

Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional

Marina Cedeño Hernán
*Profesora Titular de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense*

SUMARIO: 1. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ALCANCE ANULADORIO DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS.—1.1. *La postura inicial del Tribunal Constitucional: doctrina de «los frutos del árbol envenenado» o doctrina del «efecto dominó».* —1.2. *La nueva postura del Tribunal Constitucional en torno a la prueba ilícita: la «conexión de antijuridicidad».*—2. RESTRICCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA PROBATORIA DE LA DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO.—3. LA VALORACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL «JUICIO DE INDIFERENCIA SUFICIENTE» EN LA PRUEBA INDICIARIA.—4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SEGUNDA INSTANCIA.

La «presunción de inocencia» es la piedra angular en torno a la cual se construye un modelo de proceso penal, en concreto, el proceso penal de corte liberal, en el que se pretende esencialmente establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva del Estado ¹:

¹ Sobre el tema es de obligada consulta la monografía de J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993. Sobre el artículo 24 de la Constitución es de sumo interés «Garantías procesales», I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, O., EDESA, Madrid, 1996, tomo III, pp. 110 y sigs.

La concreción de este postulado esencial en el proceso penal tiene un doble significado:

a) Por un lado, la presunción de inocencia es una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme a la cual ha de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado durante el proceso.

b) Por otro lado, la presunción de inocencia es una regla de juicio, es decir, es una regla referida al juicio de hecho de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del acusado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Todos estos significados de la presunción de inocencia deben considerarse acogidos en la proclamación constitucional del artículo 24.2 de la Constitución. Y de estos significados es el de la presunción de inocencia como regla de juicio el que ha tenido más desarrollo en la jurisprudencia constitucional.

De conformidad con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada con una mínima actividad probatoria, practicada con todas las garantías, que racionalmente puede calificarse de cargo ².

Las cuestiones más espinosas a las que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional tienen que ver precisamente con lo que debe entenderse por «prueba de cargo practicada con todas las garantías». De estas cuestiones he seleccionado cuatro que, a mi juicio, no han encontrado una respuesta del todo clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ALCANCE ANULATORIO DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

La presunción de inocencia impone un control de los cauces a través de los cuales se forma la convicción del juzgador en torno a la certeza positiva o negativa de los hechos objeto del proceso penal. O, con otros términos, no todos los materiales obrantes en el proceso y que sean, en principio, aptos para proporcionar un convencimiento sobre los hechos pueden ser utilizados como fuente del convencimiento del juzgador. En este sentido, las declaraciones jurisprudenciales acerca del derecho constitucional a la presunción de inocencia insisten en que la prueba, para poder fundar la convicción del juz-

² En este sentido pueden verse, como botones de muestra, la STC 42/1999, de 22 de marzo, la STC 33/2000, de 14 de febrero y la STC 126/2000, de 16 de mayo.

gador acerca de la culpabilidad del imputado, debe haberse practicado con total respeto de las garantías constitucionales y legales³.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de ello se deriva la exigencia no sólo del respeto de una serie de garantías en la práctica de la prueba (en especial, la contradicción e inmediación), sino también el respeto de los derechos fundamentales en la obtención de las fuentes de prueba. En efecto, cuando un medio de prueba tiene su origen en un acto extraprocesal lesivo de un derecho fundamental (v. gr. el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones), el juzgador no podrá tenerlo en cuenta a la hora de formar su convicción o, lo que es lo mismo, no puede considerarse a la denominada «prueba prohibida» como prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. De este modo se conecta la prueba ilícita con la presunción de inocencia, aunque, si bien se mira, no parece que esta conexión añada nada. De hecho, el Tribunal Constitucional, en un primer momento, entendió que en esos casos se consideraba vulnerado el derecho fundamental en cada caso afectado directamente en la obtención de la prueba⁴.

1.1. La postura inicial del Tribunal Constitucional: doctrina de «los frutos del árbol envenenado» o doctrina del «efecto dominó»

En cualquier caso, el artículo 11.1 LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Este precepto, que trae su causa en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sido objeto de distintas interpretaciones por la jurisprudencia constitucional.

