC 70/2002, de 3 de abril		
STS 79/2009, de 10 de febrero	RJ 2009/1541	Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS 1511/2005, de 27 de diciembre	RJ 2006/1326	Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS 755/2008, de 26 de noviembre	RJ 2008/7134	Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS 778/2007 de 9 de octubre	RJ 2007/6298	Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS 266/2006, de 7 de marzo	RJ 2006/2305	Excmo Sr. Joaquín Delgado García
STS 30/1995, de 23 de enero	RJ 1995/18	Excmo Sr. Roberto Hernández Hernández
STS 930/2007, de 19 de noviembre	RJ 2007/8442	Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez
STS 530/2003, 5 de septiembre	RJ 2003/6502	Excmo Sr. José Aparicio Calvo-Rubio

<i>STS 536/2005, de 28 de abril</i>	<i>RJ 2005/4704</i>	<i>Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis</i>
<i>STS 227/2008, de 7 de mayo</i>	<i>RJ 2008/2919</i>	<i>Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta</i>
<i>STC 266/2008, de 7 de mayo</i>	<i>RTC 2008/2984</i>	<i>Excmo Sr. Siro Francisco García Pérez</i>
<i>STS 342/2010, de 15 de abril</i>	<i>RJ 2010/5036</i>	<i>Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta</i>
<i>STS 978/2010, de 30 de diciembre</i>	<i>RJ 2011/1437</i>	<i>Excmo Sr. José Antonio Martín Pallín</i>
<i>STC 157/1990, de 18 de octubre</i>	<i>RTC 1990/157</i>	<i>Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer</i>
<i>STC 199/1996, de 3 de diciembre</i>	<i>RTC 1996/199</i>	<i>Don Enrique Ruiz Vadillo</i>
<i>STC 215/1999, de 29 de noviembre</i>	<i>RTC 1999/215</i>	<i>Don Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>STC 168/2001, de 16 de julio</i>	<i>RTC 2001/168</i>	<i>Don Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>STC 145/2009, de 15 de junio</i>	<i>RTC 2009/145</i>	<i>Don Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>STC 106/2011, de 20 de junio</i>	<i>RTC 2011/106</i>	<i>Don Eugeni Gay Montalvo</i>
<i>STS 1087/2010, de 20 de diciembre</i>	<i>RJ 2011/22</i>	<i>Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre</i>
<i>STC 4/2004, de 14 de enero</i>	<i>RTC 2004/4</i>	<i>Doña María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>STC 169/2004, de 6 de octubre</i>	<i>RTC 2004/169</i>	<i>Don Vicente Conde Martín de Hijas</i>
<i>STC 23/2008, de 11 de febrero</i>	<i>RTC 2008/23</i>	<i>Don Pablo Pérez Tremps</i>
<i>STC 189/2004, de 2 de noviembre</i>	<i>RTC 2004/189</i>	<i>Don Francisco Javier Delgado Barrio</i>
<i>STC 220/2007, de 8 de octubre</i>	<i>RTC 2007/220</i>	<i>Doña María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>STC 192/2005, de 18 de julio</i>	<i>RTC 2005/192</i>	<i>Don Francisco Javier Delgado Barrio</i>
<i>STC 115/2006, de 24 de abril</i>	<i>RTC 2006/115</i>	<i>Don Ramón Rodríguez Arribas</i>
<i>STC 120/2009, de 18 de mayo</i>	<i>RTC 2009/120</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STC 2/2010, de 11 de enero</i>	<i>RTC 2010/2</i>	<i>Don Ramón Rodríguez Arribas</i>
<i>STC 30/2010, de 17 de mayo</i>	<i>RTC 2010/30</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 256/2000, de 30 de octubre</i>	<i>RTC 200/256</i>	<i>Don Tomás S. Vives Antón</i>
<i>STC 81/2001, de 26 de marzo</i>	<i>RTC 2001/81</i>	<i>Don Carles Viver Pi-Sunyer</i>
<i>STC 214/2007, de 8 de octubre</i>	<i>RTC 2007/214</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>

