



INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
FUNDADO EN 1995

DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DEBIDO PROCESO



MANUEL JAÉN VALLEJO

Índice

Introducción	7
I.	
Derecho a la presunción de inocencia.....	17
1. Introducción: la presunción de inocencia como derecho y como criterio informador del proceso penal.....	17
2. Su aplicación a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario u otro ámbito administrativo sancionador. Aplicación del derecho en el procedimiento penal de menores.....	21
3. La carga de la prueba	24
4. Valoración de la prueba. Principio de libre valoración. Estructura racional del juicio sobre la prueba	30
5. Los principios legitimantes de la prueba	37
5.1. Principio de oralidad. Rectificaciones de declaraciones anteriores al juicio.....	37
5.2. Principio de inmediación.	39
5.4. Principio de contradicción.	51
6. Empleo de nuevas técnicas audiovisuales en el juicio oral; el sistema de videoconferencia.....	57
7. Prueba suficiente.....	60
8. La prueba de indicios. Su legitimidad constitucional.....	63
9. La prueba sobre hechos internos.....	79
10. La prueba de la causalidad	82
11. Declaración incriminatoria del coimputado. Requisitos para su legitimidad constitucional.....	84
12. La prueba de referencia. Su carácter excepcional.....	103
13. El principio in dubio pro reo: su doble dimensión.....	113
14. Otras cuestiones relacionadas con la prueba: valoración de prueba predominantemente documental; provocación del delito y agente encubierto; captación de imágenes por video.....	118
15. Presunción de inocencia y estructura del proceso penal. Juicio oral en dos fases: separación entre el órgano que enjuicia los hechos y el que fija la consecuencia jurídica	126
16. Presunción de inocencia y subsunción: la necesaria distinción entre la prueba de cargo y la subsunción; la prueba de la omisión; la prueba de los delitos de peligro.....	131
16.1. La prueba de la omisión.....	132
16.2. La prueba de los delitos de peligro.....	136

II	
Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado	144
III.	
Derecho de acceso al proceso.....	163
IV.	
Principio acusatorio: sus manifestaciones.....	169
1. Derecho a ser informado de la acusación. Separación de las funciones acusadora y decisoria. Congruencia entre acusación y fallo.....	169
V.	
Derecho al Juez natural	179
VI.	
Derecho a la legalidad de las pruebas. Prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La prueba ilícita: consecuencias.....	187
VI.	
Derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal Superior.....	218

Introducción

1. Los principios y garantías del proceso penal guardan una relación directa con los derechos fundamentales del ciudadano, siendo imprescindibles para su salvaguardia. No es de extrañar, pues, que ya en la declaración francesa de derechos del hombre de 1789 tuvieran aquéllos un protagonismo especial.

De poco serviría el desarrollo del derecho penal material, de sus principios básicos, como el de legalidad y el de culpabilidad, si, por ejemplo, se permitiera, como en tiempos de la monarquía absoluta, la obtención de declaraciones bajo amenaza o, incluso, bajo torturas, si no se contemplaran los mecanismos procesales necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, o si no se reconociera, con todas las consecuencias que ello implica, el derecho a la presunción de inocencia.

Como tantas veces se ha dicho, el proceso penal es la realización del derecho penal. Por ello, los principios y garantías procesales tienen tanta importancia como la que tienen los principios legitimantes del derecho penal material; ni aquéllas ni éstos se pueden ignorar en la aplicación de la ley penal. No ha de extrañar, pues, la permanente preocupación de los juristas por un adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal. Es ya clásica la expresión de Roxin, en el sentido de que “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”,¹ de tal modo que el reconocimiento o no

1. Strafverfahrensrecht, 25ª ed., 1998, § 2.

de derechos fundamentales procesales permitiría medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad.

En este sentido, el Código procesal penal de la República de Nicaragua de 2001 es un texto ciertamente garantista, armónico con los necesarios principios y garantías básicas del proceso, luego con un innegable carácter liberal. El título de este breve trabajo, precisamente, se ha tomado del título preliminar de dicho Código: “Principios y garantías procesales”.

2. El proceso es esencialmente un instrumento del Estado de Derecho, en el que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido proceso (*due process model*). En este modelo procesal, aquel derecho fundamental, y otros igualmente esenciales, como el derecho de defensa, el derecho al juez natural, el derecho a un juez imparcial, el derecho a ser informado de la acusación, o, en fin, lo que en España se denomina “derecho a un proceso con todas las garantías”, son considerados absolutamente necesarios, verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal.

En realidad, la función del proceso penal, aparte naturalmente de que tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acusado,² es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme; de ahí precisamente el carácter excepcional y subsidiario de la medida de prisión provisional.³ Ello

2. V. arts. 299 y 774 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal española, estos últimos según la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre.

3. V., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 47/2000.

significa, básicamente, que debe respetarse la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, y las reglas/garantías del debido proceso.

Me parece, pues, altamente satisfactoria la declaración contenida en el art. 3 del Código procesal penal de la República de Nicaragua, a cuyo tenor “en el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan y en condiciones de igualdad”, así como también la contenida en el art. 7, aunque no se explicita la protección del imputado, que sí se deriva, en cambio, de las garantías reconocidas. Dice dicho artículo que “el proceso penal tiene por finalidad solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda (...)”. De todos modos, el restablecimiento de la paz jurídica y de la convivencia social son más bien fines de la pena, pues tradicionalmente el derecho procesal penal no se incluye entre los medios de lucha contra el delito: si se lo incluyera, ello podría conducir a una peligrosa presunción de culpabilidad de todo sospechoso.⁴

3. Por ello, lo mismo que frente al ahora llamado “derecho penal de enemigo”,⁵ caracterizado por una re-

4. Cfr. Bacigalupo, “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 4/1999, p. 10.
5. Cfr. Jakobs, *ZStW* (1985), pp. 753 y ss. y *La ciencia del derecho ante las exigencias del presente*, trad. de T. Manso, Bogotá, 2000, pp. 29 y ss.; v. también, con amplia bibliografía, Pérez del Valle,

lativización de las garantías penales materiales y procesales, debe oponerse un “derecho penal de ciudadano”, propio de una sociedad de libertades, también frente al modelo procesal del control social del delito, en el que el proceso viene a ser un instrumento más del Estado en la lucha contra el delito, debe oponerse el sistema del debido proceso.

Tanto el derecho penal material como el derecho procesal penal deben operar, no contra los derechos fundamentales del ciudadano, sino a favor de éstos.

Actualmente, sin embargo, cuando tanto preocupa el fenómeno del terrorismo, que amenaza no ya con los dramáticos resultados que puede producir sino también con un retroceso en la defensa de los derechos humanos, no es infrecuente encontrarse en las distintas legislaciones con manifestaciones de ese “derecho penal de enemigo”.

España no ha sido una excepción. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de julio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aparte de modificar los máximos excepcionales de la pena de prisión, pudiendo llegar hasta los 40 años, cuando se cometan dos o más delitos, y al menos dos de ellos (uno en los casos de terrorismo) estuviese castigado con pena de prisión superior a 20 años, reduce considerablemente la posibilidad de obtención de beneficios penitenciarios, e incluso prevé para los condenados por delito de terrorismo o actuando en el seno de una organización criminal, la colaboración con la autoridad como requisito para la libertad condicional. Y no sólo eso, sino también que en el caso de que violen

C., «Sobre los orígenes del «derecho penal de enemigo»», Cuadernos de Política Criminal, nº 75/2001, pp. 597 y ss.

el régimen de libertad condicional deberán, además de reingresar en prisión, sufrir la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, consecuencia esta última de dudosa constitucionalidad.

También encontramos manifestaciones del “derecho penal de enemigo” en la legislación procesal, como la figura del agente encubierto,⁶ que está prevista en España en el art. 282 bis LECrim., introducido en 1999 como una manifestación más de los esfuerzos en materia de investigaciones relacionadas con la “criminalidad organizada”, las escuchas telefónicas (art. 579 LECrim. española), o la prisión incomunicada.⁷ También en las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal español, se incluyen algunas difícilmente admisibles, como la del art. 796 LECrim., añadiendo al final del número 1 que “no será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo”, o la del art. 797, refiriéndose a la innecesariedad de citar a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado, salvo que se considere imprescindible (¡siempre es imprescindible!).

6. El agente encubierto se debe limitar a la obtención de pruebas del hecho, pero sin inducir a otros a su realización; éstos son los que deben tener en todo momento la iniciativa de la acción delictiva en particular, pues de lo contrario la figura se desnaturalizará, entrando en el terreno vedado del delito provocado.
7. Regulada en España a partir de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en los arts. 509 y 510, con referencia a los presupuestos, duración y contenido de la incomunicación.

4. Pero el proceso penal no sólo debe proteger al imputado, respetando su dignidad, como muy bien dice el art. 3 del Código Procesal penal de Nicaragua. También debe proteger a la víctima, su dignidad, aunque sin que ello sea excusa para una posible relajación de la protección del imputado, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente.

Con razón advierte Bacigalupo que “en un esquema de prototipos ideales se puede decir que las sociedades autoritarias, ..., pueden ser caracterizadas por un nivel de baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente”, porque en ellas “importa menos la sanción de la culpabilidad real que el supuesto efecto intimidante de una pena aplicable a través de un proceso de reducido nivel de garantías”, concluyendo el autor que, en cambio, “las sociedades basadas en la libertad asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado, pues sólo consideran legítima la pena de quien es culpable y ponen en duda la legitimidad del efecto intimidante de la pena como única función del derecho penal”, de tal modo, pues, que “la extensión que se reconozca a las garantías del proceso penal, ..., tiene un efecto directo sobre la libertad.”⁸

Naturalmente, el derecho de acceso al proceso a favor de la víctima o del perjudicado debe tener un reconocimiento, independientemente del ejercicio de la acción pública por parte del Fiscal. En este sentido, también me parece correcto que el art. 9 del Código procesal penal

8. Op. cit., p. 9.

de Nicaragua reconozca al ofendido o víctima de delito el derecho a ser tenido como parte en el proceso penal desde su inicio y en todas sus instancias.

5. Y, por último, también se debe proteger a los testigos, tanto física como económicamente.

El Juez debe velar por la correcta práctica del interrogatorio durante la instrucción, de manera que el testigo no responda a preguntas que lo puedan inculpar; desde el momento en que haya alguna razón para inculparlo, se lo debe inculpar formalmente, informándosele entonces de sus derechos antes del interrogatorio, ya como imputado, entre ellos del derecho a guardar silencio y a no declararse culpable. Naturalmente, el Juez debe evitar también que se le hagan preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes,⁹ así como toda pregunta que invada el derecho a la intimidad, indagando, por ejemplo, acerca de anteriores relaciones sexuales de la víctima del hecho en un delito contra la libertad sexual.¹⁰

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 2 de abril de 2003 ha insistido en que “la protección de las víctimas y de los testigos es una obligación del Juez o Tribunal”, así como en la necesidad de que éstos tutelén, durante el interrogatorio, no sólo el derecho a la intimidad¹¹ sino también el derecho a la dignidad de la persona.

9. V. arts. 389, 439 y 709 LECrim. española.

10. V. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 5 de febrero de 1996.

11. La Sentencia del Tribunal Constitucional español 127/2003 otorgó un amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución española), en un caso en el que una periodista había procedido a difundir las noticias sobre un juicio

6. No se debe olvidar que los derechos fundamentales, entre ellos los procesales, son derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, por lo que éste carece de tales derechos. Ello explica que el Tribunal Constitucional español afirmara en su Sentencia 41/1997 que el recurso de amparo “no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares”, añadiendo que en el proceso penal las garantías constitucionales del imputado adquieren un especial relieve en sede de amparo constitucional, mientras que la potestad pública de imponer penas que se ventila en él no es susceptible de ser amparada.

La consecuencia, en España, es clara: en sede de amparo constitucional no es posible anular una sentencia absolutoria, independientemente de quién haya ejercitado la acción, esto es, un particular o el Ministerio Fiscal.

por delito de violación, de tal manera que era perfectamente posible identificar a la víctima, que además era menor de edad. La Sentencia afirma que resulta incuestionable que forma parte del ámbito propio y reservado a la intimidad el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información (art. 20.4 de la Constitución). Además, tratándose de la intimidad, dice la Sentencia, la veracidad de la información no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión. La Sentencia concluye en el caso resuelto que el supuesto interés general de la noticia no justificaba la publicación, dada la innecesariedad para la transmisión de la información de la identificación de la víctima de la agresión.

Dicho con otras palabras, las de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 21/2000: “el recurso de amparo no es un cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena”. Aunque en esta misma Sentencia, que resolvió un caso en el que los recurrentes habían impugnado en su recurso el archivo de una querrela interpuesta por aquéllos por un delito de calumnias, es decir, se trataba de un caso en el que se había utilizado la vía penal como medio de reacción contra vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos (el honor, concretamente), no logrando el afectado la Sentencia condenatoria pretendida, el Tribunal Constitucional señaló que si bien su juicio no se podía extender a analizar los elementos del tipo delictivo (cuestión de legalidad ordinaria que compete a la jurisdicción penal), sí podía, en cambio, “revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal”, aunque cuando tal revisión tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto (un auto de archivo por considerar el órgano judicial que los hechos imputados no eran constitutivos de delito, como en el caso al que se refería la Sentencia), “su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar en un auténtico proceso (...) una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada”. “Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter decla-

rativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización”.

En este breve trabajo voy a referirme a los siguientes principios y garantías del proceso penal que se reconocen en el título preliminar del Código Procesal penal de la República de Nicaragua: presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho de acceso al proceso del ofendido o víctima del delito, principio acusatorio, derecho al juez natural, licitud de la prueba y derecho a un recurso. En muchos casos, para una mayor comprensión de su significado, lo haré sobre la base de casos concretos resueltos por los dos más altos tribunales españoles: el Tribunal Constitucional, que es el más alto órgano de la jurisdicción constitucional, y el Tribunal Supremo, que es el más alto órgano de la jurisdicción ordinaria, correspondiendo a la Sala Segunda de este último el mantenimiento de la unidad del orden jurídico penal.

Espero con ello contribuir de algún modo al Seminario sobre “Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional” que el Centro de Estudio de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), lleva a cabo en Nicaragua, bajo el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer, y con el apoyo de Ética y Transparencia, la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León) y la Corte Suprema de Justicia.

Derecho a la presunción de inocencia

1. Introducción: la presunción de inocencia como derecho y como criterio informador del proceso penal

Este derecho fundamental, que representa una de las características más significativas del derecho procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso,¹² está proclamado en el art. 24.2 de la Constitución, así como también en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, y en el art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

12. Cfr. Bacigalupo, «Politische Korruption und Strafverfahren», ZStW 111 (1999), pp. 716 y ss.

Este derecho fundamental, pues, no es sólo un derecho en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo, sino que además es un *principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal*, como lo ha recordado la *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*.¹³ Ello significa que nadie puede ser considerado como culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria.

Sin duda, es este derecho fundamental el que más alegan en España los recurrentes, tanto ante el Tribunal Constitucional, en sede de amparo, como ante el Tribunal Supremo, en sede de casación.¹⁴ Paralelamente, también es el derecho con relación al cual se produce un mayor número de inadmisiones y desestimaciones, casi siempre por la misma causa: porque el recurrente, mediante su re-

13. Cfr. sobre las consecuencias para la situación del inculpado del principio de la presunción de inocencia, especialmente durante la instrucción, Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, cit., pp. 176-178. Entre esas consecuencias, menciona el autor que la apertura de diligencias se debe basar en una sospecha inicial seria, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querrela, e incluso se deberían desestimar también, añade el mismo autor, los casos en los que la ausencia de antijuricidad es manifiesta o en los que sólo es punible el delito doloso y la inexistencia del mismo surge del relato en el que se basan los hechos, así como que “la prisión provisional no puede ser impuesta como una pena anticipada, pues la pena requiere la prueba y la declaración de culpabilidad” (p. 178).

14. Tanto por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o por la del art. 852 LECrim.

curso, pretende en realidad una revisión de la valoración de la prueba, olvidando que en todo lo que depende de la inmediación dicha valoración es una facultad exclusiva del Tribunal de instancia, del Tribunal juzgador que la ha percibido,¹⁵ no del órgano *ad quem*.

La ponderación de la credibilidad de la prueba testifical no puede ser objeto, a mi juicio, ni del recurso de apelación –salvo que se repitiera el juicio–, ni del recurso de casación, ni del de amparo, porque tal ponderación requiere la inmediación, que no está prevista en ninguno de esos recursos. Quedan fuera, pues, de la eventual revisión por un tribunal superior, todas aquellas cuestiones cuya ponderación requeriría una repetición de la prueba practicada en la instancia, para ser valoradas de acuerdo no ya sólo con el principio de inmediación, sino también con los principios de publicidad y contradicción, que legitiman la práctica de la prueba.

La propia naturaleza de este aspecto de la prueba (credibilidad de las manifestaciones de personas que han declarado en presencia del Tribunal de instancia) exige que su valoración corra a cargo exclusivamente del Tribunal que la ha podido percibir, que es precisamente el tribunal predeterminado por la ley para tal fin.

Dicho con otras palabras: *la cuestión relativa a la credibilidad de las declaraciones que tuvieron lugar en el juicio es una cuestión de hecho*, producto de la convicción del Tribunal de instancia, órgano *a quo*. Por lo tanto, se trata de una cuestión ajena al objeto de todo recurso que

15. V., en España, el art. 741 LECrim. (libre valoración de la prueba).

no tenga prevista para la revisión una vista inmediata de la prueba.

Con relación a este aspecto de la prueba, sólo es posible controlar, bien por el Tribunal que en su caso conozca de la apelación (órgano *ad quem*), bien por el Tribunal Supremo, en casación, bien por el Tribunal Constitucional, en amparo, si la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal que la ha percibido directamente (órgano *a quo*) ha sido respetuosa con las exigencias de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos (soporte racional del juicio sobre la prueba, que al ser un aspecto objetivo sí es perfectamente controlable). Ello es posible porque, en realidad, tal valoración no depende ya de la percepción directa de la prueba. Se trata, simplemente, de verificar que el juicio sobre la prueba tiene una estructura racional, esto es, ¡que no es arbitrario!

Pero la realidad es que a través de este derecho fundamental se plantean continuamente numerosas cuestiones ante el órgano *ad quem*, a través de uno u otro recurso. Unas veces se trata de cuestiones que efectivamente forman parte del contenido de este derecho, y otras veces, en cambio, se trata de cuestiones que quedan palmariamente extramuros del mismo. El propio Tribunal Constitucional yerra, a mi juicio, cuando se ha referido, por ejemplo, como lo veremos más adelante, a la prueba de la omisión, confundiendo el objeto de la prueba con el problema de la subsunción.

Por supuesto, la prueba se debe referir a todos los elementos o presupuestos del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, naturalmente, a la participación del acusado en el mismo. No es admisible entender que estos últimos quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia, como si no necesitaran ser probados. Sí deben ser objeto

de prueba, porque son presupuesto del delito. De manera que si el acusado alega que no sabía lo que hacía, es decir un error de tipo, el Tribunal deberá explicar la prueba al respecto, es decir, por qué ha llegado a la conclusión de que aquél sí sabía lo que hacía, aunque haya dicho lo contrario.