Hasta hace poco tiempo, la postura del Tribunal Constitucional, coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, era la que a continuación se resume. La violación de un derecho o libertad fundamental en la obtención de una concreta prueba determina la ineficacia no sólo de esa prueba ilícita, sino también de aquellas otras que han sido descubiertas merced a los resultados obtenidos de la prueba ilícita⁵.

³ Cfr. J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*, cit., pp. 120 y ss.

⁴ Cfr. STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁵ Esta doctrina se recoge en resoluciones como la STC 86/1995, de 6 de junio (que considera ineficaz una prueba —alijo de droga— que se localizó gracias a una intervención telefónica lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones al carecer de autorización judicial); o la STC 126/1995, de 25 de julio (que considera ineficaz la incautación de un alijo de droga a consecuencia de un registro lesivo del derecho a la inviolabilidad de domicilio por falta de motivación del auto que da luz verde a la entrada y registro); o la STC 49/1996, de 26 de marzo (que considera que la ilicitud de una escuchas telefónicas determina «todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración»—declaración de coimputado sobre hechos descubiertos a consecuencia de las escuchas ilegales—); o, en fin, la STC 94/1999, de 31 de mayo (que considera ilegal la incautación de droga y posteriores declaraciones testimoniales de policía y particulares cuyo origen se encuentra en un registro ilegal).

A la luz de esta jurisprudencia constitucional, queda claro, pues, que el artículo 11.1 LOPJ se ha interpretado en el sentido de que dentro de él se da cobertura a la denominado *doctrina del fruto del árbol envenenado* o *doctrina del efecto dominó*: ineficacia de las pruebas obtenidas directamente violando un derecho fundamental y de las que deriven de aquéllas, esto es, de las que indirectamente vulneren el derecho fundamental.

1.2. La nueva postura del Tribunal Constitucional en torno a la prueba ilícita: la «conexión de antijuridicidad»

En los dos últimos años encontramos sentencias que se apartan de la anterior doctrina y nos ofrecen una nueva perspectiva en lo relativo al alcance anulatorio de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales.

La STC 81/1998, de 2 de abril, recoge una doctrina innovadora que se repite en otras sentencias posteriores: como regla general, todo elemento probatorio que tenga un origen directa o indirectamente relacionado con la vulneración de un derecho fundamental no podrá ser valorado por el tribunal. Sin embargo, esta regla no es absoluta sino que admite excepciones: podrá reconocerse eficacia a las pruebas derivadas de otra obtenida con infracción de un derecho fundamental siempre que entre unas y otra no exista «conexión de antijuridicidad»⁶.

Para determinar cuándo se da esta conexión de antijuridicidad hay que tener en cuenta dos criterios:

a) De un lado, la índole y gravedad de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria y las posibilidades de haber obtenido las pruebas derivadas sin vulnerar el derecho fundamental.

En el supuesto de hecho contemplado por esta Sentencia se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones a consecuencia de la insuficiente motivación de la resolución judicial que autorizó unas intervenciones telefónicas que sirvieron a los agentes de policía para averiguar una operación de tráfico de estupefacientes.

Pues bien, el Tribunal Constitucional estima que el motivo de la infracción —motivación insuficiente— no es grave y que las pruebas derivadas —en especial, la incautación del alijo de droga— podrían haberse obtenido por otras vías sin necesidad de haberse servido de los datos conocidos a consecuencia de la intervención telefónica.

⁶ Es interesante el comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril, de J.J. MUERZA ESPARZA, con el título «Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con violación de derecho fundamentales. ¿una nueva interpretación?», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 16, diciembre, 1998, pp. 17 y ss.

b) En segundo lugar, hay que tener en cuenta las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado. Aquí la cuestión a determinar es si la excepción a la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en una prueba ilícita puede ser un incentivo para la comisión de otras infracciones del derecho fundamental, privándole así de una garantía esencial.