<i>STC 276/2006, de 25 de septiembre</i>	<i>RTC 2006/276</i>	<i>Don Eugeni Gay Montalvo</i>
<i>STC 147/2009, de 15 de junio</i>	<i>RTC 2009/147</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 38/2011, de 28 de marzo</i>	<i>RTC 2011/38</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 82/2002, de 22 de abril</i>	<i>RTC 2002/82</i>	<i>Doña María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>STC 59/2003, de 24 de marzo</i>	<i>RTC 2003/59</i>	<i>Don Guillermo Jiménez Sánchez</i>
<i>STC 90/2010, de 15 de noviembre</i>	<i>RTC 2010/90</i>	<i>Don Guillermo Jiménez Sánchez</i>
<i>STC 214/1999, de 29 de noviembre</i>	<i>RTC 1999/214</i>	<i>Don Carles Viver Pi-Sunyer</i>
<i>STC 96/2006, de 27 de marzo</i>	<i>RTC 2006/96</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STC 105/2009, de 4 de mayo</i>	<i>RTC 2009/105</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STS 1547/2005, de 7 de diciembre</i>	<i>RJ 2006/572</i>	<i>Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</i>
<i>STS 1005/2006, de 11 de octubre</i>	<i>RJ 2006/7663</i>	<i>Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</i>
<i>STC 189/2003, de 27 de octubre</i>	<i>RTC 2003/189</i>	<i>Don Eugeni Gay Montalvo</i>
<i>STC 328/2006, de 20 de noviembre</i>	<i>RTC 2006/328</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 116/2007, de 21 de mayo</i>	<i>RTC 2007/116</i>	<i>Don Pablo Pérez Tremps</i>
<i>STC 73/2007, de 16 de abril</i>	<i>RTC 2007/73</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STC 340/2006, de 11 de diciembre</i>	<i>RTC 2006/340</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STC 267/2005, de 24 de octubre</i>	<i>RTC 2005/267</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 24/2009, de 26 de enero</i>	<i>RTC 2009/24</i>	<i>Don Ramón Rodríguez Arribas</i>
<i>STC 36/2008, de 25 de febrero</i>	<i>RTC 2008/36</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 114/2006, de 5 de abril</i>	<i>RTC 2006/114</i>	<i>Don Pablo Pérez Tremps</i>
<i>STC 46/2011, de 11 de abril</i>	<i>RTC 2011/46</i>	<i>Don Eugeni Gay Montalvo</i>
<i>STS 515/2006, de 4 de abril</i>	<i>RJ 2006/4791</i>	<i>Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz</i>
<i>STC 142/2011, de 26 de septiembre</i>	<i>RTC 2011/142</i>	<i>Don Ramón Rodríguez Arribas</i>
<i>STC 317/2006, de 15 de noviembre</i>	<i>RTC 2006/317</i>	<i>Doña Elisa Pérez Vera</i>
<i>STC 15/2007, de 12 de febrero</i>	<i>RTC 2007/15</i>	<i>Don Ramón Rodríguez Arribas</i>