Son muchas las cuestiones que se plantean a propósito de este derecho fundamental, vinculadas en su mayor parte con la prueba necesaria para desvirtuar la presunción en que consiste. Sin ánimo exhaustivo, voy a referirme a algunas de esas cuestiones, las que tienen un mayor proyección en la práctica.

2. Su aplicación a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario u otro ámbito administrativo sancionador. Aplicación del derecho en el procedimiento penal de menores

El derecho a la presunción de inocencia también rige en otros ámbitos cercanos al penal, como es el caso del procedimiento de menores y del ámbito penitenciario o administrativo sancionador.

2.1. El derecho a la presunción de inocencia no sólo tiene su vigencia en el ámbito del proceso penal, sino que también es aplicable a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario.

Así lo ha reconocido últimamente la *Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2002*, en la que se afirmó que el derecho a la presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de

culpabilidad, añadiendo que *ello comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (...).*

2.2. Con toda contundencia afirmaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional español 74/2004*, que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador, y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas.

Ello significa que en el *procedimiento administrativo sancionador* la exigencia de la carga probatoria necesaria para desvirtuar esta presunción constitucional, recae sobre la Administración pública actuante, debiéndose referir aquélla tanto a la comisión del ilícito como a la participación del acusado, “sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos”.

La mencionada Sentencia se refería a un caso en el que se le había impuesto al recurrente, un guardia civil, la sanción de pérdida de un día de haberes, luego de la tramitación del correspondiente expediente disciplinario. Dice la Sentencia que: *la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido,*

el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

2.3. Lo mismo ocurre en el ámbito del procedimiento de menores, en donde ha dicho la *Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2005* que se debe descartar “por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en el juicio oral”. Recuerda al efecto lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente: i) se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley” (art. 40.2 b).

Por ello, en el caso resuelto, en el que se había producido la condena del recurrente por un Juzgado de Menores, sobre la base de las declaraciones de un coimputado no corroboradas, la Sentencia otorga el amparo, recordando que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, cosa que no ocurría en el presente caso, por lo que aquéllas eran insuficientes para enervar la presunción de inocencia del menor.

3. La carga de la prueba

3.1. La presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, es una presunción *iuris tantum* que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, *la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.*

Como decía la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998*, debe abarcar dos extremos fácticos: “la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término “culpabilidad” (...) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal”, pudiendo sólo considerarse prueba de signo inculpativo o de cargo la que haya sido obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y haya sido practicada en el plenario o juicio oral o, en los supuestos de prueba anticipada o preconstituída, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que *la carga de la prueba corresponde a la acusación*. La necesidad de investigación y la obligación de esclarecimiento de los hechos,¹⁶ que es la finalidad de todo procedimiento, el carácter acusatorio del proceso pe-

16. V. art. 269 LECrim. española.

nal, y, sobre todo, el derecho a la presunción de inocencia, conducen inexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que acusa a una determinada persona. *El acusado, hasta el momento de dictarse la sentencia, es una persona inocente.*

Es por ello que no puede ser tratada como culpable ni tiene por qué ser obligada a declarar, ni ser ella, dado su estado de inocencia, la que deba probar su inocencia; en realidad, sólo es posible la adopción de las oportunas medidas cautelares, excepcionalmente personales, con la única finalidad de garantizar los fines del proceso¹⁷ (¡no los de la pena!).

17. En cuanto a la excepcionalidad de la prisión provisional, la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000 dijo que «la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)». Añade la Sentencia que «en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (...), el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. Por otra parte, y aunque la prisión provisional coincida materialmente con las penas privativas de libertad, ya que también consiste en una restricción de la libertad, al tratarse de una medida cautelar no puede ser confundida ni plenamente identificada con la pena de prisión; con la prisión provisional no pueden perseguirse fines punitivos ni de anticipación de la pena (...). Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del favor libertatis (...) o del in dubio pro libertate (...), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad (...). Por tratarse de una medida excepcional,

Las exigencias respecto a aquéllas, en particular respecto a la prisión provisional, se explican porque, como lo ha advertido Bacigalupo, ésta “no puede ser impuesta como una pena anticipada, pues la pena requiere la prueba y la declaración de la culpabilidad”, razón por la que “no resulta compatible con el principio de la presunción de inocencia el art. 503.2ª LECrim. en cuanto autoriza la prisión provisional cuando lo requiera la “alarma social o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos”, pues tales finalidades son propias de la pena, es decir, tiene su fundamento en la prevención general”, por lo que, concluye Bacigalupo, “las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpaado a la justicia, el peligro de tal

hemos señalado también que el derecho a la libertad se vulnera, no sólo cuando el afectado por ella sigue en prisión más allá del límite máximo absoluto (...), sino incluso cuando, siendo legalmente posible la prórroga o el mantenimiento de la medida, las decisiones judiciales correspondientes no han sido acordadas antes de que se cumpliera el plazo relativo oportuno (...). En el mismo sentido hemos declarado que no es posible computar el plazo máximo de prisión en función de cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto (...). Ni tampoco cabe contabilizar dentro del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un procedimiento el período de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa, porque ello determinaría también que el límite temporal de duración de la prisión provisional dependiera de un elemento incierto (...), doctrina ésta que hemos extendido al ámbito en que coincide la situación de prisión provisional por extradición con la situación de penado en prisión por otra causa (...). En estas últimas resoluciones se contiene la declaración general de que los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el precepto que la regula, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma».

sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación mediante destrucción o falsificación de medios de prueba o mediante su influencia en testigos, peritos, etc.”¹⁸

La situación ordinaria del imputado en espera de juicio, pues, no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la libertad personal y de la presunción de inocencia. Por tanto, en el proceso moderno la libertad constituye la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción.

La excepcionalidad de esta medida cautelar explica también que la *Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2003* haya recordado que la vinculación de la prisión provisional con la Ley (*nulla custodia sine lege*) “obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales y se adopte mediante el procedimiento legalmente establecido”, y que incluso en caso de incumplimiento de los plazos de prisión provisional¹⁹ resulte afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el art. 17 de la Constitución.²⁰

18. Justicia penal y derechos fundamentales, cit., p. 178. Sobre la aplicación de normas de pronóstico, como las que regulan la prisión provisional, pues éstas no dependen de la comprobación de un hecho (como en las normas de estructura condicional), sino de la formulación de un pronóstico sobre el comportamiento futuro de una persona, v. el interesante Auto del Tribunal Supremo español de 23 de julio de 2002 («caso El Negro»).

19. V. al respecto arts. 17.4, in fine, de la Constitución y 504 LECrim.

20. Esta misma Sentencia 121/2003 se refiere también a las «dilaciones indebidas» del párr. 6º del art. 504 LECrim. que podrían suspender excepcionalmente el cómputo del plazo legal máximo de la prisión provisional, como es el caso de los recursos obstruccio-

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2005* ha insistido en que los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal, especialmente el de *asegurar la presencia del imputado en el juicio* y el de *evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo*, aunque no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, añade la mencionada Sentencia, “datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa”. También aclara la Sentencia que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras”.

3.2. Con respecto a las medidas cautelares, dice el *Corpus Juris* europeo, según la versión acordada en Florencia (2000), que una persona detenida, perseguida por las infracciones allí contenidas, podría ser sometida a medidas cautelares de prisión provisional o puesta bajo control judicial, siempre dictadas por el Juez de las libertades en los casos en que éste “tenga razones plausibles para sospechar que el acusado haya cometido alguna de las infracciones definidas anteriormente (...) y cuando estuviera convencido de que dicha medida es necesaria para impedir que se sustraiga a la acción de la justicia o para impedir la continuación o la repetición de la infracción, para preservar las pruebas o los indicios, o para impedir que los testigos puedan sufrir presiones” (art.

nistas del recurrente, aunque con una interpretación muy restrictiva.

25 *quater*), añadiendo, además, el carácter excepcional de la medida, al afirmar que “el acusado sólo será sometido a prisión provisional en caso de que cualquier otra medida de control aparezca como insuficiente” y por un período estrictamente justificado mediante las anteriores razones.

3.3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000* se refirió al derecho a la presunción de inocencia, a la carga de la prueba y a la necesidad de una mínima actividad probatoria, otorgando el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, señalando que esta presunción: *comporta en el orden penal, entre otras consecuencias, que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal Constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho inculminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo, al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim.). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa.*

Otra característica de la presunción de inocencia, añade la mencionada Sentencia, consiste en la necesidad de

que se haya producido una mínima actividad probatoria de signo incriminatorio.

El Tribunal Constitucional reitera que *únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador.*

Un muy buen exponente del requisito examinado y, en general, del significado del derecho a la presunción de inocencia, lo hallamos en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998. Dice este Tribunal que *el derecho a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular, señalando que es la parte acusadora quien tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, lo que es consecuencia de la norma contenida en el art. 1251 del Código civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de *iuris tantum*.*

4. Valoración de la prueba. Principio de libre valoración. Estructura racional del juicio sobre la prueba

4.1. Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración,²¹ que implica que los distintos medios de prueba han de ser ponderados por los órganos judiciales, que son quienes tienen la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a

21. Art. 741 LECrim.: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley (...)”.

la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.²²

Por tanto, en el derecho procesal penal español actual no existe un sistema de prueba legal, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas (prueba tasada). Por supuesto, en el sistema inquisitivo la prueba perfecta era la confesión del acusado, y si ésta no se producía espontáneamente, la mera existencia de indicios contra un sospechoso permitía al Juez su sometimiento a tortura *ad eruendam veritatem*, un medio de prueba característico en aquel proceso correspondiente a los tiempos de la monarquía absoluta; no es difícil imaginar que los reos, ante la impresión que sin duda les produciría el potro y demás instrumentos de tormento, confesaran todo cuanto se les pidiera, siendo entonces declarados reos confesos.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,²³ a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa que el Tribunal tenga una

22. V. Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2003.

23. También en Alemania está reconocido expresamente el principio de libre valoración (*freie Beweiswürdigung*) en el § 261 StPO, que dispone que “sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista”.

facultad “libérrima y omnímoda”, sin limitaciones, con total irrevisabilidad de la convicción del órgano *a quo* respecto de los hechos probados.²⁴ El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio “según las reglas del criterio racional”,²⁵ es decir, según las reglas de la lógica, y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia y los conocimientos científicos.

Un correcto entendimiento del principio de libre valoración exige distinguir *dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba*:

-*el que depende de la inmediación*, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testificales, de los peritos y del acusado;

-*y el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba*, en el que el art. 717 LECrim. tiene un carácter general, a pesar de querer referirse sólo a declaraciones de autoridades y funcionarios de policía judicial, pues no tendría sentido limitar la racionalidad a una especie de prueba, excluyéndola de las demás.

El primer aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto subjetivo*) no es controlable, ni en apelación, ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal –que, por supuesto, debe explicar– tenga un carácter “libérrimo y omnímodo”, sino porque, sencilla-

24. Cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 10-2-1978 y 11-10-1978.

25. Cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 19-1-1988, 21-1-1988, y de 2-2-1999.

mente, sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o por un perito.²⁶ Sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba “en conciencia”, su credibilidad. El propio Tribunal Constitucional español ha afirmado en reiteradas ocasiones que su jurisdicción no se extiende al enjuiciamiento del proceso mental de los Tribunales de instancia respecto de su convicción;²⁷ por consiguiente, es perfectamente posible que el Tribunal, por ejemplo, crea en lo declarado por el acusado, frente a lo dicho por un testigo de cargo bajo juramento. Es el Tribunal que presencia las declaraciones y que, por tanto, va a percibir las contradicciones que se pueden producir entre la versión de unos y otra, el que tiene que apreciar la credibilidad de cada uno, y resolver en consecuencia.

Ahora bien, lo anterior no significa que el principio de libre valoración de la prueba no tenga límites. Precisamente, el segundo aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto objetivo*) vincula al Juez/Tribunal a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos, luego este aspecto de la prueba sí representa una materia controlable en las distintas instancias, incluso en amparo, pues se trata de aplicar correctamente aquel principio de libre valoración, de acuerdo con las necesarias exigencias de racionalidad, esto es, de acuerdo con las exigencias que derivan de los arts. 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) y 120.3 de la Constitución (motivación de las

26. Cfr. Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en la casación penal, Buenos Aires, 1994, pp. 66 y ss.

27. Cfr., por ej., Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1986 y 177/1987.

sentencias), sin olvidar que en el art. 9.3 “la Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, entre los que se encuentran, evidentemente, los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, esta parte objetiva del acto de valoración de la prueba sí puede ser controlada, a fin de salvaguardar en todo caso la supremacía de la Constitución. Con razón dice Roxin que las infracciones de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia común o de los conocimientos científicos constituyen auténticas infracciones de ley en sentido estricto; el hecho de que no se trate de una ley positiva no implica obstáculo para esta concepción, puesto que las infracciones de ley pueden serlo también de normas jurídicas no escritas.²⁸ De todos modos, en España el precepto vulnerado sería el del mencionado art. 9.3 de la Constitución, con un engarce claro en el que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, lo que hace posible la interposición de un recurso de amparo.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2002* apreció la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por infracción de las reglas de la lógica. El Tribunal Supremo insistió en esta Sentencia en que no podía revisar las apreciaciones realizadas por el Tribunal *a quo* que dependan de la inmediatez, pues no puede enjuiciar la veracidad de las declaraciones de personas que no ha visto ni oído directamente, pero sí puede revisar el juicio del Tribunal *a quo* sobre la prueba en los términos del art. 9.3 de la Constitución (interdicción de la arbitrariedad). En el caso concreto la Sentencia pone de manifiesto que de la prueba testifical sólo surgía que la

28. Strafverfahrensrecht, 25^a ed., cit., § 53-13.

recurrente había prestado el coche a las otras procesadas y que éstas lo utilizaron para ir a recoger la droga que les fue ocupada.

Por ello, decía la Sentencia del Tribunal Supremo que: *de las declaraciones de testigos que carecen de seguridad respecto de la inculpación no es posible excluir las dudas que esto debe haber generado en el Tribunal. De un testigo que sólo supone y de otro que no quiere declarar sobre un punto, ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio in dubio pro reo. Si lo hace infringe las reglas del razonamiento lógico, pues la seguridad que no está contenida en las premisas no puede aparecer en la conclusión de un silogismo.*

4.2. Otra cuestión, muy controvertida, es la de *los límites de la jurisdicción constitucional y los de la jurisdicción ordinaria*, en particular del Tribunal Supremo:²⁹ ¿puede el Tribunal Constitucional entrar en el examen del juicio sobre la prueba?

Desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que no puede ejercer control alguno sobre el valor de la actividad probatoria, porque la valoración de la prueba es de la exclusiva competencia del Tribunal llamado a fallar sobre los hechos del proceso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido relativizando en su jurisprudencia aquel criterio, señalando, por ejemplo, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1999, que su control se limita a verificar si la actividad probatoria se ha realizado con las garantías necesarias para su valoración, a la constatación de que el órgano judicial motiva su convicción y también “al control

29. V. arts. 117 y 161 de la Constitución.

externo del razonamiento lógico seguido para llegar a la conclusión, es decir, al examen del carácter razonable y suficientemente sólido del nexo lógico establecido por el Tribunal”; y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1999 hace hincapié en que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia, así como a la obligación de motivar o razonar el resultado de la valoración probatoria.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 143/20005* ha señalado que es posible entrar en el control externo del razonamiento lógico seguido por el Tribunal de instancia para llegar al resultado condenatorio, afirmando concretamente que desde la perspectiva del resultado de la valoración “su misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante”. En realidad, no se trata de una cuestión valorativa, sino más bien del criterio racional, luego de carácter normativo. De ahí que pueda ser objeto de control.

El Tribunal Constitucional ha venido insistiendo reiteradamente en que a la jurisdicción constitucional sólo corresponde controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia revisora de las actuaciones de los órganos judiciales,³⁰ así como la imposibilidad material de contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que son las que permiten la valoración de la prueba (*Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*).

30. Así se lo impide el art. 44.1.b) de su Ley Orgánica.

No le corresponde, pues, dice esta Sentencia, enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

5. Los principios legitimantes de la prueba

*Como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación. Regla que sólo se puede excepcionar en los supuestos de pruebas anticipadas.*³¹

5.1. Principio de oralidad. Rectificaciones de declaraciones anteriores al juicio.

Es en el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque *sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia*; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.

Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia.

En España, el art. 714 LECrim. permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos prestadas durante la instrucción, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral.³² No es infrecuente que se produzcan estos cambios de versión

31. V. arts. 657, párr. 3º, 714 y 730, 781.1, párr. 3º, 784.2 y 785.1 de la LECrim. española –los tres últimos según la redacción dada por la Ley 38/2002– .

32. En el mismo sentido, § 254 StPO.

del testigo; por ejemplo, ocurre mucho, en el delito de tráfico de drogas, que los compradores de estas sustancias identifican al vendedor/acusado, y luego, en el juicio oral, se retractan, sin ofrecer razones convincentes sobre el cambio de versión.

Por tanto, es perfectamente posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, en todo o en parte, siempre que se haya procedido efectivamente a aquella lectura y se haya garantizado el derecho de la defensa a someterla a contradicción.³³ Y aunque este artículo se refiere expresamente a los testigos, también se aplica en la práctica en la hipótesis de contradicción del acusado; de todos modos, en este último caso hay que tener en cuenta que el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003* se refirió precisamente a la virtualidad probatoria de las declaraciones sumariales del acusado que habían accedido al juicio a través de su lectura. Además, en el caso concreto resuelto por esta Sentencia aquellas declaraciones se habían efectuado sin la presencia de abogado, entendiendo aquel Tribunal que ello sólo hubiera constituido una quiebra de las garantías constitucionales si se le hubiera otorgado validez como prueba preconstituida y siempre que hubiera sido valorada como prueba de cargo sobre

33. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988 (“caso Barberá, Messegué y Jabardo”) proscribió el uso tan arraigado en España de utilizar la fórmula «por reproducida», hoy reducida a la prueba documental, que por su naturaleza, no requiere para su contradicción del debate oral y público en presencia del Tribunal.

la que sustentar su condena, lo que no había sucedido en el caso resuelto.

También el Tribunal Supremo viene sosteniendo que el procedimiento del art. 714 LECrim. que permite la confrontación del declarante con declaraciones prestadas durante la instrucción, no contradice las garantías de la práctica de la prueba, pues en tal hipótesis el Tribunal decide sobre lo visto y oído en su presencia en el juicio oral, por lo que la aceptación de la versión previa no tiene por qué ser jurídicamente aceptada.³⁴

5.2. Principio de inmediación.

En cuanto al *principio de inmediación*, esencial en un sistema de prueba, como el español, basado en la libre convicción en conciencia, y acaso no tan necesario, en cambio, en el sistema de prueba tasada, exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba.³⁵ Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. Algo que, sin embargo, ocurrió en España durante mucho tiempo.