El Tribunal Constitucional estima, en esta ocasión, que no puede inferirse de los hechos probados que los órganos encargados de la investigación penal tuvieran la intención de vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, admitir el valor de las pruebas derivadas no priva al derecho al secreto de las comunicaciones de una garantía esencial.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional sienta las bases para una nueva interpretación del artículo 11.1 LOPJ que relaje la aplicación de la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado. En posteriores sentencias, el Tribunal ha recurrido de nuevo a este concepto de la «conexión de antijuridicidad»⁷.

Este giro de la jurisprudencia constitucional tiene cierto paralelismo, *mutatis mutandis*, con el cambio experimentado por la jurisprudencia norteamericana en la que se encuentra la génesis de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Simplificando un poco se puede decir que el origen de la doctrina de los frutos del árbol envenenado se encuentra en la jurisprudencia norteamericana del primer cuarto de siglo y su principal finalidad fue poner un freno a los métodos de investigación de la policía que con demasiada frecuencia contraenía los preceptos constitucionales de la IV Enmienda.

Poco a poco esta doctrina fue objeto de restricciones:

En primer lugar, la jurisprudencia acuñó la denominada «doctrina de la fuente independiente» (*independent source*), según la cual todas las pruebas que se hayan obtenido casualmente o en virtud de datos o informaciones que no deriven de la prueba ilícita, no quedarían privadas de eficacia, aunque se refieran a los mismos hechos que pudieran haber sido acreditados por la prueba ilícita de haber sido ésta respetuosa con los derechos fundamentales. A mi juicio, esta doctrina encaja sin grandes esfuerzos en nuestro artículo 11.1 LOPJ.

En segundo lugar, se introdujeron dos criterios que suponen verdaderas limitaciones a la doctrina del fruto del árbol envenenado: el criterio de la buena fe (*good faith*) y el del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*). De acuerdo con el primer criterio, podrá reconocerse eficacia a las pruebas obtenidas a partir de los datos conocidos a través de otra prueba obtenida vul-

⁷ STC 49/1999, de 5 de abril; STC 139/1999, de 22 de julio; STC 161/1999, de 27 de septiembre; o STC 50/2000, de 28 de febrero.

nerando algún derecho fundamental (e incluso a la misma prueba ilícita) cuando los responsables de esa vulneración hubiesen actuado de buena fe. De acuerdo con el segundo criterio, el tribunal podrá tener en cuenta los datos averiguados a consecuencia de la prueba ilícita sobre la base de la consideración hipotética de que, aunque la ilicitud en la obtención de la prueba no hubiera tenido lugar, dichos datos habrían sido inevitablemente averiguados, por otras vías, durante el curso de la investigación.

Estos dos últimos criterios se parecen mucho a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «conexión de antijuridicidad». A mi juicio, puede ser conveniente no incurrir en interpretaciones desmesuradas de la doctrina de los frutos del árbol envenenado que pueden conducir a clamorosas absoluciones ante presuntas vulneraciones de derechos fundamentales que, a veces, son más que dudosas. Sin embargo, una doctrina como la del descubrimiento inevitable no me parece correcta porque puede conducir a condenas sin pruebas y apoyadas sobre meras hipótesis. Tal vez habría que valorar cuáles de los requisitos que la ley exige para acordar la práctica de ciertas diligencias restrictivas de derechos fundamentales (inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones) tiene como verdadera finalidad tutelar ese derecho fundamental y cuáles no ⁸.

2. RESTRICCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA PROBATORIA DE LA DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO

Desde hace ya unos cuantos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de establecer ciertas «garantías» específicas que deben reunir determinadas pruebas, en concreto la declaración de un coimputado o de la víctima, para poder calificarlas como pruebas de cargo. Estas «garantías» son factores que inciden en la fiabilidad de la declaración del coimputado o de la víctima.