<i>STC 54/2009, de 23 de febrero</i>	<i>RTC 2009/54</i>	<i>Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez</i>
<i>STEDH de 27 de junio de 2000</i>		<i>Constantinescu c. Rumanía</i>
<i>STEDH de 26 de mayo de 1988</i>		<i>Ekbatani c. Suecia</i>
<i>STEDH de 25 de junio de 2000</i>		<i>Tierce y otros c. San Marino</i>
<i>STEDH 8 de febrero de 2000</i>		<i>Stefanelli c. San Marino</i>
<i>STEDH 6 de julio de 2004</i>		<i>Dondarini v. San Marino</i>
<i>STEDH 28 de junio de 2005</i>		<i>Hermi c. Italia</i>
<i>STEDH de 10 de marzo de 2009</i>		<i>Igual Coll c. España</i>
<i>STEDH de 21 de septiembre de 2010</i>		<i>Marcos Barrios c. España</i>
<i>STEDH de 16 de noviembre de 2010</i>		<i>García Hernández c. España</i>
<i>STEDH de 25 de octubre de 2011</i>		<i>Almenara Álvarez c. España</i>
<i>STEDH 16 de diciembre de 2008</i>		<i>Bazo González c. España</i>
<i>STEDH de 8 de febrero de 2000</i>		<i>Cooke c. Austria</i>
<i>STEDH de 29 de octubre de 1991</i>		<i>Fejde c. Suecia</i>
<i>STEDH de 9 de noviembre de 2006</i>		<i>Golubev c. Rusia</i>
<i>STEDH de 29 de octubre de 1991</i>		<i>Jan Ake Andersson c. Suecia</i>
<i>STEDH de 29 de octubre de 2001</i>		<i>Helmers c. Suecia</i>
<i>STEDH de 21 de septiembre de 1993</i>		<i>Kremzow c. Austria</i>
<i>STEDH de 25 de marzo de 1998</i>		<i>Belziuk c. Polonia</i>
<i>STEDH de 8 de febrero de 2000</i>		<i>Prinz c. Austria</i>
<i>STEDH de 29 de septiembre de 2009</i>		<i>Lajos Kiss c. Hungría</i>
<i>STEDH de 29 de julio de 2008</i>		<i>Spinu c. Rumanía</i>

9. Bibliografía

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (2009), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

-EL MISMO (1992), "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, (12), pp. 257 ss.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2002), "Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada 'doble instancia')", *Actualidad Penal*, (12), pp. 277 ss.

- EL MISMO (1988), "Presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación", *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, pp. 365 ss.

Luis BENEYTEZ MERINO (1990), "Juicio de valor y jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, (19).

José BONET NAVARRO (2009), "Presunción de inocencia a favor del presente recurso de casación", *La Ley Penal*, (64).

Miguel CARMONA RUANO (1995), "La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y casación", en *Recursos en el orden jurisdiccional penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, (21), pp. 117 ss.

Jordi FERRER BELTRÁN (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

-EL MISMO (2005), *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Marina GASCÓN ABELLÁN (2010), *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Juan IGARTUA SALAVERRÍA (2011), "¿Es un dislate exigir la motivación de una sentencia absolutoria por duda razonable?", *Teoría y Derecho*, (9), pp. 189 ss.

Alberto JORGE BARREIRO (2003), "Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)", *Jueces para la Democracia*, (48).

Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (1995), "Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional", *Recursos en el orden jurisdiccional penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, (21).

Daniel PASTOR (2001), *La nueva imagen de la casación penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.

Mercedes PÉREZ MANZANO (2011), "Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda", *Jueces para la democracia*, (67), pp. 51 ss.

-EL MISMO (2008), "Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo", en GARCÍA VALDÉS et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, pp. 1453 ss.

-EL MISMO (2006), "El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje a Antonio González-Cuellar García*, Ed. Colex, Madrid, pp. 1107 ss.

Ramón RAGUÉS I VALLÈS (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M.Bosch, Barcelona.

Ignacio SÁNCHEZ YLLERA (2006), "Facultades de valoración del Tribunal *ad quem* (especial referencia a la STC 167/2002)", en AAVV, *Los recursos de casación y apelación penal*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ.

Fernando SEQUEROS SAZATORNIL (2008), "El acceso a la casación penal de la crítica a la razonabilidad de los juicios sobre la prueba en sentencias absolutorias: nuevas perspectivas", *La Ley*, (6853).

Michele TARUFFO (2007), "Consideraciones sobre prueba y motivación", *Jueces para la Democracia*, (59), p. 71 ss.

-EL MISMO (2002), *La prueba de los hechos*, (trad. Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid.

Tomás S. VIVES ANTÓN, (2011), *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.