Ello es así porque las diligencias sumariales son actos de investigación que pretenden la averiguación del delito y de su responsable, pero que no constituyen en sí mismas pruebas; la finalidad de aquéllas no es fijar definitivamente los hechos, que corresponde al juez enjuiciador a través de su sentencia, sino la de preparar el juicio oral. Con razón dice Bacigalupo al respecto, que “mientras la

34. En este sentido, entre otras muchas: Sentencias de 2 de noviembre de 1996, 31 de enero de 2005, 14 de abril de 2005, etc.

35. V. art. 741 LECrim. y § 261 StPO.

instrucción tiene la finalidad de *esclarecer una sospecha*, el juicio tiene la misión de *obtener una convicción*".³⁶

Sólo en forma muy restrictiva y excepcional hay algunos supuestos que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden llegar a tener validez para desvirtuar la presunción de inocencia.

En España esta hipótesis está contemplada en el *art. 730 LECrim.*, que permite que puedan "leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral".

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si éste ha muerto o está gravemente enfermo, si está ilocalizable, o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y éste no puede lograr su presencia.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié también en la imposibilidad o especial dificultad de reproducción en el juicio oral de la declaración prestada con anterioridad por el testigo, para que pueda alcanzar valor probatorio a pesar de esta última circunstancia,³⁷ debiéndose garantizar el principio de contradicción.³⁸ Lo veremos con más detenimiento a continuación.

36. "La noción de un proceso penal con todas las garantías", cit., p. 489, con cita de Rieß (nota 41).

37. V. Auto del Tribunal Constitucional de 18-12-1998.

38. V. para el supuesto de que pueda preverse la imposibilidad o dificultad de reproducción de la prueba en el juicio oral, las previ-

5.3. Excepciones a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral. Testigos muertos, ilocalizables o que se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal o gravemente enfermos y que no pueden ser traídos dentro de un plazo razonable.

5.3.1. Sobre la prueba anticipada³⁹ y sus requisitos tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su *Sentencia 97/1999*. El recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal como autor de un delito de robo con intimidación. La condena fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación del dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto.

En lo que se refiere a las declaraciones del denunciante, no prestadas en el juicio oral, señala la Sentencia del Tribunal Constitucional que: *nuestra jurisprudencia viene afirmando que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradic-*

siones que la LECrim. señala para salvaguardar precisamente la contradicción en los arts. 448, 449, 467.2º, 471 y 476.

39. Los supuestos de prueba testifical anticipada, en fase de instrucción, están previstos en los arts. 448, 449, 657, párr. 3º (una vez concluida la instrucción), para el procedimiento ordinario, y 781.1, según la Ley 38/2002, con entrada en vigor el 28-4-2003, para el procedimiento abreviado, todos ellos de la LECrim. En cualquier caso, deben incorporarse al juicio oral en la forma prevista en el art. 730 LECrim.

ción, intermediación y publicidad; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de la prueba preconstituida y anticipada (...), siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se debe proveer de Abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730). En el caso actual no existía dificultad alguna para que el denunciante de los hechos y perjudicado por ellos, propuesto como testigo por el Ministerio Fiscal, pudiera haber comparecido al juicio, para declarar en él bajo el principio de contradicción, sometién dose al posible interrogatorio del acusado, como exige el art. 24.2 CE, interpretado de conformidad con el art. 6.3 d) del Convenido Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que operan como obligado criterio para la interpretación del art. 24.2 CE, según lo dispuesto en su art. 10.2. Dicho denunciante estaba perfectamente localizado, y por ello pudo, y debió, ser citado al juicio, lo que no se hizo, sin causa que lo justifique; por lo que su declaración testifical en el juicio no podía ser sustituida por la lectura en él de sus declaraciones sumariales, no siendo aplicable en tal situación el art. 730 LECrim. En todo caso, en los supuestos de prueba anticipada, legal y constitucionalmente admisible, deben observarse las garantías propias de la prueba del juicio oral y en concreto la de la contradicción, ... Y en la declaración prestada por el denunciante ante el Juez de Instrucción en las diligencias previas, que antecedieron a

la apertura del juicio oral (en la que se limitó a ratificar la declaración prestada ante la policía), no estuvo presente el imputado, demandante hoy, con lo que no se cumplió el principio de contradicción, pues no tuvo oportunidad de interrogar al testigo. No se cumplen así las exigencias de la prueba anticipada. La conclusión inevitable es la imposibilidad constitucional de aceptar como prueba de cargo la lectura en el juicio de las declaraciones del denunciante”.

5.3.2. Otra prueba no practicada en el juicio oral, que podría ser igualmente valorada en España por el Tribunal es la prevista en los arts. 718 y 719 LECrim., que aunque salvaguardan el principio de contradicción, preservando el derecho de las partes a interrogar a los testigos, plantean algunas dudas.

El primero⁴⁰ porque sólo exige la presencia de un miembro del Tribunal en la práctica de la diligencia, luego los otros miembros del Tribunal no podrán formar su convicción sobre la base de una prueba que han percibido directamente, sino sobre la base de lo que le cuenta aquél.

40. Artículo 718: “Cuanto el testigo no hubiere comparecido por imposibilidad y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio, el Presidente designará a uno de los individuos del mismo para que, constituyéndose en la residencia del testigo, si la tuviere en el lugar del juicio, puedan las partes hacerle las preguntas que consideren oportunas. El Secretario extenderá diligencia, haciendo constar las preguntas y repreguntas que se hayan hecho al testigo, las contestaciones de éste y los incidentes que hubieran ocurrido en el acto”.

Y el segundo,⁴¹ que prevé un interrogatorio por exhorto, por lo que habrá que estar al respecto a las normas vigentes en materia de auxilio judicial internacional, porque puede presentar fricciones con el derecho de defensa, salvo que haya conformidad de las partes.

5.3.3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000* recordó, ratificando así su doctrina al respecto, la necesidad de que la práctica de la prueba tenga lugar en el acto del juicio oral, señalando que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; doctrina general que tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida.

El recurrente había dirigido su recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que lo condenó como cómplice de un delito contra la salud pública y otro de contrabando, y contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1997, que estimó el recurso de casación en cuanto a la condena por el delito de contrabando, pero mantuvo la condena de la Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto al delito contra la salud pública. El recurrente imputaba a las re-

41. Artículo 719: "Si el testigo imposibilitado de concurrir a la sesión no residiere en el punto en que la misma se celebre, se libraré exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección. Cuando la parte o las partes profieran que en el exhorto o mandamiento se consignen por escrito las preguntas o repreguntas, el Presidente accederá a ello si no fueren capciosas, sugestivas o impertinentes".

soluciones impugnadas, básicamente, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al considerar que había sido condenado exclusivamente por la declaración prestada en la fase sumarial ante el Juzgado Central de Instrucción por uno de los coimputados, sin que en dicha diligencia hubiera estado presente el recurrente en amparo o su Abogado y sin que el mencionado coimputado hubiera comparecido al acto del juicio. El Tribunal Constitucional le da la razón y le concede el amparo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que: *cuando se alega como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, la función de este Tribunal Constitucional consiste principalmente en verificar si ha existido una mínima actividad probatoria que, practicada con todas las garantías legales y constitucionales, pueda estimarse de cargo. Si así acontece, no le corresponde a este Tribunal revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, pues su jurisdicción respecto a los órganos jurisdiccionales se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales. En este sentido hemos declarado reiteradamente que la decisión sobre la existencia, la pertinencia y la valoración de las pruebas es una cuestión de legalidad ordinaria, por lo que nada debe decir este Tribunal acerca de la conclusión alcanzada por los Tribunales en el ejercicio de sus funciones, siempre que esté razonada dicha conclusión y se trate de resoluciones fundadas en Derecho y no arbitrarias (...). De otra parte, en relación con los actos o medios de prueba, es doctrina constitucional consolidada desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento proba-*

torio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo (con) los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim.), que no constituyen en sí mismas pruebas, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos:

- a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral;
- b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito;
- c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de

dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último,

- d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (...).”

En el caso concreto, las declaraciones del coimputado rebelde en la instrucción no habían sido prestadas con la garantía de la contradicción que exige la anterior doctrina para que pudieran ser consideradas como prueba preconstituida, reproducible en el juicio oral, y este vicio de origen impedía aceptar como prueba de cargo la lectura en dicho acto de tales declaraciones.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que: *el rechazo de la virtualidad probatoria de dichas declaraciones, que tiene su fundamento directo en la interdicción de indefensión establecida en el art. 24.1 CE, viene corroborado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, por lo establecido en el art. 6.3 d) del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, habiendo señalado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente (art. 6.1), que por regla general, estos derechos imponen acordar para el acusado una oca-*

sión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1990, asunto Delta; 19 de febrero de 1991, asunto Isgró; 26 de abril de 1991, asunto Asch; 28 de agosto de 1992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1993, asunto Saidi). La conclusión inevitable es, por tanto, la imposibilidad constitucional de aceptar como prueba de cargo la lectura en el acto del juicio de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción por el coimputado ...

5.3.4. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003*, antes mencionada, luego de referirse al importante precedente de la Sentencia 31/1981 y a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral, se refirió a las excepciones a esta regla general, recordando que en ocasiones es posible integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación,⁴² o el contenido de las pruebas practicadas anticipadamente.⁴³

*Singularmente, en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim, hemos resalta-*do en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la fase sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se

42. Como los supuestos de los arts. 714 y 730 LECrim.

43. Previstas en el art. 657.3 LECrim. para el proceso ordinario, y en los arts. 781.1, 784.2 y 785.1, para el procedimiento abreviado, según la nueva redacción dada por la Ley 38/2002.

reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues sólo de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas (...).

El supuesto que analizamos no es uno de los recogidos en los arts. 714 y 730 LECrim. No estamos aquí ante una rectificación o retractación de un testimonio sobre la que se puedan pedir explicaciones a su autor, ni ante una prueba cuya reproducción sea materialmente imposible, sino en el trance de analizar la virtualidad probatoria de la declaración del recurrente, que asistió al acto del juicio y que, como antes se dijo, ejerció su derecho a no declarar, guardando silencio ante la pregunta de las acusaciones y de su propia defensa. Desde la perspectiva de la inmediatez, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio. Pudo por ello valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores. Atendiendo a las exigencias de publicidad del debate (esencial en este tipo de supuestos, como se recoge en el párrafo 81 de la STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España), ya hemos expuesto antes cómo el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron.

Se refiere entonces a la Sentencia 14/2001, que resolvió un caso similar, así como a la Sentencia 80/1986, recordando que: “este Tribunal tiene señalado que la

posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de ‘por reproducidas’ del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (...). La STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero, ..., en las que se catalogan los requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales: debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido”.

5.3.5. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2005*, con cita de la *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001* (caso “Luca”), ha afirmado que se produce una vulneración

constitucional cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario.

Precisamente, en el caso concreto la declaración de la víctima del robo incriminando al recurrente como autor del mismo se había producido desde un principio con carácter de prueba anticipada, dada la condición de extranjero no residente en España del testigo, declarando ante el Juez instructor y a presencia del abogado del acusado, luego el Tribunal Constitucional concluye que la misma tuvo lugar con la debida garantía de contradicción, habiendo sido introducida en el juicio dicha prueba mediante la lectura de la misma.

5.3.6. Como se dijo, el Tribunal Supremo viene declarando repetidamente que el principio de inmediación reconoce excepciones en casos de necesidad y que cuando el testigo no puede ser hallado, ha fallecido o se encuentra gravemente enfermo o fuera de la jurisdicción del Tribunal y la posibilidad de su comparecencia dentro de un plazo razonable no puede ser asegurada, es posible recurrir a las declaraciones ya prestadas durante la instrucción, conforme a lo establecido al respecto en el art. 730 LECrim.⁴⁴

5.4. Principio de contradicción.

Aparte de la oralidad e inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, y, por tan-

44. Así, por ejemplo, entre otras muchas: Sentencias de 22 de febrero de 1999, 23 de julio de 2001 y 30 de enero de 2003.

to, al principio de “igualdad de armas” procesales, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo, pudiendo acceder a cualquier prueba y alegar cuanto se considere oportuno al respecto, evidentemente con la legítima finalidad de poder influir sobre la decisión del Juez, de forma que se favorezca sus propios intereses. Garantiza, pues, la posibilidad de la defensa de interrogar a los testigos y demás personas que declaren ante el Tribunal.

Además, este requisito de la contradicción viene expresamente exigido por el art. 6.3.d) del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y por el art. 14.3.e) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Desde bien temprano el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de este principio, instrumento esencial para una adecuada defensa. Así, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (“caso Saïdi c/ Francia”), afirmó dicho Tribunal que si la condena se basa en testimonios, obtenidos antes del juicio, respecto de los cuales el inculpado no ha podido interrogar o hacer interrogar a los que los han formulado, “la ausencia de toda confrontación priva al acusado ... de un proceso equitativo”, señalando que “no desconoce las importantes dificultades de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, en particular en materia de búsqueda y administración de las pruebas, así como tampoco la desolación que dichos delitos provocan en la sociedad, pero estima que no deben conducir a limitar a tal punto los derechos de la defensa de todo acusado”.

5.4.1. Con toda rotundidad, en el mismo sentido que el Tribunal Europeo, afirmaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1998* que el principio de contradic-

ción, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo”. También la STC 86/1999 ha hecho hincapié en la importancia de este principio, recordando su doctrina mantenida desde la STC 31/1981: “el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (...)”. Esta misma STC hace referencia a los supuestos de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio, señalando la posibilidad de pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas conforme a la ley procesal, “pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula por reproducidas del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado.

Como puede verse, la contradicción debe garantizarse incluso en los supuestos de pruebas preconstituidas y anticipadas. La prueba preconstituida (preexistente al proceso), que tiene más bien su ámbito natural en el proceso civil, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre las pruebas de alcoholemia,⁴⁵ aunque exigiéndose la ratificación de

45. V. Sentencias del Tribunal Constitucional 100, 101, 145 y 148/1985, entre otras; también se ha admitido esta consideración de «prueba preconstituida» en aquellos supuestos de pericias practicadas

los agentes en el juicio. En realidad, esta llamada “prueba preconstituida” no alcanza su efectividad hasta que se produce esta última circunstancia, que evidentemente facilita la contradicción en el juicio oral, luego, en realidad, es en este acto cuando culmina su producción, no siendo, pues, muy afortunado, el término de “prueba preconstituida”. A mi juicio, la única excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral está representada por las hipótesis de prueba anticipada, reguladas muy restrictivamente en la ley, y en las que también se debe garantizar la contradicción, primero en su ejecución, permitiendo a la defensa su comparecencia durante el interrogatorio, para que pueda preguntar al testigo,⁴⁶ y, más tarde, en el juicio oral, cuando se proceda a su lectura, permitiendo a la defensa la posibilidad de confrontar su contenido con las otras declaraciones testimoniales en el juicio oral.⁴⁷

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2001*, a la que antes me refería otorgó el amparo en un caso en el que el recurrente había sido condenado exclusivamente por la declaración prestada en la fase sumarial ante el Juzgado Central de Instrucción por uno de los coimputados, sin que en dicha diligencia hubiera estado presente el recurrente o su Abogado y sin que el mencionado coimputado hubiera comparecido al acto del juicio. En realidad, en este caso, aparte de la reducida consistencia que siempre tienen las declaraciones de los coimputados,

antes del juicio; v. *Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1991*, que se refiere al certificado de un médico forense y a un examen médico.

46. V. *Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1999*.

47. V. *Sentencia del Tribunal Constitucional 200/1996*.

en la declaración ante el Juez instructor que se le había tomado, no estuvo presente ni siquiera el propio recurrente en amparo, que resultó condenado sobre la base exclusivamente de la declaración del coimputado rebelde. Pero, a mi juicio, aun en la hipótesis de que hubiera estado presente, no se podría tomar en consideración su declaración sin haber estado presente un abogado, que es lo que permite precisamente que tenga lugar realmente una contradicción. Es decir, sin asistencia letrada, que precisamente tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (Sentencia 229/1999), difícilmente podrá entenderse que se ha dado cumplimiento a la necesaria contradicción y, con ello, al derecho de defensa.

5.4.2. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*, antes mencionada, resolvió un caso en el que el recurrente había dirigido su recurso de amparo contra resoluciones de la Audiencia Provincial y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo condenaron por un delito de estafa, alegando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque la condena se había sustentado en declaraciones realizadas en la fase de instrucción que no se habían leído en el juicio oral, y en el que el recurrente se había retractado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional rechazó esta pretensión del recurrente, destacando que lo que era realmente relevante es que el resultado de la diligencia practicada en fase sumarial accediera al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia de publicidad, inmediación y contradicción.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, pues, rechaza en el caso concreto la vulneración constitucional alegada, pues lo cierto es que el autor del testimonio estu-

vo a disposición del órgano sentenciador (inmediación), luego éste se pudo formar un juicio sobre su credibilidad, habiendo señalado incluso la Sentencia de instancia que el declarante se mostró tibio y balbuceante en el acto del juicio, en franca contradicción con la rotundidad de sus anteriores declaraciones, haciéndole ver el Ministerio Fiscal, así como el Presidente, la contradicción en que estaba cayendo, y que no supo explicar. Añade la Sentencia que las declaraciones realizadas por aquél en la fase de instrucción recibieron la publicidad constitucionalmente exigible a través del interrogatorio, *“y ello pese a no haber sido leídos los folios sumariales en que se documentaron” (...), como puede comprobarse en el acta del juicio oral en la que constan sus manifestaciones de que “lo que dijo en Comisaría no era verdad”, abundando en “que no conoce de antes al coacusado”; “que trató con 2 personas que decían que trabajaban para ... “ o que “el declarante nunca ha tenido tratos con ...”. Pues bien, acreditada la inmediación y la publicidad, ha de entenderse que igualmente fue posible la contradicción, desde el momento en que la defensa del recurrente en amparo pudo también interrogar al declarante. En este punto, hay que insistir en que es “la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (...).*

En conclusión, por las razones expuestas, debe rechazarse la tacha de invalidez constitucional de la toma en consideración por la Sentencia impugnada de las citadas pruebas por falta de contradicción, inmediación y publicidad”.

6. Empleo de nuevas técnicas audiovisuales en el juicio oral; el sistema de videoconferencia

6.1. Poco a poco se han ido aceptando en el derecho comparado las nuevas técnicas audiovisuales como medio para poder aportar pruebas válidas al proceso penal, en especial tratándose de testigos menores de edad.⁴⁸

Ahora bien, no todas estas técnicas son plenamente satisfactorias. Así, la presentación en juicio de un testimonio grabado en un medio audiovisual,⁴⁹ en un vídeo (“declaración en conserva”), es claro que supone una excepción al principio de inmediación, que exige que el Juez esté en comunicación directa con las partes del proceso. La posibilidad de que un Tribunal que no puede preguntar por sí mismo al testigo y al acusado pueda convencerse “en conciencia”, es dudosa, salvo que en tal caso, esto es, cuando los jueces no hayan podido despejar alguna duda por la imposibilidad de preguntar por sí mismo a los testigos o al acusado, apliquen el principio *in dubio pro reo*. El Juez o Tribunal sólo puede formar su convicción sobre la base de la prueba producida oralmente en su presencia y directamente percibida.