En este sentido, una vasta jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que para valorar la eficacia de la declaración de un coimputado, en especial cuando sea la única prueba de contenido inculpativo, el tribunal de instancia debe tener en cuenta factores como: la existencia de ánimo autoexculpatorio o de obtención de un trato favorable en la sentencia; la índole de las relaciones anteriores entre el coimputado y el inculpativo; o los rasgos de la personalidad del coimputado declarante que puedan incidir en el valor probatorio de su declaración. Del mismo modo, respecto de las declaraciones de la víctima, el Tribunal Supremo ha establecido que para poder fundar una sentencia de condena en estas declaraciones el tribunal de instancia debe

⁸ Cfr., a modo de ejemplo, la STC 228/1997, 16 de diciembre y, en sentido contrario, la STC 133/1995, 25 de septiembre.

comprobar: la ausencia de un móvil de resentimiento, enemistad o venganza; la concurrencia de elementos objetivos que avalen la declaración; la persistencia en la incriminación, sin ambigüedades ni contradicciones.

A la vista de esta jurisprudencia, queda claro, pues, que la declaración de un coimputado o de la víctima son pruebas de cargo que pueden desvirtuar la presunción de inocencia, siempre y cuando no concurren factores que minen la credibilidad de tales testimonios. Estos factores, que han sido objetivados por la jurisprudencia, no son sino reglas de la lógica y la experiencia que pueden resultar útiles siempre que no se caiga en automatismos en su aplicación y se respete la apreciación en conciencia por el juzgador de las pruebas practicadas. Con esto quiero decir que no debería privarse al tribunal de instancia de la posibilidad de razonar, en el caso concreto, que, por ejemplo, pese a la enemistad entre la víctima y el inculpado, el testimonio de ésta le resulta convincente⁹.

La posición del Tribunal Supremo ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. Así, la STC 137/1988, de 7 de julio, dejó claro que las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no son pruebas prohibidas por la Ley procesal y no cabe dudar de su valor testimonial, basado en un conocimiento extraprocesal de los hechos. Y continúa diciendo, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, estos testimonios habrán de valorarse teniendo en cuenta los factores, ya señalados por la jurisprudencia del TS, que pueden incidir, en cada caso, en la credibilidad de la declaración. En parecidos términos, pero referidos, esta vez, a las declaraciones de la víctima, se pronuncia la STC 11/1995, de 16 de enero, que además añade que el valor o credibilidad que el tribunal de instancia otorgue a una declaración testifical forma parte de la valoración de la prueba y no es revisable en casación.

Sin embargo, en los últimos años, de una forma un tanto súbita, el Tribunal Constitucional ha cambiado radicalmente su postura en lo relativo al valor probatorio de la declaración de un coimputado. Así, la STC 153/1997,

⁹ En este sentido F. GASCÓN INCHAUSTI, *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1999, pp. 131 y 132, quien, tras poner de manifiesto la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al valor probatorio de las declaraciones del coimputado y de la víctima, afirma que admitir el control en casación o en vía de amparo del «carácter racional del discurso valorativo» supone un avance en la tutela del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, GASCÓN INCHAUSTI hace la siguiente reserva: «una excesiva vinculación del Tribunal Supremo o del Constitucional a los parámetros de fiabilidad que ellos mismos han establecido supone en realidad la institución, de forma encubierta, de un sistema de valoración tasada de la prueba —reducido, eso sí, a la prueba sobre la prueba, y sólo para determinados tipos de prueba—. En otras palabras, es la propia jurisprudencia la que indica las consecuencias que ha de tener, a la hora de dictar sentencia, la prueba de un determinado hecho: probado, por seguir con el ejemplo, el odio de un coimputado hacia otro, el juzgador penal debe, *necesariamente y con independencia de su personal convicción*, tener su testimonio por no fiable y, en consecuencia, tiene prohibido basar en él su condena. Y si, a pesar de ello lo hiciera, podrá esperarse una revocación de su sentencia por el Tribunal Supremo —o, en último término, por el Tribunal Constitucional—».

de 29 de septiembre, afirma que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo si no resulta corroborada por otras pruebas. El fundamento de esta conclusión es que el coimputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puede callar total o parcialmente o, incluso, mentir¹⁰.