Sin embargo, hoy en día hay medios técnicos que sí podrían permitir la necesaria inmediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo

48. Cfr., en este sentido, por ej., el § 58 a de la StPO alemana, que prevé que la declaración de un menor de 16 años que haya sido víctima de un delito se pueda grabar con medios audiovisuales, así como la de otros testigos que no puedan estar en el plenario y cuya declaración sea necesaria para la averiguación de la verdad.

49. Por ej., la llamada “diligencia de interrogatorio europea” del art. 32.1 a) del Corpus Juris Europeo.

en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo, y cuya utilización, por consiguiente, sí podría admitirse, excepcionalmente, siendo de especial importancia en aquellos casos, de una extraordinaria relevancia en determinados lugares de la geografía española, por la especial trascendencia que tiene el turismo, en los que un número importante de delitos los sufren extranjeros y turistas de otras Comunidades Autónomas, que difícilmente pueden asistir al juicio oral, pues cuando éste llega a celebrarse aquéllos se encuentran ya en sus respectivos países y Comunidades de procedencia.

Me refiero al sistema de videoconferencia, que permite una comunicación en ambos sentidos durante las sesiones del plenario, cuyo uso es compatible con los principios de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción, y evitaría la suspensión de no pocas vistas por incomparecencia de la víctima, muchas veces único testigo de cargo, por lo que es claro que sin su testimonio sería imposible obtener una sentencia condenatoria; en otros casos llega a celebrarse el juicio, a pesar de no comparecer el testigo, citado e incomparecido con anterioridad en varias ocasiones, dictándose entonces una sentencia absolutoria por falta de prueba ante dicha incomparecencia, produciéndose así una situación de impunidad de hechos delictivos y, por tanto, de fracaso en su persecución y de desconfianza en el propio sistema.

El sistema de videoconferencia puede ayudar considerablemente a evitar muchas de las suspensiones que tienen lugar, especialmente en zonas turísticas. Además, con el sistema de videoconferencia, que exige la colocación de dos pantallas, una en la sede de la Audiencia Provincial y otra en la Embajada para el caso de víctimas extranjeras, se evita en buena medida la estigmatización

de la víctima y la segunda criminalización, al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, consecuencia de especial intensidad y que habría que prevenir en los delitos contra la libertad sexual, relativamente frecuentes, sobre todo en los supuestos en que aquélla es menor de edad; en estos casos y otros de testigos protegidos, se podría utilizar, incluso, un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido: de sala de vistas a declarante, situado en otra sala).

Evidentemente, su práctica gozaría de la fe pública del Secretario del Tribunal, aunque la identificación de los datos personales del sujeto, por lo general la propia víctima del delito, tendría lugar ante el cónsul, también fedatario, si dicho sujeto reside fuera del territorio nacional, o ante cualquier otro fedatario público si reside en otra parte del territorio nacional.

El coste de este sistema, una vez amortizado el gasto de adquisición, es muy inferior al que corresponde a la indemnización por traslado.⁵⁰

6.2. En España se han introducido ya las oportunas reformas legales para hacer realidad el eventual empleo de estas nuevas técnicas.

Así, la Ley Orgánica 13/2003 introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 229.3, que dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bi-

50. Cfr. Fernández del Torco Alonso, J.M., “Aspectos procesales de la delincuencia en zonas turísticas”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998 (diciembre), pp. 79 y ss.

direcciona y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguardia del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Más concretamente, el nuevo art. 731 bis LECrim. afirma que “el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición, resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”⁵¹

7. Prueba suficiente

7.1. En el sistema actual de libre valoración, como se dijo, el Juez es libre para obtener su convencimiento, no estando vinculado a reglas legales sobre la prueba. Por tanto, *la suficiencia de la prueba no ha de valorarse desde un punto de vista cuantitativo.*

Corresponde al juez o tribunal sentenciador o de instancia valorar la prueba practicada y alcanzar la necesaria

51. V. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, en el que este Tribunal defiende la excepcionalidad de la utilización de la videoconferencia, señalando al respecto que “no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos”.

convicción acerca de la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, con independencia de la clase de prueba que sea y de la cantidad de prueba de que disponga, siempre que se haya obtenido con las necesarias garantías, y con independencia del siempre posible control de la ponderación que lleve a cabo el Tribunal de instancia sobre la prueba, que debe ajustarse a criterios racionales.

7.2. Incluso las *declaraciones de la víctima*, como único testigo, pueden erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Así, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2000* afirmó, reiterando su doctrina (*Sentencia 64/1994*), que *la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (...)*.

En el mismo sentido, en su *Sentencia 194/2002* ha insistido en que *la declaración de la víctima, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso*.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que la declaración de la víctima puede constituir prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, correspondiendo al Tribunal juzgador la tarea de ponderar las circunstancias concurrentes de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 LECrim. (*Sentencia de 30 de mayo de 2001*).

7.3. Por ello, con buen criterio señalaba la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2002* que la corroboración de imputaciones que sólo se basan en la imputación de una persona –evidentemente con más razón si se trata de la víctima o perjudicado por los hechos delictivos– es un requisito de su apreciación según las reglas del criterio racional, que el art. 717 LE-Crim. impone para la valoración de la prueba testifical. Añadiendo que tal corroboración es una condición general de todo testimonio, no sólo de los co-reos y víctimas, pues se trata de una consecuencia necesaria de la eliminación de la antigua regla *testis unus, testis nullus*, cuya finalidad es evitar un juicio arbitrario sobre la prueba testifical.

7.4. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999*, en cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegada por el recurrente respecto a uno de los delitos por los que había sido condenado, un delito de daños, por entender que no existieron pruebas de cargo de los hechos declarados probados que habían sustentado la condena por dicho delito, afirma, dándole la razón al recurrente, que

el examen de la existencia de prueba de cargo, una vez constatado que se practicaron pruebas y que se obtuvieron con todas las garantías (...), requiere: Verificar, primero, que las pruebas o alguna de ellas hayan tenido por objeto los hechos que se atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera puede entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado, esto es, que pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, sostener una condena penal. Todo ello, no

obstante, con independencia del peso que a cada prueba, en sí misma considerada y en su consideración conjunta, pueda asignársele en orden a sostener la condena, y con independencia, también, del control que pueda ejercer este Tribunal, desde la perspectiva del resultado de la valoración, acerca de la razonabilidad del nexo establecido por el órgano judicial entre la prueba y la atribución de responsabilidad criminal al acusado.

En el caso concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de la existencia de un vacío probatorio absoluto sobre los hechos probados que habían sustentado la condena del recurrente por el delito de daños, anulando, en consecuencia, la Sentencia impugnada en cuanto a los pronunciamientos relativos a la condena por este delito.

8. La prueba de indicios. Su legitimidad constitucional

En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, basado, no en un juicio de valor, sino en un juicio lógico-inductivo, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa;⁵² piénsese, por ejemplo, en la prueba de ADN.

52. Cfr. Tomás y Valiente, F., "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 32.

Su legitimidad constitucional, pues, está fuera de toda duda, siempre que la misma cumpla los necesarios requisitos, a los que reiteradamente se han referido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

8.1. Desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la validez de la prueba de indicios, como es el caso de las Sentencias, básicas en esta materia, 174 y 175 de 1985, en las que se puso de manifiesto la compatibilidad de esta prueba con el derecho a la presunción de inocencia, la distinción entre pruebas indiciarias y simples sospechas, y los requisitos necesarios para que aquéllas puedan llegar a desvirtuar la presunción de inocencia.

A estos requisitos, reiterando la legitimidad como prueba de cargo de los indicios, se refirió *Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1998*. En el caso resuelto por esta Sentencia, la principal vulneración constitucional alegada por el recurrente era la del derecho a la presunción de inocencia, que habría cometido tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo condenó por delitos contra la salud pública y contrabando, como la Sentencia del Tribunal Supremo que la confirmó en casación. El recurrente consideraba que no había en su contra prueba de cargo alguna en la que se pudiera fundar la condena, como efectivamente así lo entendió la Sentencia del Tribunal Constitucional, otorgándole el amparo solicitado. Las pruebas que habían fundado la condena del recurrente se reducían a su presencia en el aeropuerto acompañando a una de las coimputadas y las contradicciones que la Audiencia halló en las declaraciones de ambos. La Sentencia puso de manifiesto que la primera aparición del recurrente se produjo cuando la mencionada coimputada se le acercó a la salida del ae-

ropuerto, intercambiando unas palabras y ciertos gestos, no constando ni el contenido de aquéllas ni la intención de éstos; salvo su presencia en el aeropuerto esperando en la salida a la coimputada, ningún otro acto le implicaba y tampoco las otras condenadas le atribuyeron en la operación participación alguna. No obstante, la Audiencia Provincial había considerado desvirtuada la presunción de inocencia sobre la base de aquellos indicios, unido a ciertas contradicciones en las declaraciones del recurrente y de la coimputada.

Afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional que

“la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; y, puesto que este Tribunal no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.1 CE (...) la revisión de su enjuiciamiento sólo tiene lugar por la vía del recurso de amparo cuando exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad”. En particular, la Sentencia reitera la legitimidad como prueba de cargo de los indicios, siempre que concurren los requisitos necesarios. Concretamente, señala que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas son los siguientes:

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados, pues se entiende que no es posible basar

una presunción, como lo es la prueba indiciaria, en otra presunción.

b) *Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria.*

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que no era posible entender que de la presencia del recurrente en el aeropuerto pudiera inferirse la intervención del mismo en el delito de tráfico de drogas por el que había sido condenado, por lo que concluyó afirmando que las Sentencias impugnadas habían vulnerado su derecho a la presunción de inocencia; la de instancia por la apreciación que hizo de las pruebas, y la de casación al no haber corregido la insuficiencia probatoria de la misma para la conclusión condenatoria pronunciada.

8.2. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998*, sin embargo, confirmó la razonabilidad de la inferencia realizada en el caso concreto por el Tribunal Supremo, realizando importantes declaraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia y la prueba de indicios, y señalando, en lo que al engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia se refiere, que la falta de concordancia con las reglas del criterio humano – la irrazonabilidad – se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

En particular, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional,

“podríamos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada. Así, nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución (STC 105/1988); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o, finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998)”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2002* llegó a la conclusión de que la sanción disciplinaria que se le había impuesto al recurrente - interno en un centro penitenciario - se había fundado en una inferencia excesivamente abierta, débil e indeterminada (ser destinatario por segunda vez de una carta que ocultaba una sustancia que parecía droga).

“Ciertamente, hemos mantenido que el art. 24.2 CE no se opone a que la convicción se logre a través de la

denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también ha declarado que no se opone al contenido del art. 6. 2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (casos Pham Hoang contra Francia, de 25 de septiembre de 1992, § 33, y Telfner contra Austria, de 20 de marzo de 2001, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común. Esta es, hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas (...). Como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 de diciembre (FJ 2), el engarce lógico ha de estar asentado en una “comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.

Por lo tanto, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (...).

8.3. Un aspecto esencial de la prueba indiciaria es el de la *pluralidad de indicios*, aunque en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se ha exigido este requisito, salvo en algún caso aislado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo que viene exigiendo, como se ha podido ver, es que *la inferencia que se realice sea razonable*, con independencia de que sean uno o varios los indicios concurrentes en el caso concreto.

Otro punto de vista sigue el Tribunal Supremo que sí viene exigiendo una pluralidad de indicios⁵³ (*indicium unus, indicium nullus*). Así, con ocasión de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1996*, los recurrentes habían impugnado el razonamiento de la Audiencia Provincial que había llevado a ésta a determinar la autoría de los acusados en la producción de un incendio que produjo daños por varios millones de pesetas, sometiendo a crítica cada uno de los indicios en los que aquel Tribunal había fundamentado su convicción.

La Sentencia del Tribunal Supremo repasa los indicios en los que la Audiencia apoyó sus conclusiones, señalando que

“el Tribunal a quo sostuvo, en primer lugar, que el foco causante del incendio se encuentra en un pequeño trozo de algodón situado en la base de un cubo de plástico, remitiéndose para sostener esta acusación a los informes obrantes en la causa. En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que el incendio sólo se pudo producir desde el interior, pues ello surge del informe del Laboratorio ... Por último, la Audiencia tuvo en cuenta que los acusados eran

53. Cfr., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1998, 25 de marzo de 1998, 9 de junio de 1998, 1 de abril de 2000 y 29 de enero de 2002.

los únicos tomadores de las llaves del local”, añadiendo que “los recurrentes no cuestionan las bases probatorias de estos indicios, sino su efecto indiciario mismo. El criterio en el que se basa el recurrente, sin embargo, es equivocado. En efecto, es claro que una exigencia básica de la prueba de indicios es la necesidad de que los indicadores sean plurales. Tal requisito se explica precisamente porque individualmente considerado cada indicio no es una prueba acabada e irrefutable. Por el contrario, la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda. Esto es lo que ocurre en el presente caso. El razonamiento de los jueces a quibus es, por lo tanto, correcto: el incendio tiene su foco desencadenante dentro del local, a él sólo tienen acceso los procesados y además es posible descartar que el fuego se haya producido desde fuera o de manera fortuita. La conclusión es tanto lógica como empíricamente correcta, pues no vulnera ninguna regla del razonamiento inductivo, ni contradice máxima alguna de la experiencia. Sobre todo desde este último punto de vista es claro que una causa que se activó dentro de un recinto al que sólo tienen acceso determinadas personas, sólo puede haber sido puesta por éstas, descartado, como ha quedado, que el incendio haya sido causado desde fuera”.

Por su parte, la Sentencia de 15 de julio de 1996 del mismo Tribunal, afirmó que “la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite, ante la repetición coincidente de una misma posibilidad, compensar la falta de contundencia probatoria de cada indicio individualmente considerado”.

8.4. De todos modos, no faltan resoluciones condenatorias de la Sala Segunda basadas en un único indicio,

que incluso han sido objeto de posterior análisis, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, por el Tribunal Constitucional, como en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 135/2003*, que ratificó la suficiencia de la prueba de cargo afirmada tanto por el Tribunal de instancia como por el propio Tribunal Supremo en un caso en el que se había producido la condena del recurrente – por un delito de robo –, fundada en un indicio, concretamente la existencia de una huella dactilar de aquél en la puerta interior de una entidad bancaria.

Esta Sentencia reitera que a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes *requisitos*, que permiten distinguirla de las simples sospechas:

- a) que parta de *hechos plenamente probados*; y
- b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un *proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano*, explicitado en la Sentencia condenatoria.

Según esta Sentencia del Tribunal Constitucional sólo cabe apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada, y en el caso concreto resuelto la Sentencia afirma el carácter no irrazonable de la inferencia realizada por los órganos judiciales

tanto desde el punto de vista de su lógica o coherencia (resulta conforme a las reglas de la lógica concluir, a partir de la presencia de las huellas dactilares del recurrente en el lugar de los hechos, su participación en los mismos), como desde la óptica del grado de solidez requerido. En

efecto, que se tratara de huellas frescas y nítidas, por tanto impresas en un tiempo próximo al de la presencia policial en el lugar; que se encontraran en la puerta interior del banco, lo que indica que se penetró en el mismo, en contra de lo mantenido por el recurrente, convirtiendo en cuestionable la credibilidad de su testimonio; que la versión del acusado aporte un dato —que le fue a buscar un amigo—, coincidente con el testimonio de una de las testigos, según la cual al autor del hecho le esperaba otra persona en la puerta, unido a la inexistencia de una explicación alternativa suficientemente sólida que justifique la presencia del recurrente en el lugar de los hechos (futilidad del relato alternativo que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, pero sí servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad: ...), permite afirmar que la conclusión del Tribunal sentenciador no es excesivamente abierta o indeterminada.

Ningún otro juicio compete a este Tribunal, pues conviene recordar, de un lado, que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que “el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo” (...) y, de otro, que “entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos.

8.5. Muy interesante resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2000*, una de las recaídas en el “caso

Filesa”, que vino a recoger la doctrina de este Tribunal tanto sobre el derecho a la presunción de inocencia, como sobre la prueba de indicios.

En el caso concreto, la cuestión planteada por el recurrente estaba referida a la prueba indiciaria. Dijo al respecto la Sentencia que

“nuestra doctrina, partiendo de que en la prueba de indicios lo característico es que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia (que consiste en que el sentido común implica que la realización acreditada de un hecho comporta su consecuencia) ha girado generalmente sobre la razonabilidad de este engarce, aunque afirmando también la necesidad absoluta de que el hecho base o indicio esté acreditado (...). En suma, la especialidad de las presunciones como método probatorio reside en que, en el proceso penal, la acreditación de la conducta punible, es decir de los presupuestos fácticos que configuran la conducta típica y de la participación en ellos del acusado, se produce no a través de la valoración de un medio de prueba directo, sino de la acreditación de otra afirmación de hecho de la que puede desprenderse, en un proceso de razonamiento lógico, tales presupuestos. Si, con carácter general, hemos mantenido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede producirse tanto cuando no existan pruebas de cargo válidas, como cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando el discurso motivador sea irrazonable por ilógico o insuficiente, cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del iter discursivo del Tribunal cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, por aplicación de nuestra doctrina, es preciso analizar,

desde el límite enunciado al principio, tanto que el hecho base ha resultado probado, como que el razonamiento (en definitiva el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido) es coherente, lógico y racional. Esta es la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas. Aquélla implica una verdadera manera de acreditar un hecho delictivo y la participación que en él tuvo el recurrente. Éstas no son sino suposiciones que no logran desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En aplicación de dicha doctrina, en resumen, hemos mantenido que para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas ha de gozar de los siguientes requisitos:

- a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados;
- b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados;
- c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicité el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o, como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 de diciembre (FJ 2), en una “comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.

En consecuencia, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia,

en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (...). Lo que, en palabras nuevamente de la STC 169/1986, legitima la presunción judicial como fundamento de una condena es el “rechazo de la incoherencia y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en sus fundamentos jurídicos 15 a 23, examina el caso concreto que se le planteaba, los medios de prueba practicados y la valoración realizada por el Tribunal Supremo, descartando la lesión del derecho a la presunción de inocencia por lo que se refiere al delito de asociación ilícita, pero apreciando, en cambio, tal lesión respecto al otro delito por el que se había condenado al recurrente, esto es, el delito de falsedad documental, concluyendo al respecto que

“el órgano judicial carecía de una prueba de cargo directa para acreditar que el recurrente intervino como inductor incluso, en la confección, emisión y cobro de la factura. En primer lugar porque el mismo testigo principal (el contable de la empresa) mantuvo que ni siquiera conocía al demandante, ni lo vio jamás en las oficinas de la empresa. En segundo lugar porque el acusado negó

siempre su participación en los hechos. Seguidamente porque de la prueba documental no se desprende la intervención del recurrente en la creación de la factura, ni en el encargo del informe, ni en su cobro. Además, porque ninguno de los otros acusados le imputaron esta conducta. Finalmente porque tampoco se utiliza en la Sentencia la prueba documental directamente referida a este acusado (los documentos obtenidos en registros) para acreditar la participación del recurrente en estos hechos. Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, si bien es cierto que la relevante participación del recurrente en el capital social de Time Export, S.A., constituye un dato que debe ser tenido en cuenta a efectos de su conceptualización como incurso en el delito de asociación ilícita, no es de por sí suficiente, sin estar sustentado por otros indicios, para obtener de él la inferencia de que ha influido sobre la actuación del órgano de administración de la sociedad en cuyo curso se cometió el delito de falsedad por el que resulta condenado. La intervención en un hecho delictivo concreto (la falsificación de un documento mercantil, por simulación total), se induce en virtud de un razonamiento no sólo excesivamente abierto y débil, sino profundamente equívoco, pues de él, con arreglo a criterios comunes de experiencia, no puede inferirse sin más que el acusado participó como inductor o cooperador necesario, cuando no era administrador, ni gerente, ni tenía poderes de administración, ni intervino en la contabilidad de la sociedad, por lo que se vulnera su derecho a la presunción de inocencia. Lo que conduce a estimar parcialmente la presente demanda de amparo, en lo que se refiere a la condena del recurrente como responsable de un delito de falsedad en documento mercantil”.

8.6. Muy interesante es la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999*, que resolvió un recurso en el que el acusado, básicamente, había alegado que las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, que lo condenó por un delito de homicidio, no se ajustaba a los principios que rigen la prueba indiciaria. En particular, los indicios tomados en consideración por aquel Tribunal para condenar al acusado habían sido los siguientes: 1, la existencia de una situación de amistad entre el acusado y la víctima; 2, contradicciones evidentes en que incurrió el acusado en sus declaraciones; y 3, sangre de la víctima en el pantalón vaquero entregado por la persona que convivía con el acusado.

Pues bien, la mencionada Sentencia, luego de señalar que los indicios deben estar probados, ser varios y concordantes, y de afirmar que no todos los indicios tienen el mismo valor indiciario, distingue

“entre indicios “débiles” e indicios “fuertes”, según el valor indiciario de los mismos. Los indicios “débiles” tienen sólo un valor acompañante y dependiente de otros indicios “fuertes”. La diferencia entre unos y otros estará dada por la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general. Por regla la suma de indicios “débiles” no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera”.

En el caso en particular dice la Sentencia que los dos primeros indicios tenían un valor probatorio especialmente débil, dependiendo incluso del tercero, el relativo a las manchas de sangre en las ropas del acusado. Este último, en cambio, era un indicio de gran consistencia, pues ponía

de manifiesto que el acusado había estado en contacto con la víctima, pues, de lo contrario, no se podría explicar su aparición en el pantalón, a lo que se añadía el hecho de que el pantalón fue lavado inmediatamente después del hecho, lo que constituía una demostración, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, de que el acusado quiso eliminar aquellas manchas.

La Sentencia, pues, concluyó afirmando que los indicios fuertes (manchas de sangre de la víctima en el pantalón del acusado y el intento de hacerlas desaparecer) estaban corroborados por los débiles, por lo que desestimó el recurso de casación.

8.7. Otra resolución que ha venido a resumir la doctrina sobre la prueba indiciaria es la *Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2005*, en la que se insiste que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar una condena sin menoscabar por ello el derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) se parta de hechos plenamente probados, y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que la Sentencia condenatoria debe detallar.

Esta misma Sentencia aclara que si bien en alguna ocasión se ha afirmado como ajustado a las normas de la experiencia y, por tanto, admisible, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad, tal deducción ha de realizarse en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles,⁵⁴ no, como en el caso resuelto, cuando no

54. Así, por ejemplo, en la Sentencia 202/2000.

existe ningún otro elemento de prueba, razón por la que otorga el amparo.

8.8. Dos últimas sentencias han tenido de nuevo ocasión de referirse a esta clase de prueba. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2005*, que una vez más se refiere a los mismos requisitos que legitiman su apreciación, esto es, que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos que constituyen el delito se puedan deducir de los indicios a través de un proceso mental razonado, de acuerdo con el criterio racional, que debe expresarse, además, en la Sentencia condenatoria. Esta Sentencia aclara que “el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, como desde su suficiencia o calidad concluyente”.⁵⁵

9. La prueba sobre hechos internos

Una problemática muy próxima a la técnica de la prueba por indicios plantea la prueba cuando ésta recae sobre *hechos internos*, como es el caso del dolo y demás elementos subjetivos necesarios para la imposición de la pena. Así, el dolo requiere, al menos, un conocimiento por parte del acusado de lo que hizo, es decir, recae sobre un objeto que, en palabras de Hassemmer, se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona.⁵⁶ luego, para su averiguación, es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba in-

55. Se reitera la doctrina en esta materia en la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2005.

56. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, p. 169.

diciaria. Por ejemplo, afirmar que el autor ha obrado con *animus necandi* o con *animus laedendi*, supone la descripción de un hecho psicológico, interno, que sólo es inducible a partir de aspectos externos del comportamiento del sujeto. Como decía la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1989, utilizando la terminología de los clásicos: “la intención de matar es un *factum internum* que debe ser indirectamente deducido de situaciones externas”.

Y en su importante *Sentencia de 23 de abril de 1992* (“caso del aceite de colza”), decía que

“cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudirse a denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate”.

En el mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995 afirmaba* que la cuestión de la afirmación de una finalidad, de un conocimiento o de cualquier otro aspecto psicológico típicamente relevante de la acción deber ser inferido de indicadores exteriores y por ello se debe basar en máximas de experiencia, cuya correcta determinación y aplicación puede ser controlada en casación en la medida en que afecta al aspecto racional del juicio del tribunal sobre los hechos subjetivos. Y en la medida en que podría afectar al derecho a la presunción de inocencia, entiendo que también sería posible el control, en su caso, en sede de recurso de amparo constitucional.

Evidentemente, una cosa es la prueba del dolo,⁵⁷ sobre la base de dicha inferencia,⁵⁸ y otra diferente la subsunción de este elemento subjetivo, para lo que se requiere, como en los demás elementos del tipo penal y del delito, una definición. Y, en particular, con relación al dolo, hoy en día el Tribunal Supremo español parece aproximarse a la teoría del riesgo, defendida, entre otros, por Frisch⁵⁹ y Jakobs.⁶⁰ Esta posición se observa con claridad en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, recaída en el “caso de la colza”, cuando afirma que “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos.”⁶¹ Por ello, en el caso concreto, frente a la tesis mantenida por la Audiencia Nacional, según la cual respecto de los resultados de muerte sólo hubo imprudencia por parte de los inculpados, el Tribunal Supremo entendió que “si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este

57. Naturalmente, la constatación del dolo es una cuestión jurídica, que se debe inferir a partir de determinados indicios, que permiten esclarecer el conocimiento del autor en el momento de llevar a cabo la acción, no una cuestión pericial psicológica, que dependa de lo que digan al respecto los psicólogos.

58. Cfr. Pérez del Valle, C., *Teoría de la Prueba y Derecho Penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 3, Madrid, 1999; Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

59. Cfr. *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 118 y ss.

60. Cfr. *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1991, 8/23, y en la versión española a cargo de J. Cuello y J.L. Serrano, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, pp. 327 y ss.

61. El mismo punto de vista se ha seguido posteriormente; por ejemplo, Sentencias de 11-2-1993, 20-2-1993, 28-1-1994, 20-4-1994, 27-1-1997, 18-3-1997, 14-11-1998, 14-5-1999, 29-5-2000, 30-5-2001, 17-10-2002, 27-5-2003, 16-6-2004 y 4-1-2005.

aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones”.

10. La prueba de la causalidad

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2000*, con cita de la *Sentencia del “caso de la colza”*, de 23 de abril de 1992, se recordaba que *la prueba de la causalidad no depende de la prueba del mecanismo causal*, siendo jurídicamente inobjetable la comprobación de la causalidad

“si el Tribunal que no conoció o no pudo conocer el mecanismo de producción del resultado, pudo, al menos, descartar convincentemente la posibilidad de que hayan intervenido otras causas diversas de la acción del acusado”.

En el caso concreto los procesados –Guardias Civiles– habían procedido a la detención de dos personas, declarándose como hecho probado que aquéllos habían propinado a los detenidos que respectivamente custodiaban una serie de golpes por diversas partes del cuerpo, y que en el cuartel los detenidos fueron tumbados en el suelo, esposados con las manos en la espalda, llegando a fallecer uno de ellos por una hemorragia epidural, que no causó lesión superficial en forma de contusión cutánea. La Audiencia, al no haber podido probar el mecanismo que produjo la hemorragia epidural sin haber producido una lesión superficial cutánea, descartó que los procesados propinaran al occiso una patada en la región parietal, por lo que los absolvió. Sin embargo, la *Sentencia del Tribunal Supremo* opuso que admitido por el propio Tribunal de

instancia que el derrame epidural obedecía a una causa externa y que debió ser producido con un instrumento diverso de la patada, el Tribunal debió demostrar qué otras causas permitían explicar la lesión que produjo la muerte. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que

el razonamiento de la Audiencia se limita a rechazar la tesis de las acusaciones, pero omite totalmente considerar que - probados los malos tratos - era necesario demostrar que la causa de la muerte era distinta de ésta. Sobre todo porque los detenidos estuvieron todo el tiempo en el ámbito de dominio de los acusados y en una posición (tumbados en el suelo y esposados a la espalda) en la que era factible que además de los golpes - para lograr su inmovilidad - se les haya presionado con el pie en la zona parietal cuyo hundimiento produjo la hemorragia causante de la muerte.

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo añade que en el caso resuelto el Tribunal *a quo* debió haber explicado qué posibles causas habrían producido el resultado, porque el informe de autopsia, luego de excluir diversas causas internas de la muerte (patología cardíaca, insuficiencia respiratoria, etc.), concluía que la etiología de la muerte era de tipo violento y la causa obituaría de tipo homicida.

La Sentencia del Tribunal Supremo concluyó, pues, “que el Tribunal *a quo* debió explicar cómo es posible que ninguno de los acusados haya ejecutado una acción causal de la muerte, pero al mismo tiempo la muerte se haya producido dentro del ámbito de dominio de los acusados, por causas violentas y de tipo homicida, habiendo ejercido violencia dichos acusados sobre el occiso, y que los médicos afirmen que se debe excluir que se trate de un impacto contra el suelo y de una autolesión”.

La Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso formulado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ordenando la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que ésta diera una explicación de los criterios con los que estableció la relación de causalidad de la muerte del occiso, eliminando la posibilidad de que los acusados hubieran ejecutado una acción causal de dicho resultado, así como sobre las causas probables que le permitieron explicar la muerte violenta de la víctima.

11. Declaración inculpativa del coimputado. Requisitos para su legitimidad constitucional

11.1. Ha sido especialmente objeto de discusión el valor que deba darse a las acusaciones que realice el coimputado o coacusado. Incluso, a propósito de algunos casos especialmente tratados en la prensa española, como el caso “Marey”, así como también debido a casos de criminalidad organizada, en los que ha adquirido reconocimiento la figura del arrepentido,⁶² se puede afirmar que es una de las cuestiones más debatidas en materia de prueba penal.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la única prueba de cargo consista en la declaración de un coimputado, hay que tener en cuenta que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente

62. V. para los delitos de tráfico de drogas, el art. 376 del Código penal, y para los de terrorismo, el art. 579 del Código penal. Muy interesante el trabajo sobre esta figura de Quintanar Díez, M., *La justicia penal y los denominados “arrepentidos”*, Madrid, 1996.

o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable *ex art. 24.2* de la Constitución, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa.⁶³

Por ello, decía la *Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998* que

“la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, ..., no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas ..., y, además, la contradicción en la que aquél incide no fue objeto de confrontación”.

En la *Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1998*, con relación a la pretendida debilidad de la inferencia condenatoria realizada por el Tribunal de instancia, a la vista de la condición de coimputado del autor del testimonio que constituía dicha prueba, el Tribunal Constitucional recuerda la jurisprudencia de sus Sentencias 153/1997 y 49/1998:

“Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado ..., es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (...). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo

63. V. Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1995, 197/1995, 129/1996 y 49/1998.

única, ..., no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente”. Así, pues, continúa diciendo la Sentencia del Tribunal Constitucional, “a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional no apreció la vulneración de este último derecho fundamental, pues junto con las declaraciones del coimputado la Audiencia Provincial, en la Sentencia impugnada, había tomado en cuenta otros elementos de corroboración.

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluyó señalando la existencia de

un enlace lógico y suficientemente consistente entre la actividad probatoria practicada y el relato de hechos probados, sin que a partir de ahí, comprobado el respeto al derecho a la presunción de inocencia, pueda esta jurisdicción de amparo determinar si un desenlace fáctico alternativo era más razonable y si, en ese análisis, debía considerarse más creíble el testimonio final de quien deponía en condición de testigo y en plenas condiciones de inmediación y contradicción que su propia declaración previa como imputado; declaración que, ..., gozaba de las suficientes garantías para su valoración y que quedaba corroborada por su persistencia durante el procedimiento

previo y por la concurrencia de otros datos accesorios. La posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral ha sido reconocido por este Tribunal en numerosas resoluciones ...

11.2. Por su parte, el *Tribunal Supremo*, en Sentencias de 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985 y 12 de mayo de 1986, había afirmado que

si bien es cierto que la declaración del coacusado no es propiamente un medio ordinario de prueba (...) ni son del todo declaraciones, pues se efectúan carentes de la obligación de veracidad exigible a los testigos, tampoco cabe duda de que este testimonio impropio (...) puede, cuando menos, estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986),⁶⁴ aunque es preciso que esas declaraciones – añade la Sentencia – no hayan sido prestadas por alguien “guiado por móviles de odio personal”, por obediencia a una determinada persona”, ni que la “declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de autoexculpación.⁶⁵

64. Cfr. también, en este mismo sentido, la Sentencia de 7-11-1997.

65. Todas estas circunstancias, precisamente, hacen altamente perturbadora la figura del llamado “arrepentido”, prevista en el art. 376 del Código penal español, en relación con los delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas), que prevé una reducción de pena de hasta dos grados “siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en varias Sentencias⁶⁶ que las motivaciones de los coacusados que inculpan a otro procesado deben ser analizadas con especial cuidado. En este sentido, no puede olvidarse la frecuente utilización en España de inculpaciones de algunos acusados, cuya culpabilidad ya ha sido demostrada, o que ante la abundante o contundente prueba existente se va a demostrar, contra otras personas, a cambio de ciertos beneficios penitenciarios, o, en su caso, a cambio de la aplicación de tipos penales más beneficiosos.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1994* señaló que

si bien el Juez o Tribunal no debe, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución de condena sic et simpliciter en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión, que habrá de ser valorada a la luz de un conjunto de factores (...); a los factores antes mencionados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986, añade ahora la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1994 *“la personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como partícipe.*

Todas estas cautelas relativas a las declaraciones del coimputado tienen su explicación en las siguientes razones:

asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

66. V. Sentencias del Tribunal Supremo de 16-12-1986, 5-4-1988, 14-9-1989, 27-12-1989, 29-10-1990.

- 1ª, el coimputado no tiene la obligación de decir la verdad, incluso puede no responder,⁶⁷ sin que pueda emplearse contra él ningún medio coactivo ni intimidatorio;⁶⁸
- 2ª, está prohibido tomarle juramento,⁶⁹ incluso en el caso de tratarse de preguntas sobre hechos ajenos;
- 3ª, el coimputado declara sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.⁷⁰

Estas tres condiciones, como se señalaba en el voto particular a la Sentencia recaída en el “caso Marey” (Sentencia de 29 de julio de 1998), son esenciales “para asegurar la verdad de lo declarado por cualquier testigo”. Sin embargo, en esta polémica Sentencia, el Tribunal Supremo condenó a dos de los acusados (JB, ex Ministro del Interior, y RV, ex Director de la Seguridad del Estado) sobre la base de la versión de los hechos de los coimputados.

El Tribunal Constitucional, a propósito de los recursos de amparo formulados por aquéllos contra la Sentencia de instancia del Tribunal Supremo, entendió que la declaración de los coimputados estaba corroborada, y que, por tanto, podía desvirtuar la presunción de inocencia.

67. V. arts. 24.2 de la Constitución y 389.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

68. El art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), de 16-12-1966 (Nueva York), ratificado por España el 13 de abril de 1977, establece que el inculpado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

69. V. art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

70. Art. 458 del Código penal español de 1995: “1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses (...)”.

Con relación a este derecho fundamental, el primero de los recurrentes, había alegado su vulneración al haber sido condenado en virtud de una actividad condenatoria –las declaraciones de los coimputados–, que, siendo única, carecía de consistencia plena para desvirtuar aquélla, al no haber sido corroborada, cuestionando también la verosimilitud de la versión de los hechos ofrecida por los coimputados en todos los aspectos de su relato, particularmente en los referidos a la utilización de fondos públicos para la financiación del secuestro y a la imposición de una condición para proceder a la liberación del señor Marey.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2001* responde que

“este Tribunal no puede valorar las pruebas. De modo que el juicio sobre si una determinada prueba es más o menos verosímil y, en concreto, el de si es suficiente para establecer, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado, compete a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex art. 117.1 CE. Al Tribunal Constitucional sólo le corresponde conocer en amparo de las posibles vulneraciones de la presunción de inocencia cuando no exista una actividad probatoria de cargo válida de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad (...)” (F.J. 5). En cuanto a la falta de entidad probatoria de las declaraciones de los coimputados, dice la STC que “ciertamente la declaración del coimputado es, tanto por la posición que ocupa en el proceso cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, sospechosa. Por eso, el “Análisis” del Tribunal Supremo comienza, ..., descartando que concurra algún móvil espurio que impida su valoración. Pero, junto a este requisito negativo, hemos exigido en nuestras Sentencias

153/1997, ..., 49/1998, ... y 115/1998, ..., otro de orden positivo para valorar como prueba las declaraciones de los coimputados, que es el que justifica la alegación que examinamos. “Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado”, se dice en la STC 153/1997, FJ 6, “es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (...)”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia la STC 49/1998, FJ 5. Ambas Sentencias precisan que la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado no implica valoración de la prueba por parte del Tribunal Constitucional; sino que es sólo una especificación relativa a la existencia o inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo ...”

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso concreto había elementos de corroboración, apreciados como tales por el Tribunal Supremo, que le impedían apreciar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

“A tal efecto, hemos de partir de que, en sede de amparo constitucional, no hemos hablado en ningún momento de la exigencia de una corroboración plena, ni podríamos hacerlo, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica una valoración de tales pruebas o datos que nos está vedada. Ni tampoco hemos procedido a definir qué deba entenderse por “corroboración”; más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por

algún hecho, dato o circunstancia externa para que pueda estimarse corroborada. Por eso, todo lo que hemos exigido es que la declaración quede “mínimamente corroborada” (...) o que se añada a las declaraciones del coimputado “algún dato que corrobore mínimamente su contenido” (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración. Desde este punto de partida, cabe afirmar que en el presente caso hay un conjunto de hechos y datos (llamada telefónica, documentos del CESID, movimiento de fondos, ausencia de investigación) que no afectan meramente a la coherencia interna y a la credibilidad de las declaraciones de los coimputados, sino que atañen también a su correspondencia con lo que el Tribunal apreció como realmente ocurrido. De modo que, dejando a un lado la virtualidad en orden a la corroboración que quepa atribuir a cada uno de ellos considerado aisladamente, mal puede negarse que, en este caso, tomados en conjunto, constituyan esa corroboración mínima que nuestra jurisprudencia exige. Estamos ante un conjunto de indicios convergentes de los que la Sala extrae la conclusión de que las declaraciones de los coimputados responden a la verdad. Y tampoco puede negarse que el engarce efectuado por el Tribunal Supremo entre los hechos base y la consecuencia obtenida es “coherente, lógico y racional” (...), por lo que hemos de concluir en la desestimación del amparo por este motivo”.