Dejando al margen que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable no equivale, a mi juicio, a la consagración del derecho a mentir, como parece entender el Tribunal Constitucional, la nueva postura de este Tribunal en cuanto al valor probatorio de las declaraciones de los coimputados no me parece admisible. Esta doctrina supone tanto como establecer una prueba tasada de valor negativo: el Tribunal viene a decir que nunca podrá fundarse la condena únicamente en la declaración de un coimputado, con independencia del grado de fiabilidad intrínseca que ésta ofrezca.

Y ahora cabe preguntarse: ¿esta doctrina es compatible con la apreciación en conciencia de las pruebas?; ¿puede el Tribunal Constitucional asumir el papel del legislador y crear pruebas de valor tasado? A mi juicio, la respuesta a ambas preguntas es negativa. No es descabellado pensar que hay que ser cautelosos o, incluso, muy cautelosos, para condenar con base exclusivamente en la declaración de un coacusado y, de hecho, hay algún ordenamiento, como el italiano, que prohíbe al juzgador valorar la declaración de un coimputado si no va acompañada de otros medios de prueba que la corroboren. Pero, en todo caso, es el legislador el que, si se estima conveniente, debería introducir esta innovación legislativa y dudo mucho que el TC pueda asumir el papel del legislador, máxime en una cuestión tan delicada.

3. LA VALORACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL «JUICIO DE INFERENCIA SUFICIENTE» EN LA PRUEBA INDICIARIA

Una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional ha sentado que la prueba indiciaria puede considerarse prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos:

- a) Que los indicios estén plenamente probados.
- b) Que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.
- c) Que el órgano judicial explique el razonamiento en virtud del cual ha pasado de los indicios al hecho presunto.

¹⁰ Esta misma doctrina se ha confirmado en posteriores sentencias como la STC 49/1988, de 2 de marzo, o la STC 115/1998, de 1 de junio.

La concurrencia de estos requisitos puede controlarse tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional ¹¹.

Últimamente, sin embargo, hay algunas sentencias que añaden un nuevo requisito a los tres anteriores: que el juicio de inferencia de culpabilidad sea suficiente. Este juicio de inferencia supone pasar del control —digámoslo así— externo de la existencia de un nexo lógico entre los indicios y el hecho presunto a la valoración de la prueba, esto es, adentrarse en la convicción subjetiva del juzgador a la hora de considerar a la prueba por indicios como prueba de cargo.

Desde mi punto de vista, si este juicio de inferencia suficiente se interpreta en el sentido de que el Tribunal Constitucional podrá someter a examen el carácter concluyente de la inferencia, esto es, que tomando como base el conjunto de los indicios probados la conclusión más lógica de las posibles es que se haya producido también el hecho presunto (no sólo hay un nexo lógico sino que es lo más posible) me parece correcto. Así, se considerará insuficiente el juicio de inferencia cuando a la vista de los indicios probados quepan distintas conclusiones alternativas —todas ellas igualmente razonables— y no haya, por tanto, base suficientemente sólida para deducir de ellos el hecho determinante de la responsabilidad criminal sino, como mucho, meras sospechas ¹².

Sin embargo, en otros casos el Tribunal Constitucional ha acudido a ese requisito del juicio de inferencia suficiente para utilizarlo como excusa que justifique el rechazo de una prueba indiciaria por otras razones no muy claras. Como ejemplo, la STC 68/1998, de 30 de marzo, tras valorar por separado, y no conjuntamente, cada uno de los indicios tenidos en cuenta por el órgano judicial para deducir la existencia del dolo específico en un delito de prevaricación por haberse dictado «a sabiendas» una resolución injusta por un órgano administrativo ¹³, concluyó rechazando que las pruebas indiciarias puedan considerarse de cargo porque falta el juicio de inferencia suficiente. Esta sentencia tiene un voto particular en el que se afirma que el Tribunal se excede de sus funciones porque no se limita a valorar la existencia de un nexo lógico, racional y suficientemente sólido entre los indicios y el hecho pre-