El segundo de los recurrentes había alegado la misma vulneración constitucional, entre otras, basándola en no haber sido practicada prueba de cargo bastante sobre la que asentar los hechos probados de la Sentencia condenatoria, pues ésta se basaba en la simple declaración de un único coimputado, teñida de interés, a la que se unen

simples conjeturas sobre la participación del demandante. En su opinión, el único testimonio que lo implicaba en los hechos era el del señor S, pues los demás coacusados sólo declararon sobre su participación por referencia a lo afirmado por aquél. Todos ellos habrían sido movidos por el deseo de alcanzar la propia exculpación o un tratamiento penal o penitenciario más favorable, e incluso, en algunos supuestos, por una manifiesta enemistad hacia el recurrente. Los testimonios de los coimputados, además, no resultarían verosímiles, por haber incurrido en numerosas contradicciones. Faltaría asimismo el requisito de corroboración de las anteriores declaraciones, ya que de las circunstancias valoradas en la Sentencia no es posible deducir lógicamente su responsabilidad penal en los hechos imputados. En el mismo ámbito de la presunción de inocencia sigue la demanda argumentando que el conocimiento de la condición impuesta para liberar al secuestrado es negado, incluso, por los coimputados. La inexistencia de prueba alguna sobre este punto habría sido suplida en la Sentencia con la conjetura de que ha habido un acuerdo de todos para negar dicho extremo y con una extensión de culpabilidad a todos los partícipes. La misma lesión se imputaba a la condena impuesta por el delito de malversación de caudales públicos al entender que de la prueba pericial nada se podía deducir sobre la entrega del dinero, sobre el cambio de divisas, ni, menos aún, sobre el destino de dicha cantidad, por lo que la lesión resultaría patente.

Dice la *Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001*:

“Ciertamente, la declaración del coimputado es, tanto por la posición que ocupa en el proceso cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, sospechosa. Por eso,

el “Análisis” del Tribunal Supremo comienza, ..., descartando que concurra algún móvil espurio que impida su valoración. Pero, junto a este requisito negativo, hemos exigido en nuestras Sentencias 153/1997, ..., 49/1998, ... y 115/1998, ..., otro de orden positivo para valorar como prueba las declaraciones de los coimputados, que es el que justifica la alegación que examinamos. “Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado”, se dice en la STC 153/1997, FJ 6, “es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (...)”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia la STC 49/1998, FJ 5. Ambas Sentencias precisan que la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado no implica valoración de la prueba por parte del Tribunal Constitucional; sino que es sólo una especificación relativa a la existencia o inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo ...”

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso concreto había elementos de corroboración, apreciados como tales por el Tribunal Supremo, que le impedían apreciar, como en la Sentencia 68/2001, la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto a la imposición de la condición que determinó su castigo como autor de un delito de secuestro del art. 164 del Código penal de 1995, por la inexistencia de prueba alguna sobre este punto, la

Sentencia del Tribunal Constitucional opone que sí hubo actividad probatoria,

“constituida, de una parte, por la declaración sumarial del coimputado Sr. S., declaración que, pese a su ulterior retractación en el juicio oral, cabe valorar puesto que, habiendo sido corroborada, fue leída en dicho juicio, garantizándose así la debida contradicción (...). Y, de otra, por los varios datos que la corroboran: hubo contacto del recurrente con los dirigentes policiales del secuestro, consta la difusión pública del comunicado, que permitió que todos ellos lo conocieran y un comunicado semejante se introdujo en el bolsillo de don Segundo Marey al tiempo de su liberación. Por lo tanto, procede desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia”.

11.3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2002* ofrece un buen resumen de la *evolución jurisprudencial* sobre la incidencia de las declaraciones de los coimputados en el derecho a la presunción de inocencia:

- en una *primera fase*, el Tribunal Constitucional consideró que carecía de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, el que los órganos judiciales hubieran basado su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, pues no existía ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio; la cuestión, pues, quedaba reducida a la credibilidad que pudieran darle aquéllos a la declaración, cuya apreciación correspondía en exclusiva a la jurisdicción ordinaria *ex art. 117* de la Constitución;

- en una *segunda fase* (a partir de la Sentencia 153/1997), que es la que se sigue en la actualidad, el Tribunal considera que las declaraciones inculpativas

de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas;

- la Sentencia 115/1998 afirmó que antes de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva de la presunción de inocencia;

- incluso, en las Sentencias 68 y 69 de 2001 se llegó a calificar la declaración de los coimputados, cuando es la única prueba de cargo, como “sospechosa” o “intrínsecamente sospechosa”.

11.4. En cuanto a la *exigencia de la corroboración*, la mencionada Sentencia 233/2002, con cita de la Sentencia 68/2001, señala que se concreta en dos ideas:

- *la corroboración no ha de ser plena*, pues ello exigiría entrar a valorar la prueba, algo que le está vedado al Tribunal Constitucional, sino que *basta con que sea mínima*;

- *y la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa*. Dice así la mencionada Sentencia que “no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no”.

“En suma, los pronunciamientos de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración inculpativa de los coimputados, cuando

es prueba única, han quedado consolidados con los siguientes rasgos:

- a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y
- e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad de este Tribunal de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el art. 117.3 CE. Circunstancia que resulta corroborada, además, tanto por la prohibición legal de que entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1 b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria (...).

Por tanto, a este Tribunal, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia en los supuestos en que las declaraciones inculpativas de coimputados

aparecen como la única prueba en la que se fundamenta la condena, sólo le compete verificar su aptitud para ser prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su contenido. No puede entrar, sin embargo, a analizar ni la credibilidad que merezca dicha declaración ni, más allá del control externo de la razonabilidad de las inferencias, si los hechos han quedado acreditados a partir de tales pruebas.

En el caso concreto, la Sentencia concluyó que las declaraciones del coimputado, única prueba de cargo en la que se había basado la condena del demandante, contaban con la corroboración mínima exigida por el canon constitucional, entendiéndose que las coincidencias entre los diferentes datos aportados por el coimputado en sus declaraciones con determinadas circunstancias externas del recurrente, apreciadas en su conjunto, configuraban una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalaban. En particular, la Sentencia de instancia había señalado como elementos corroboradores el hecho de que el demandante fuera el titular del número del teléfono al que el coimputado dijo haber realizado la llamada telefónica, y el hecho de que el demandante tuviera, al tiempo de los hechos, un vehículo de la misma marca, modelo y color que el que, según el coimputado, poseía la persona a la que entregó las joyas robadas a cambio de droga. A ambos elementos de corroboración, el Ministerio Fiscal añadió el hecho de que el demandante fuera conocido como “Cambades”, que es el nombre al que constantemente se había referido el coimputado cuando realizó sus declaraciones.

En parecidos términos se pronunció la *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*, aunque en esta nueva

ocasión se otorgó el amparo, con anulación de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, por entender el Tribunal Constitucional que no concurría ningún indicio ajeno a la propia declaración del coimputado que permitiera su corroboración.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2003* ha otorgado el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por una condena que se había fundado exclusivamente en la declaración de un coimputado, sin corroboración alguna, insistiendo en la necesidad de que la veracidad de la declaración del coimputado esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada.

11.5. El caso resuelto por la *Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2003* ofrece la peculiaridad de que la declaración del coimputado que había permitido al órgano jurisdiccional basar su condena se había producido – con asistencia letrada – en el procedimiento preliminar, siendo luego incorporada al juicio oral en condiciones de contradicción, aunque retractándose aquél en este último acto.

Según la Sentencia, esa declaración, que había sido corroborada externamente, podía basar válidamente una condena, reiterando que

“la declaración de un coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa. Por ello hemos exigido al menos una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados

cuando dichas declaraciones son las únicas pruebas de cargo en las que se basa la Sentencia condenatoria (...).

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también que en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica necesariamente una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis efectuado caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (...).”

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, luego de referirse al análisis sobre la prueba realizado por los órganos judiciales, concluye rechazando la pretendida vulneración constitucional, pues las declaraciones inculpativas del coimputado, prestadas en fase sumarial con asistencia letrada, habían sido incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción, siendo ello suficiente para que tales declaraciones sean constitucionalmente aptas a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia, existiendo además, en el caso concreto, la mínima corroboración externa (contenido de aquellas declaraciones en cuanto a la hora y modo de comisión de la sustracción, coincidente con los datos del atestado, llevados al juicio oral mediante la correspondiente declaración, así como la identificación del lugar en que se había producido el hecho y el conocimiento de los apodos de los que fueron condenados), pudiendo el órgano judicial que dicta la Sentencia dar mayor credibilidad al conteni-

do de aquella declaración sumarial que a la retractación expresada por el recurrente un año después, retractación que el órgano judicial había considerado carente de toda argumentación lógica.

11.6. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2005*, que otorga el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en el que el recurrente había sido condenado en base a las declaraciones de unos coimputados que no estaban corroboradas, aunque las mismas eran coincidentes, ofrece un amplio resumen de la *doctrina sobre la suficiencia de las declaraciones de coimputados para enervar la presunción de inocencia*, que, en síntesis, es el siguiente:

- *Las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.*
- *La exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por un parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa.*
- *La corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.*
- *Los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración*

o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración.

- La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.
- Los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena.
- *El hecho de que sean varios los coimputados que incriminan al recurrente no puede enervar la desconfianza intrínseca que está en el origen de la insuficiencia como prueba de cargo única de la declaración de un coimputado.*
- La futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad, tanto en relación con supuestos de pruebas de indicios, como haciéndolo extensivo a los supuestos de corroboración de las declaraciones de coimputados.
- Sin embargo, en los supuestos de declaraciones de coimputados el elemento de corroboración mínima lo ha de ser en relación no con cualquier tipo de afirmación contenida en las mismas, sino con la concreta participación del acusado en los hechos que se le imputan.

11.7. Por último, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 165/2005* ha anulado una Sentencia del Tribunal Supremo por vulneración del derecho a la presunción

de inocencia, entendiendo que las declaraciones del coimputado que basaban el fallo condenatorio no estaban corroboradas, luego que no permitían desvirtuar aquella presunción constitucional.

Insiste la Sentencia en la idea de que la prueba consistente en la declaración de un coimputado es, en principio, una “prueba sospechosa”, que la veracidad objetiva de la misma ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, así como que la corroboración mínima es exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, careciendo de relevancia a tal efecto los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna, porque tales elementos, en realidad, no son factores externos de corroboración.

12. La prueba de referencia. Su carácter excepcional

El testigo de referencia es aquel que declara sobre un hecho del que ha tenido conocimiento a través de otra persona.

Según el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, “los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. Es decir, este artículo, al señalar las circunstancias que debe precisar el llamado “testigo de referencia” o “testigo de oídas” (nombre y apellido, señas, etc. del testigo referido), parece que lo persigue es

que el testigo referido pueda ser directamente escuchado sobre los hechos, y que, por tanto, aquel otro testimonio sirva simplemente como elemento corroborador del testigo directo. Pero lo cierto es que dicho precepto no establece cuál pueda ser el valor que cabe asignarle a tal testimonio.

Como veremos, el valor probatorio de tales testimonios es muy reducido, pues es evidente que al no comparecer el testigo referido, el ausente, queda seriamente afectado el derecho fundamental del acusado a interrogar a los testigos, por más que sí pueda ser interrogado el testigo referente. Por tanto, sólo cuando no se trata de la única prueba y existe la imposibilidad de que el testigo referido comparezca al juicio, se podrá tomar en consideración la declaración de este último, como un elemento indiciario más.

12.1. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988* recordaba que la doctrina procesal europea ha formulado serias reservas respecto de la admisibilidad de “testimonios” de esta naturaleza, que llegan a conocimiento de la Audiencia por medio de otro testigo, e incluso, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, las opiniones más estrictas niegan sin excepciones que tales testigos puedan ser tomados en cuenta por el Tribunal como fundamento de su convicción, “pues ante estos declarantes ausentes no es posible al acusado y a su defensor ejercer el derecho de interrogar que acuerda el art. 6.3 d) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”.

Aquí se trata, pues, decía dicha Sentencia, no ya sólo de que el Tribunal *a quo* haya deducido la culpabilidad del procesado sin sujeción al criterio racional que debe presidir la apreciación de la prueba, sino, sobre todo, de que ignoró los principios de oralidad e intermediación, que

permiten el ejercicio del derecho de defensa en el juicio oral al posibilitar el interrogatorio por la parte afectada (principio de contradicción).

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1999* puso de manifiesto la falta de valor probatorio de las diligencias policiales y del testimonio de referencia de los funcionarios policiales. Con ocasión de una denuncia en la que la denunciante manifestó haber sido víctima de un incidente en una discoteca, sufriendo daños en una cámara fotográfica de su propiedad, que fue arrojada por una persona al suelo, reconociendo posteriormente la denunciante en la Comisaría, entre las fotografías que le fueron mostradas, la del recurrente en amparo, y ratificando ante el Juez Instructor, como autor de los daños “al señor de la camisa rosa que identificó en Comisaría”, el Juzgado de Instrucción, tras el juicio oral, al que no asistieron ni la denunciada ni testigo presencial alguno, sino tan sólo los funcionarios de la Policía que presenciaron el reconocimiento fotográfico realizado por la denunciante, había condenado al recurrente como autor de una falta de daños, sobre la base de que tales policías vieron rota la cámara fotográfica de la denunciante, así como que ésta reconoció mediante fotografías del documento nacional de identidad al autor de tales daños. Dicha Sentencia fue confirmada en apelación. Según el recurrente se le habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, tanto por la insuficiencia probatoria de las diligencias sumariales practicadas, no ratificadas en el juicio oral, como por la insuficiencia del testimonio de referencia para fundar la destrucción de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional recordó, en primer lugar, la plena aplicabilidad y vigencia en el juicio de faltas de los principios y garantías constitucionales correspondien-

tes al penalmente imputado, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, y, en segundo lugar,

“que el contenido del derecho fundamental invocado, la presunción de inocencia, exige cuando menos que cualquier condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado (...)”.

En particular, en cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1995, dejó establecido que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo cuando por concurrir

“circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad”. “De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo”.

En cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que habían presenciado la identificación fotográfica del recurrente, recuerda que

“tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (...), siendo medio de prueba poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso (STC 217/1989). Concluyendo que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (...). En este punto, nos sigue diciendo la STC 35/1995, fundamento jurídico 3º, y reitera la STC 131/1997, fundamento jurídico 2º, este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que tiene declarado contrario al art. 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro, y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos (Sentencias de 19 de diciembre de 1990, Caso Delta, 19 de febrero de 1991, Caso Isgró, y 26 de abril de 1991, Caso Asch, entre otras)”.

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional considera que la ausencia injustificada de la testigo/denunciante en el juicio oral “no implica la circunstancia excepcional de imposibilidad de práctica de la prueba ante la autoridad judicial y con las debidas garantías de contradicción e intermediación que nuestra

jurisprudencia exige para que el reconocimiento que realizó en sede policial pudiera considerarse como medio probatorio válido de extremo alguno”, y en cuanto al “testimonio de referencia proporcionado por uno de los agentes policiales, éste en ningún modo podrá sustituir al testimonio directo de la denunciante en las circunstancias del supuesto, pues no existió ningún tipo de imposibilidad, ni siquiera dificultad más o menos grave, para que ese testimonio directo efectivamente se produjera en las condiciones constitucionalmente exigibles”, por lo que otorga el amparo.

12.2. También abordó la cuestión de la prueba de referencia la *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1999*. En esta ocasión el recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal como autor de un delito de robo con intimidación, siendo confirmada la condena en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación de dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto.

Pues bien, en cuanto a esta última declaración, de un simple testigo de referencia, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

“nuestra jurisprudencia (...) no ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo

en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral, supuestos que no se dan en el presente caso. Por lo demás, el rechazo de la validez del único testimonio de referencia no es sino la aplicación del canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que ha declarado contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado priva al Tribunal sentenciador de la posibilidad de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto, al no poder confrontar con el directo, y de otro, y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3 del CEDH, que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo (...).”

12.3. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2003* ha otorgado amparo en un caso en el que el recurrente había sido condenado en base a un simple testimonio de referencia, testigo conocido que, sin embargo, no había sido propuesto como testigo para declarar en el juicio oral, insistiendo el Tribunal Constitucional en que *el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal*, como aquella en la que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir, los casos en los que es imposible citar al testigo directo, o los casos en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente difícil.

12.4. Muy interesante resulta la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002*, al referirse a la *posibilidad excepcional de valorar como*

prueba de cargo los testimonios de referencia, en un caso referido a abusos sexuales continuados en menores (de seis/siete años aproximadamente), por estar absolutamente desaconsejada la exploración de las menores ofendidas, a causa tanto de la segura inutilidad de la misma como de los efectos perjudiciales que les produciría.

En el caso concreto, el Tribunal de instancia había basado su convicción, que le llevó a condenar a los dos acusados por dos delitos continuados de abusos sexuales, en las declaraciones prestadas por la profesora y directora del colegio donde estudiaban las niñas ofendidas, a las que la mayor de las dos había referido los actos que el acusado realizaba con ella sin oposición de la madre, así como también en la audición de las cintas en que se había grabado la exploración judicial de la menor de las niñas, en el curso de la cual había narrado las mismas agresiones sufridas tanto por ella como por su hermana, y la prueba pericial psicológica, que había puesto de manifiesto las profundas y gravísimas secuelas que dejó en las niñas el repugnante comportamiento de ambos acusados.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso interpuesto por los acusados, declarando, en consecuencia, la firmeza de la sentencia condenatoria, puso de manifiesto que el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatórias de testigos de referencia da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal, pues el tribunal se tiene que formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga, pero que excepcionalmente la prueba testifical indirecta puede sustituir a la directa cuando se acredite la imposibilidad material

de que comparezca en el juicio el testigo presencial. Y, en el caso en particular resuelto, aunque no se daba una imposibilidad material de concurrencia de las menores al juicio, sí *concurría una causa de imposibilidad legal*, que el Tribunal de instancia ponderó prudencialmente.

“La L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE, como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”. Podría argüirse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la defensa del acusado, no es una interferencia necesaria puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, pero tal razonamiento debe ceder ante los principios antes mencionados - sin perjuicio de las consecuencias procesales que puedan derivarse de la ausencia del interrogatorio - y ante el mandato contenido en el art. 17 de la misma L.O. 1/1996 a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asistente y se orientará a disminuir los factores de riesgo

y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra””.

En el caso concreto, la Sentencia concluyó que a la vista de los informes emitidos por los psicólogos sobre la situación de las menores que fueron víctimas de los hechos enjuiciados, la decisión del Juez Instructor de prescindir de la exploración de una de las niñas, por un lado, respecto a la cual el informe psicológico había concluido afirmando que someter a la niña de nuevo a interrogaciones y exploraciones sería infructuoso y sumamente dañino para la evolución de la misma, y anticipar de forma contradictoria la de su hermana, por otro lado, en forma equivalente a los supuestos previstos en el art. 730 LECrim., así como el criterio del Tribunal de instancia favorable a la valoración como prueba de los testimonios referenciales, habían sido plenamente acertadas.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reiterando lo dicho en su anterior Sentencia de 18 de marzo de 2002, terminó subrayando que

“la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos, debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables. En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito. Esta

necesidad de extremas el rigor en la valoración racional de las pruebas no ha sido desconocida en la Sentencia recurrida por el Tribunal de instancia que, ..., ha explicado suficientemente las razones de su convicción, en términos de los que esta Sala no puede discrepar porque ni presencié la celebración de las pruebas ni en su apreciación ha advertido razonamiento alguno que pueda ser considerado arbitrario o absurdo”.

13. El principio in dubio pro reo: su doble dimensión

13.1. En el momento de ponderar la prueba, hay un principio esencial de la prueba penal, que no cabe confundir con el derecho a la presunción de inocencia, aunque se deriva de esta presunción. Me refiero al *principio en base al cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado: in dubio pro reo*.

El significado de este principio, sin embargo, ha quedado reducido en España durante mucho tiempo a una simple regla de interpretación, no residenciable, por consiguiente, en sede de casación, así como tampoco en sede de amparo.⁷¹ Un claro exponente de este punto de vista lo representa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983, en la que se afirmaba que el *in dubio pro reo* es un principio general del derecho, que no constituye precepto legal de carácter sustantivo, dirigido al juzgador como norma de interpretación, para establecer

71. Cfr., por ej., Montañés Pardo, M. A., La presunción de inocencia, Pamplona, 1999, que califica el principio in dubio pro reo como “regla interpretativa dirigida exclusivamente a los juzgadores en orden a la valoración de la prueba”, que no tiene acceso ni a la casación ni al amparo (pp. 46 y 47).

que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, la prueba hubiere dejado duda en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá absolvérsele; según esta línea jurisprudencial, este principio envuelve un problema subjetivo de valoración de la prueba que, por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio, no podía ser objeto de posterior revisión,⁷² punto de vista hoy superado en la doctrina jurisprudencial actual.

Con razón se ha opuesto al anterior punto de vista la tesis que concibe el principio *in dubio pro reo* como un concepto bidimensional. Según Bacigalupo, dicho principio tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y otra dimensión fáctica.⁷³ Esta última, añade este autor, “hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación”, y “la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo”.⁷⁴ por lo que en esta dimensión,

72. Cfr., en este sentido, Montañés Pardo, op. cit., p. 47, y Vázquez Sotelo, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal, Barcelona, 1984, p. 294.

73. La impugnación de los hechos probados en la casación penal, Buenos Aires, 1994, p. 69; cfr. también, del mismo autor, “Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988 (enero-abril), p. 368. En este mismo sentido: Martínez Arrieta, A., El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia, Granada, 1996, pp. 151 y ss.

74. Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en la casación penal, cit., p. 69.

como norma sustantiva –no simple norma interpretativa– que el Tribunal debe observar en la aplicación de la ley penal, la infracción del principio *in dubio pro reo* sí debe dar lugar a la casación,⁷⁵ y, en su caso, incluso, a mi juicio, porque se deriva del derecho a la presunción de inocencia, al recurso de amparo constitucional (art. 24.2 de la Constitución).

De todos modos, este principio sólo debe referirse y aplicarse en lo que a la fijación de hechos se refiere, exclusivamente a cuestiones de hecho. No se debe utilizar, pues, para aclarar cuestiones jurídicas que aparezcan como dudosas; para resolver estas cuestiones de derecho, con un alcance paralelo al anterior, es más bien el principio *in dubio pro libertate*⁷⁶ el aplicable.

Especialmente problemática puede resultar la cuestión de la eventual revisión (en apelación, casación o en amparo) de la convicción del Tribunal de instancia con relación a la certeza asignada a la prueba ante él practicada. Desde luego, si el Juez o Tribunal ha tenido dudas y, en consecuencia, no ha podido alcanzar la necesaria convicción en conciencia, no parece que ningún Tribunal, en un posterior control a través de alguna de aquellas vías, pueda revisar su decisión. Y lo mismo si sucede lo contrario, esto es, que el Tribunal haya quedado convencido respecto del sentido de una prueba que sólo él ha

75. *Ibidem*. Cfr., más ampliamente, del mismo autor: Justicia penal y derechos fundamentales, cit., pp. 157-162.

76. Según este principio, cuando las contradicciones del texto legal no se puedan resolver mediante ningún método interpretativo, los tribunales deben aplicar la solución más favorable a la libertad, es decir, la menos restrictiva de la libertad.

percibido directamente (dimensión *fáctica* del principio *in dubio pro reo*).

Ahora bien, el Juez o Tribunal tiene la obligación de absolver si no se ha podido convencer de la culpabilidad del acusado, o, en su caso, la obligación de condenar por la hipótesis más favorable al mismo (dimensión *normativa*). Y, desde luego, difícilmente se habrá podido convencer de la culpabilidad del acusado, aunque haya condenado, si resulta que las declaraciones testificales sólo expresan dudas o sospechas no verificadas. En este caso, la vulneración de dicho principio será palmaria, y, en consecuencia, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, residenciable en sede de amparo constitucional.

13.2. El Tribunal Supremo, con buen criterio, viene entendiendo en la actualidad que

el principio in dubio pro reo no excluye, como ocurría en antiguos precedentes jurisprudenciales, el derecho a recurrir en casación de una manera absoluta” (STS de 22-3-2001), aunque de este principio “no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el Tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar. Por lo tanto, sólo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo. (STS de 22-3-2001).

Ahora bien, de la misma manera que el principio *in dubio pro reo* no incluye un derecho del acusado a que el Tribunal dude, “tampoco incluye un derecho de la acusación a que el Tribunal no dude” (Sentencia de 22 de septiembre de 2003).

13.3. El Tribunal Constitucional español, sin embargo, sigue entendiendo el principio *in dubio pro reo* como una

simple regla, de carácter exclusivamente subjetivo, que pertenece a la valoración de la prueba y que es ajeno a la jurisdicción constitucional.⁷⁷

Una buena muestra de esta jurisprudencia lo constituye la *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2000*, en la que se concluye que carece de trascendencia constitucional la alegación sobre la inaplicación del principio *in dubio pro reo*, señalando que

desde la perspectiva constitucional, mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio in dubio pro reo, como perteneciente al convencimiento –que hemos denominado subjetivo– del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no pueden en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (...), como ocurre en este caso.

En la *Sentencia 61/2005*, el Tribunal Constitucional insiste en que este principio no está dotado de la misma protección que el principio de la presunción de inocencia, cuando, en realidad, forma parte del mismo, aunque al afirmar que el principio *in dubio pro reo* no puede en modo alguno ser objeto de valoración por el Tribunal Constitucional cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas, parece que, a *contrario sensu*, está admitiendo la posible trascendencia constitucional que

77.Cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989.

podría tener dicho principio. Probablemente, pues, uno y otro Tribunal, al menos en los resultados, coinciden.

14. Otras cuestiones relacionadas con la prueba: valoración de prueba predominantemente documental; provocación del delito y agente encubierto; captación de imágenes por video

14.1. Así como la prueba testifical basada en la percepción sensorial de una persona referente a hechos, que se considera relevante para la decisión a tomar por el Juez o Tribunal, exige la presencia ante éstos de aquella persona, pues sólo entonces podrán aquéllos llevar a cabo el necesario juicio sobre la credibilidad de las declaraciones que tengan lugar, es decir, es inexcusable la inmediateción, y, paralelamente, la contradicción de las partes en el juicio oral, la prueba consistente en informes técnicos o dictámenes periciales, es decir, la prueba que tenga carácter pericial, tiene por lo general un carácter predominantemente documental, que no se basa en la percepción sensorial de una persona, sino que expresan el contenido de un pensamiento, por lo que, en principio, debería ser innecesaria la presencia ante el órgano judicial de quienes han emitido aquellos informes, salvo que haya razones fundadas para ello.

En realidad, la prueba pericial tiene unas características que, por lo general, permiten que el debate contradictorio se pueda mantener por escrito, sin necesidad de su práctica en el juicio.

Sólo se debería llegar a otra conclusión, equiparando la prueba pericial a la testifical, luego con la exigencia de presencia ante el Tribunal de quienes hayan emitido

aquellos informes o dictámenes periciales, cuando esta prueba contenga declaraciones documentadas referentes a hechos que una persona ha percibido con sus sentidos. Dicho en otros términos: *si el aspecto de la prueba que predomina es el aspecto documental, la legitimidad de su valoración por el Juez o Tribunal no debería depender de la presencia en el juicio de quienes han emitido la pericia o informe técnico.*

Con buen criterio, el vigente art. 788.2 de la LECrim. español, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 9/2002, establece que tienen carácter de prueba documental “los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”, luego, para su validez, es suficiente su simple lectura en el juicio o incluso que se den por reproducidos en este acto, si así lo deciden las partes.

A mi juicio, este punto de vista se debería extender, como se dijo, a todos los informes o dictámenes periciales en los que predomine el aspecto documental. Y ello incluso aunque la defensa impugne esos informes periciales, sobre la droga o cualquier otro extremo de similar naturaleza, siempre que los mismos estén respaldados, en conocimientos científicos, que no estén cuestionados, y, además, como ocurre con los que se mencionan en el transcrito precepto, aparezcan garantizados por la procedencia oficial de dichos informes y la utilización de métodos de análisis científicamente contrastados en el laboratorio del que proceden.

Lo anterior significa, como ya lo puso de manifiesto la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de*

1989, que para contradecir las conclusiones de esos informes y dictámenes, teniendo en cuenta su naturaleza de prueba documental o predominantemente documental, la defensa tiene que demostrar que todo el documento es falso, o bien que sus conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, refiriéndose aquélla, en concreto, al informe técnico dactiloscópico de identificación, que las semejanzas de las huellas no son tales.

El Tribunal Supremo entendió en la mencionada Sentencia que en el supuesto de los informes dactiloscópicos de identificación, y ello, en verdad, puede extenderse a otros informes técnicos, “será suficiente con que hayan sido reproducidos en el juicio oral y las partes hayan dispuesto de tiempo suficiente para su estudio, análisis y contradicción”, concluyendo que “en la medida en que el interrogatorio personal del técnico no resulta necesaria para la contradicción del informe en el juicio oral por el predominio del aspecto documental de la prueba, no cabe, en principio, admitir una vulneración de los principios de oralidad, inmediación y contradicción”, lo que no significa “que si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe no tenga derecho a hacerlo, sino, simplemente, que tal interrogatorio, como en toda prueba documental, no es condición ineludible de la validez de la prueba”.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo contiene algunas referencias al derecho comparado sobre esta misma materia. Así, se refiere al hecho de que la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) establece en su § 256, referente a la lectura de declaraciones de autoridades y médicos, la autorización de la lectura de los certificados o de los dictámenes de autoridades públicas, médicos de

medicina forense e incluso certificados médicos sobre lesiones corporales que no sean graves, que evidentemente tienen carácter documental, con los límites del § 250 (principio del interrogatorio personal), que dice que “si la prueba de una hecho se basa en la percepción sensorial de una persona, se requiere su interrogatorio en el juicio oral”.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000* reiteró, con mención del *Acuerdo de Sala de 21 de mayo de 1999*, ratificado en el Pleno de 23 de abril de 2001, aunque con referencia sólo a los informes o dictámenes periciales emitidos por los organismos públicos competentes para ello, más concretamente a los informes de los laboratorios del Ministerio de Sanidad sobre la composición de la droga incautada al acusado, adelantándose al nuevo tenor del mencionado art. 788.2 LECrim., que los mismos

“son considerados como actividad probatoria eficiente y bastante para enervar la presunción constitucional de inocencia, sin necesidad de ser ratificados en el juicio oral, si las partes no instan su contradicción, bien proponiendo su ratificación en juicio, o bien articulando prueba en contrario”.

Hoy, ni siquiera la ratificación en juicio por los peritos responsables sería necesaria.

14.2. El propio Tribunal Constitucional se ha referido a esta diferencia entre la valoración de una prueba documental y la valoración de una prueba testifical, a propósito de su doctrina sobre la necesidad de que se cumplan por el tribunal de apelación las condiciones necesarias para la valoración de la prueba, como la inmediación y

la contradicción, en un juicio oral y público,⁷⁸ aclarando que “la valoración de la prueba documental sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisa de intermediación, ni de las demás garantías inherentes al juicio”, lo mismo que tampoco habrá vulneración constitucional alguna “cuando el fallo condenatorio no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad de las declaraciones testimoniales o del propio acusado, sino en una distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados” (*Sentencias del Tribunal Constitucional 113 y 119 de 2005*).

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2005*, frente a la pretensión del recurrente en amparo de que la condena penal, pronunciada en apelación sin celebración de vista pública, y motivada por incrementos patrimoniales no justificados de varias sociedades mercantiles, había vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías, opone que “la prueba de cargo consistente en una pericial elaborada por los inspectores fiscales sobre la existencia de aquellos incrementos patrimoniales, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado – delito contra la hacienda pública –, *sí puede ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal*, en cuanto que en el documento escrito

78. Doctrina que arranca de su Sentencia 167/2002, en la que se afirmó, con buen criterio, que cuando la apelación se plantease contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, es necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

de los informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan”.

14.3. En cuanto a la provocación del delito y la figura del *agente encubierto*,⁷⁹ que está prevista en España en el art. 282 bis LECrim., introducido en 1999 como una manifestación más de los esfuerzos en materia de investigaciones relacionadas con la “criminalidad organizada”, y su distinción del llamado *delito provocado*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que es necesario distinguir entre los casos en los que un agente encubierto induce a otros a la comisión de delito, normalmente en virtud de una inducción engañosa por parte de un miembro de las Fuerzas de Seguridad, lo cual supone la producción de un delito por parte de quien no tenía voluntad de cometerlo en ese concreto supuesto, y aquellos otros en los que la infiltración tiene lugar una vez que el propósito delictivo de los autores se ha exteriorizado, al menos, en la preparación del hecho. Sólo en el primero de los supuestos cabe admitir el carácter de delito provocado con las consiguientes consecuencias de anulación del proceso.⁸⁰

En la regulación, además, del mencionado art. 282 bis LECrim., se establece expresamente que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal “por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación”, pero siempre que “no constituyan una provocación al delito”.

79. V., supra, Introducción, ap. 2, “La función del proceso penal”, nota 18.

80. Cfr., en este sentido, Sentencias de 14 de noviembre de 1998 y de 23 de enero de 2001.

Esta última figura, a diferencia de la del agente encubierto, debe ser contundentemente rechazada, pues se basa en una incitación para perpetrar la infracción criminal por quien no tenía previamente tal propósito en el supuesto concreto, por más que pudiera estar dispuesto a ello. El agente encubierto, por el contrario, se limita a la obtención de pruebas del hecho, pero sin inducir a otros a su realización; éstos son los que deben tener en todo momento la iniciativa de la acción delictiva en particular, pues de lo contrario la figura se desnaturalizará, entrando en el terreno vedado del delito provocado.

14.4. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2002* tuvo la oportunidad de referirse a la *cuestión relativa a la validez de la prueba de captación de imágenes por el sistema de videovigilancia* cuando no afectan a la intimidad, afirmando su validez para desvirtuar la presunción de inocencia, derecho fundamental alegado por el recurrente.

El recurrente, que había sido observado por unos agentes de la policía, a través de unas cámaras videográficas de vigilancia instaladas en el exterior de una Comisaría, vendiendo unas dosis de droga, observación que fue luego ratificada en el juicio oral, alegaba en su recurso de casación, dirigido contra la Sentencia de instancia que lo había condenado por un delito contra la salud pública, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestionando al mismo tiempo la validez del sistema de video vigilancia utilizado para observar el ilícito tráfico, por entender que carecía de la correspondiente autorización administrativa y judicial para su instalación y uso.

La Sentencia del Tribunal Supremo recuerda que la doctrina de la Sala ha estimado legítima la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas en vías

o espacios públicos, y que sólo se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que *en el desarrollo de las funciones de investigación de todo hecho delictivo se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de investigación, y que*

estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia la autoridad judicial.

No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la LO 5-5-1982 reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas (...).

En cambio, necesitaría la correspondiente autorización judicial el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha, cuando éstos invadan el espacio reservado a la intimidad de las personas, filmando, por ejemplo,

escenas en el interior del domicilio, prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de dichos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del domicilio. Por tanto, el material fotográfico y videográfico, sin intromisión indebida en la intimidad, puede tener valor probatorio, añade la Sentencia, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral. Concretamente, la filmación verificada por la policía de la zona pública donde se venía realizando la venta de drogas, como ocurrió en el caso resuelto, no supuso vulneración del derecho a la intimidad de las personas que fueron captadas por la grabación. La prueba de cargo obtenida, pues, era una prueba legítimamente obtenida, válida para desvirtuar la presunción de inocencia invocada por el recurrente.

15. Presunción de inocencia y estructura del proceso penal. Juicio oral en dos fases: separación entre el órgano que enjuicia los hechos y el que fija la consecuencia jurídica⁸¹

15.1. En un sistema de penas de única vía, con una única consecuencia jurídica, la pena, bien basada en la pura retribución, bien basada en la prevención general o en la prevención especial, no plantea dudas el principio de unidad de vista, como el que está reconocido en la mayoría de los países de Europa continental y de Iberoamérica.

81. Muy importante en esta materia es el trabajo de J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "Una reforma necesaria para acompañar al nuevo Código penal: el juicio oral en dos fases", Cuadernos de Política Criminal, núm. 73, Madrid, 2001, pp. 159 y ss., con amplia bibliografía y muy sugerentes reflexiones sobre la cuestión, que son las que aquí, básicamente, se recogen.

En cambio, un sistema como el actual, no ya sólo de doble vía, en el que se basan la mayoría de los derechos penales continentales europeos e iberoamericanos,⁸² sino de tendencia hacia otro de triple vía, enriquecido además con la posibilidad de alternativas o sustitutivos a la pena de prisión, así como con figuras que pueden permitir la inejecución de la pena en determinados supuestos, un sistema, en fin, en el que se le da una importancia considerable a la individualización de la pena en sede judicial, debería acompañarse de las necesarias *modificaciones estructurales en el proceso penal* que permitieran hacer realidad con más facilidad y efectividad las exigencias impuestas por un programa político criminal que pretende que las penas y medidas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

En este sentido, las propuestas doctrinales acerca de la división del juicio oral en dos fases autónomas resultan, a mi juicio, altamente satisfactorias:

- *una fase se dedicaría al enjuiciamiento de la culpabilidad del acusado respecto de los hechos concretos que se le imputan, con la correspondiente práctica de la prueba sobre el hecho punible, en todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos;*

82. Con este sistema se pretende reprimir el hecho punible cometido y evitar su repetición, para lo que se prevén dos tipos de consecuencias o reacciones: la pena y la medida de seguridad. Con la primera se sanciona la culpabilidad, y con la segunda se previene la reincidencia, tanto cuando el autor no es culpable, como cuando, aún siéndolo, la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia.