¹¹ Cfr. SSTS 1.ª de 19 de octubre de 1999; de 29 de septiembre de 1999; de 15 de julio de 1999; de 27 de septiembre de 1999; de 8 de junio de 1999; de 28 de abril de 1999; de 5 de marzo de 1999; de 22 de febrero de 1999; de 14 de diciembre de 1998; de 6 de noviembre de 1998; de 23 de octubre de 1998; de 9 de octubre de 1998; de 24 de septiembre de 1998; de 4 de mayo de 1998; 24 de febrero de 1998; de 17 de febrero de 1998; de 5 de marzo de 1998; de 16 de diciembre de 1997; de 3 de noviembre de 1997; de 14 de noviembre de 1997; de 16 de julio de 1997; de 21 de julio de 1997; de 3 de junio de 1997, entre otras. Entre la jurisprudencia constitucional, STC 182/1995, de 11 de diciembre; STC 24/1997, de 11 de febrero; STC 45/1997, de 11 de marzo.

¹² En tal sentido, se refieren al juicio de inferencia sentencias como STC 220/1998, de 16 de noviembre; STC 120/1999, de 28 de junio; STC 44/2000, de 14 de febrero; STC 171/2000, de 26 de junio; o STC 202/2000, de 24 de julio.

¹³ Los indicios concurrentes eran: el carácter colegiado del órgano, la formación jurídica de sus miembros, la existencia de un voto particular discrepante ajustado a Derecho, las múltiples irregularidades procedimentales y el excesivo rigor de las sanciones impuestas en la resolución.

sunto sino que se adentra en valoraciones que sólo corresponden al órgano judicial.

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SEGUNDA INSTANCIA

La última de las cuestiones a las que me voy a referir se enmarca dentro de una polémica más amplia: la doble instancia en el proceso penal. No es mi intención volver a plantear de nuevo toda la problemática derivada de admitir una segunda instancia en un proceso, como es el penal, caracterizado por la oralidad y, en consecuencia, por la inmediación. Por el contrario, quiero centrarme en un tema que afecta de modo directo al derecho a la presunción de inocencia.

La pregunta es: ¿se vulnera la presunción de inocencia si el órgano encargado de la apelación, sobre la base de una nueva valoración de las pruebas practicadas en primera instancia, tiene por cierta una culpabilidad que la sentencia de primera instancia no consideró cierta?

El Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión en varias sentencias ¹⁴ y, entre las más recientes, cabe destacar la STC 172/1997, de 14 de octubre, que, confirma la doctrina mantenida en anteriores decisiones. Lo que el Tribunal Constitucional sostiene es que no se vulnera la presunción de inocencia por el hecho de que el tribunal de apelación sustituya la valoración de la prueba realizada por el tribunal de primera instancia por la suya propia. Se trata tan sólo de una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del tribunal de apelación que, en virtud del efecto devolutivo del recurso de apelación, asume la plena jurisdicción sobre el caso. A esto hay que añadir que el argumento relativo a la falta de inmediación del tribunal de apelación debe rechazarse porque no se vulnera la inmediación cuando en la apelación «no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción..., sino que la Sala hizo suyas las practicadas en la instancia...» ¹⁵.

En mi opinión, esta Sentencia parte de un erróneo entendimiento de lo que significa inmediación. La inmediación significa que el juzgador ha de estar presente durante la práctica de las pruebas y durante las alegaciones de las partes y, por último, ha de formar el juicio sobre los hechos de acuerdo con lo que ha visto y oído. Y ninguna duda cabe en cuanto a que cuando el tribunal de apelación lleva a cabo una nueva valoración de las mismas prue-

¹⁴ STC 124/1983, de 21 de diciembre; STC 21/1993, de 18 de enero; STC 157/1995, de 6 de noviembre.

¹⁵ Se exige, eso sí, que si el tribunal de apelación sustituye la absolución por la condena del acusado explique, al menos, la nueva valoración del material probatorio —practicado durante la primera instancia— que ha servido para formar su convicción. En este sentido, cfr. STC 5/2000, de 17 de enero.

bas practicadas durante la primera instancia formará su convicción no sobre una actividad probatoria que él ha presenciado sino sobre la documentación de lo sucedido en el juicio oral de la primera instancia. En esta sentencia hay un voto particular (del Magistrado Ruiz-Vadillo, al que se adhiere Jiménez de Parga y Cabrera) en el que se razona en contra de la posibilidad de que el tribunal de apelación cambie la absolución por una sentencia de condena con base en una nueva valoración de una prueba testifical que no ha visto y, por tanto, no puede valorar las sensaciones percibidas en la declaración y esto conduce a cambios basados en el puro voluntarismo.

En este sentido, hay que recordar que el propio Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas ocasiones que para destruir la presunción de inocencia sólo podrá utilizarse «la prueba practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad»¹⁶.

A mi juicio, es una contradicción que el Tribunal Constitucional, por un lado, resalte la importancia de la intermediación como garantía para formar la convicción del juzgador en torno al juicio de hecho y, por otro lado, se olvide de la intermediación cuando se trata de pronunciarse sobre las discrepancias en la valoración de las pruebas entre el tribunal de primera y de segunda instancia.

A esto hay que añadir que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. Pues bien, en el caso que estamos comentando no sólo no se cumple lo dispuesto en esta norma, sino que se aplica justamente lo contrario: se revisa la sentencia absolutoria dictada en primera instancia y se sustituye por una sentencia condenatoria a la que se llega sobre la base de una nueva valoración de las pruebas que el tribunal de apelación no conoce de forma directa sino a través de una documentación.

Por todo esto, creo que debería replantearse la actual regulación de la segunda instancia en el proceso penal¹⁷. Tal vez el legislador debería atender a lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y admitir la apelación sólo en beneficio del reo (al menos en lo que se refiere al juicio fáctico) como una manifestación del derecho del inculpado a ser condenado sólo sobre la base de un doble convencimiento: el del juzgador de primera instancia, por un lado, y, además, el del órgano de apela-

¹⁶ Cfr. STC 34/1996, de 11 de marzo.

¹⁷ En este sentido son muy expresivas las palabras de J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*, cit., p. 192: «Nada se gana, a nuestro juicio, y, por el contrario, mucho se puede perder en cuanto a garantías se refiere, permitiendo la sustitución del convencimiento del juzgador de primera instancia, fundamentado en la prueba practicada en su presencia, por el convencimiento del órgano de apelación, fundamentado en una actividad probatoria que no ha presenciado y que conoce únicamente a través de la documentación, con frecuencia incompleta y defectuosa, de lo sucedido en el juicio oral de la primera instancia. Desde esta perspectiva nos parece incluso, (...), que podrían ponerse serios reparos, desde el punto de vista del dere-

ción¹⁸. Y para evitar o, al menos, paliar el problema de la falta de inmediatez o bien se podrían repetir las pruebas en la segunda instancia o mejorar la documentación mediante la grabación en vídeo de la primera instancia. De este modo se colocaría al órgano judicial encargado de la segunda instancia en iguales, o muy parecidas, condiciones para formar su convicción que las que tenía el tribunal de la primera instancia.

cho a la presunción de inocencia, a la revisión, en perjuicio del reo, de la sentencia de primera instancia, cuando tal revisión se basa en una discrepancia del órgano de apelación con el *factum* de la sentencia apelada. En efecto, si el juzgador de primera instancia no puede apoyar su convencimiento, sin vulnerar la presunción de inocencia, en materiales escritos procedentes de las actuaciones policiales y sumariales, y debe ceñirse a lo actuado en el juicio oral en su presencia, tampoco debería considerarse admisible una condena basada en un convencimiento fundamentado en la documentación del juicio oral».

¹⁸ Esta opinión defiende J. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*, pp. 197 y 198.