- *y otra se dedicaría, salvo, naturalmente, caso de absolución, a la determinación de las consecuencias jurídicas, de acuerdo con el resultado de la anterior fase, es decir, a la determinación de la pena y su medida, a la determinación de las medidas de seguridad, de la responsabilidad civil y de las consecuencias accesorias.*

Este sistema del juicio oral en dos fases tiene su reconocimiento actual en países como Bélgica, Dinamarca y Noruega, y, especialmente, en el derecho procesal anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), en donde está previsto un primer juicio sobre la culpabilidad (“conviction”), tras el cual se lleva a cabo un segundo juicio de individualización o determinación de la pena (“sentence”), en el que ya no interviene el jurado.

También está previsto en países de Centroamérica, como Costa Rica, Panamá y Honduras; es la llamada en estos países “cesura”.

En Argentina se ha contemplado este sistema en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación,⁸³ en donde se contempla la *cesura del debate*, regulándose “una división del juicio oral en dos partes. La primera de ellas tratará exclusivamente sobre la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del imputado para establecer su culpabilidad o inocencia. La segunda, para los casos en que se haya declarado culpable al imputado, se debatirá sobre el monto de la pena a imponer y la forma en que ésta se ejecutará (arts. 266 y 281)”.⁸⁴

83. Cfr. A. Binder e I. Arduino, Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (Expte. 2589-D-04), Buenos Aires, 2004.

84. Op. cit., p. 43.

15.2. El sistema del juicio oral en dos fases *favorece el análisis de las circunstancias personales del acusado*, como la influencia que su entorno haya podido ejercer sobre él, los motivos del hecho, la influencia que la pena puede ejercer sobre él, etc., es decir, favorece el examen de todas aquellas cuestiones que resultan imprescindibles para una correcta individualización de la pena, que debe ir dirigida, como se dijo, a la “reeducación y reinserción social”.

No cabe duda que en un sistema de unidad de vista (única fase), luego necesariamente con publicidad, como lo advierte atinadamente Sánchez-Vera, no se facilita ese objetivo, sino al contrario, pues un acusado que “ha sido puesto en la picota en público, de quien, con la excusa de una acusación todavía no probada, se han destapado sus relaciones personales, financieras, su grado de integración social, etc.”, va a tener muchas más dificultades de reinsertarse tras el cumplimiento de la condena, que si tales circunstancias se hubieran tratado con discreción en una segunda fase, sin publicidad, esto es, sin la presencia de público.⁸⁵

15.3. El sistema del juicio oral en dos fases *evita la contaminación del tribunal juzgador respecto de las circunstancias personales del acusado*.

En el de única fase (monista), la descripción de la personalidad del acusado, el relato de sus circunstancias y entorno, de sus relaciones laborales y familiares, de su situación económica y grado de integración social, etc., puede influir negativamente en el tribunal que ha de

85. Sánchez-Vera, op. cit., pp. 162 y 163.

enjuiciar si el acusado es culpable o no; ello es especialmente así en el caso de los reincidentes.

En cambio, en un juicio oral en dos fases (bifásico), tales circunstancias son tomadas en consideración por el tribunal únicamente cuando ya ha declarado la culpabilidad del acusado, luego se evita todo peligro de contaminación del tribunal.⁸⁶

15.4. *El sistema del juicio oral en dos fases garantiza mejor el derecho de defensa que el de única fase.*

En efecto, en este último, dice Sánchez-Vera, el acusado que niega los hechos no puede a la vez confesar circunstancias que le podrían beneficiar en la individualización de la pena y que podrían suponer declarar contra sí mismo. Por ejemplo, si el acusado niega su participación en un robo, no puede a la vez alegar que su situación económica había empeorado considerablemente y debía afrontar los gastos derivados de una grave enfermedad de su madre, por ejemplo, pues ello supondría declararse indirectamente culpable.

El dilema, evidentemente, afecta también a las estrategias del abogado defensor (¿qué es lo mejor desde la perspectiva del derecho de defensa?).

En cambio, en un sistema de doble fase (dual o bifásico), tras la declaración de culpabilidad en la primera fase, se podrán alegar sin problema todas las circunstancias personales que se crean oportunas.⁸⁷

15.5. Además, por último, concluye el mismo autor, *con el sistema del juicio oral en dos fases se alcanzan*

86. Sánchez-Vera, op. cit., pp. 163 y ss.

87. Sánchez-Vera, op. cit., pp. 166 y ss.

mejor los dos objetivos que las consecuencias jurídicas del delito tienen:

- el de la *prevención general positiva*, a través de la primera fase del juicio (fase retrospectiva, pública), momento en el que se rehabilita la norma quebrantada (“para que todos sepan y así conste, que la negación que es el delito, es negada, a su vez, mediante la consecuencia jurídica pertinente”);
- y el de la *resocialización*, a través de la segunda fase (fase prospectiva, no pública), dirigida al porvenir del acusado, fase en la que se trata de hacer realidad el mandato que en España está previsto en el art. 25.2 de la Constitución (“reeducación y reinserción social”), con posible participación de distintos profesionales como psicólogos, socioterapeutas, criminólogos, etc.⁸⁸

16. Presunción de inocencia y subsunción: la necesaria distinción entre la prueba de cargo y la subsunción; la prueba de la omisión; la prueba de los delitos de peligro

Una de las cuestiones que está generando mayor confusión, a mi juicio, en materia de presunción de inocencia, con claras repercusiones, en España, en la necesaria distinción entre la competencia propia de la jurisdicción ordinaria y la de la jurisdicción constitucional, es la cuestión relativa a la no siempre bien percibida distinción entre lo que es la “prueba de cargo suficiente”, cuyo control se lleva a cabo a través del derecho a la presunción

88. Sánchez-Vera, op. cit., pp. 170 y 171.

de inocencia, y lo que es la “subsunción de los hechos”, cuyo control, en sede constitucional, se puede llevar a cabo a través del derecho a la legalidad penal, entre cuyas manifestaciones está aquella que prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles, tradicionalmente tratada como la prohibición de la analogía *in malam partem*.

Se trata de dos cuestiones diferentes, cuyo tratamiento no debe confundirse, pues mientras que la primera se refiere, básicamente, a los hechos, la segunda, por el contrario, es una cuestión de derecho, que tiene que ver con la interpretación de los tipos penales y demás normas jurídicas aplicables, y que cuando se plantea en sede constitucional tiene su cauce en el principio de legalidad penal, no en el de la presunción de inocencia.

Esta confusión se puede observar, por ejemplo, en la prueba de la omisión y en la prueba de los delitos de peligro.

16.1. La prueba de la omisión

La confusión entre presunción de inocencia y subsunción se puede percibir, en el ámbito delictivo de la omisión, en la *Sentencia del Tribunal Constitucional español 171/2000*, de 26 de junio,⁸⁹ que otorgó el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el caso resuelto por esta Sentencia la Audiencia Nacional, que había condenado al recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas, declaró como hecho

89. Cfr. al respecto, Zugaldía Espinar, J.M., “Presunción de inocencia y subsunción (Un lamentable malentendido de la STC de 26-2-2000)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 450, de 3-8-2000.

probado que el recurrente era copropietario, junto con otro procesado, de un bar, que “era lugar frecuentado por personas dedicadas al tráfico de drogas, situación que aquéllos conocían y en la que participaban”.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, entendió que no existía “apoyo indiciario del razonamiento de la Audiencia que permitiera concluir que el recurrente participaba activamente del tráfico de drogas”, pero, al mismo tiempo, decía el alto Tribunal, “no cabe duda sobre su titularidad del bar Alaska y de la utilización de éste por parte de numerosas personas vinculadas al tráfico de drogas”, por lo que concluía afirmando, en forma dogmáticamente irreprochable, que “los actos de tolerancia de parte de quien es titular de un bar respecto de las actividades de personas que realizan actos típicos (de tráfico de drogas) comportan, al menos, una participación omisiva en el delito, dado que el dominio sobre el ámbito cerrado con acceso público es una circunstancia idónea para fundamentar su posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave que puedan ser cometidos en dicho ámbito”.

Por tanto, el Tribunal Supremo, con buen criterio, rechazó la realización activa del delito de tráfico de drogas, pero como entendió que el recurrente estaba obligado, en función de su posición de garante –por ser titular del bar– a impedir que en el mismo se traficara con drogas, lo condenó como autor del mismo delito, pero por omisión. No estaba probada, pues, la participación activa del recurrente en actos de tráfico, pero como los había tolerado y no los había impedido, el hecho probado se subsumía bajo el tipo penal omisivo contenido en el precepto aplicado, según las reglas de los delitos impropios

de omisión o de comisión por omisión, desestimando por ello el recurso.

El problema jurídico, pues, se refería, no a la prueba, sino a la subsunción de la omisión en la que el recurrente había incurrido bajo el tipo penal omisivo que entraba en consideración.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional, sin llegar a percibir la anterior problemática, se limitó a afirmar que el recurrente había sido condenado “sin una prueba de cargo suficiente que demostrase su participación omisiva” en las actividades de tráfico de drogas, por lo que se le vulneró su derecho a la presunción de inocencia, olvidando que la prueba de la omisión, por la propia naturaleza de ésta, no requiere la comprobación de acción alguna, sino, lisa y llanamente, la comprobación de que el omitente tenía conocimiento de la situación generadora de un deber de actuar (que los que frecuentaban su bar traficaban con drogas) y de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar (que era titular del bar: posición de garante), extremos ambos plenamente acreditados en el caso enjuiciado por dicho Tribunal.

Dicho con otras palabras: una cosa es la prueba de la acción y otra muy diferente la prueba de la omisión.

Partiendo de la distinción entre la posición de garante derivada de la organización de la actividad (posición de garante de competencia de organización) y la posición de garante derivada de la posición institucional del omitente (posición de garante de competencia institucional),⁹⁰ la

90. Cfr., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 29 y ss., y Bacigalupo, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. C. Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 1997, t. I, pp. 436 y ss.

prueba tiene que referirse, en el primer caso, a las circunstancias que fundamentan la posición de garante, no al contenido del deber (por ejemplo, que el acusado es el dueño del perro que mordió a otro, y que en el momento de producirse tal hecho actuaba aquél como tal), y, en el segundo caso, simplemente a la constatación de que la institución existe en el caso concreto y de que el acusado es quien responde por la institución (por ejemplo, en un caso en que un niño muere por inanición, la institución paterno-filial, que prueba la relación institucional entre garante y protegido).⁹¹

Por supuesto, como se dijo, también debe ser objeto de la prueba de la omisión todos aquellos elementos relacionados con la situación generadora del deber de actuar (peligro jurídicamente desaprobado respecto a la omisión) y con la capacidad de actuar.

Por tanto, sólo aquellos elementos que constituyen verdaderamente “hechos”, presupuestos fácticos, pues, que integran el tipo penal (no, en cambio, los llamados “elementos normativos”, que, como tales, requieren una valoración), pueden ser objeto de la prueba de las omisiones. No lo pueden ser, en cambio, aquellos elementos que constituyen el contenido y extensión del deber, “aspectos en los que la imputación depende de un debate jurídico que no es como tal un hecho objeto de prueba, sino un problema propio de la subsunción”,⁹² que plantea otros problemas, naturalmente ajenos a la esfera de la presunción de inocencia.

91. Cfr. Pérez del Valle, C., “La prueba de la omisión”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 457, de 19-10-2000, p. 2.

92. Pérez del Valle, op. cit., p. 3.

16.2. *La prueba de los delitos de peligro.*

La misma confusión entre prueba y subsunción se puede apreciar en relación con los delitos de peligro (abstracto) en parte de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional.

16.2.1. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se percibe esa confusión en aquellas Sentencias que han venido absolviendo, en materia de tráfico de drogas, en los llamados supuestos de ínfima cantidad de droga.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 9 de julio de 2001 se declaró que el hecho no es punible, incluso en casos de tráfico efectivo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo a la salud.

Sin embargo, es claro que en delitos de esta naturaleza, de peligro abstracto, no hay que probar una acción que suponga un peligro de daño de una cosa determinada, la “salud pública”. Este objeto, en aquellos delitos, es inexistente, pues no hay más salud que la individual. La norma penal en este caso lo que pretende es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas, por lo que también la acción consistente en vender una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia de la norma que prohíbe el tráfico de drogas, pues, como atinadamente se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004, “se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando, precisamente, toda manifestación individual de comportamientos que acumulativamente llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas” y “es por tal razón que conductas cuya peligrosidad

individual sólo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación”.⁹³

Una cosa, pues, es el “tipo del texto”, en el que, ciertamente, aparece la poco afortunada expresión “grave daño a la salud (pública)”, y otra el “tipo de la interpretación”, que, sin superar los límites del texto, ha de permitir una aplicación racional de la ley que tenga en cuenta su finalidad, que, en el caso del tráfico de drogas, no es otra sino la de evitar la difusión del consumo de drogas, por el daño a la salud que las mismas suponen.

16.2.2. Y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se percibe también cierta confusión sobre el objeto de la prueba en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Así, decía la Sentencia 68/2004, de 19 de abril, que, a diferencia de la infracción administrativa, el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite

93. Actualmente, en una línea jurisprudencial iniciada a partir de la Sentencia de 28 de diciembre de 2003, se viene entendiendo, en materia de tráfico de drogas, que el principio de mínima insignificancia determinante de la exclusión de la pena sólo es aplicable respecto a cantidades que estén por debajo de las cuantías mínimas de droga con valor psicoactivo. Es decir, hoy el principio de la mínima insignificancia depende de que la droga no sea psicoactiva. Las dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas se entiende actualmente que son las siguientes: 0'66 mg. (heroína); 50 mg. (cocaína); 20 mg. (éxtasis); 2 mg. (morfina), etc.

que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito.

Para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, añade la Sentencia, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor.

La demanda de amparo resuelta – favorablemente – por esta Sentencia tenía por objeto la impugnación de una sentencia, confirmada en apelación, que había condenado al recurrente por un delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.⁹⁴

El demandante de amparo imputaba a las resoluciones judiciales recurridas la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al no existir a su juicio prueba directa ni indirecta de uno de los elementos que integran el tipo del delito contra la seguridad del tráfico, cual es la incidencia de la ingestión de bebidas alcohólicas en las facultades psicofísicas del conductor y, derivado de ello, en su forma de conducción, criticando que las Sentencias impugnadas se apoyaran exclusivamente en el resultado de la prueba alcoholimétrica, al entender que el simple hecho de superar una determinada tasa de alcohol constituye prueba suficiente para estimar acreditada la afectación de las facultades psicofísicas del conductor.

El Ministerio Fiscal –a mi juicio, con buen criterio– se oponía a la estimación de la demanda de amparo, argu-

94. Previsto en España en el art. 379 del Código penal.

mentando que “es cuestión pacífica entre especialistas en las ciencias toxicológicas que a determinados grados de intoxicación etílica corresponden unos síntomas que objetivamente se producen en cualquier caso, si bien con ligeras variaciones dependiendo de las características orgánicas del sujeto. Así los efectos asociados a un grado de intoxicación como el apreciado en este supuesto (1,90 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos de sangre en la primera prueba y 1,78 gramos en la segunda) se manifiestan en el mejor de los casos en inestabilidad emocional y reducción de inhibiciones; pérdida de juicio crítico; empeoramiento de la memoria y capacidad de comprensión; reducción sensorial e incremento del tiempo de respuesta; y, en fin, en alguna falta de coordinación muscular. Por ello concluye que la prueba practicada en este caso, como lo es la prueba etilométrica sumada a la propia declaración del recurrente en amparo, desvirtúa la presunción de inocencia, al reflejar la objetiva realidad de una serie de alteraciones funcionales que, aun no advertidas por los agentes policiales, se estaban manifestando necesariamente en la fisiología del individuo examinado y mermaban las cualidades que resultan absolutamente necesarias para una conducción, en la que pueda conjurarse la aparición de riesgos, añadidos a los ya que por sí concurrentes en tal compleja actividad humana”.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, en relación con los elementos del delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, aunque desconociendo, una vez más, en mi opinión, la naturaleza de delito de peligro abstracto que tiene este delito, y, por tanto, que en los delitos de esta naturaleza no se trata de la prueba sobre la existencia de una acción que suponga

un peligro de daño de un objeto determinado, pues para ello ya hay otros delitos (de resultado), sino de la prueba sobre la existencia de una acción, conducir en estado de ebriedad, que implica un peligro para los bienes jurídicos de los demás y que, por tal razón, se quiere prevenir.

Como decía la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004, a propósito de otro delito de peligro abstracto, “el bien jurídico del derecho penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede contar con consideración respecto de los bienes jurídicos, de las funciones sociales (roles) y la paz jurídica”.

También parte la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de una muy discutible distinción entre el delito, que dice aquélla que exige “un peligro real para la seguridad del tráfico”, y la infracción administrativa, que tendría según la Sentencia un mero “carácter formal”, aplicándose en forma “automática”.

Discutible porque, como es sabido, uno y otro orden, el administrativo sancionador y el penal, ambos, pues, sancionadores, deben ser respetuosos de los mismos principios, bien conocidos en el ámbito penal, como el de legalidad, con todas sus consecuencias y manifestaciones, y el de culpabilidad, igualmente con todas sus consecuencias. Doctrina en la que el propio Tribunal Constitucional viene insistiendo. Así, en su Sentencia 157/2000 este Tribunal recordó una vez más que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación (con ciertos matices) al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales habían sus-

tentado la afectación o influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas del demandante de amparo para la conducción del vehículo a motor, pues, en la consideración de que a partir de determinado índice de impregnación alcohólica devienen seriamente mermadas las facultades para la conducción de un vehículo a motor, y, por ello, en tales condiciones se prohíbe la conducción. Es decir, la experiencia general enseña que la conducción bajo esas condiciones ejerce una influencia negativa en la capacidad psicofísica del conductor, pudiendo afectar a la forma de conducción y, por tanto, a la seguridad del tráfico, razón la que precisamente se le prohíbe la conducción (“por precaución”).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español no lo entendió así, afirmando que no se practicó prueba alguna sobre la afirmación en la que se sustentaba la acreditación de la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades de conducción del demandante de amparo, por lo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en amparo.

El anterior punto de vista no tiene en cuenta, en mi opinión, que el objeto de la prueba no era la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades para la conducción del vehículo a motor, que no forma parte del tipo de la interpretación, sino la acción de conducir habiendo bebido determinadas cantidades de alcohol, que es el objeto de la prohibición. La norma no puede querer decir que “no está prohibido conducir bebido, siempre y cuando ello no tenga influencia en la conducción”, sino que lo que quiere evitar es conducir bebido.

A mi juicio, yerra el Tribunal Constitucional cuando afirma la necesidad de prueba respecto a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pues el que

conduce “bebido” conduce “bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, conclusión esta última que se puede afirmar sobre la base de principios de la experiencia y de conocimientos científicos, como lo razonaba el Ministerio Fiscal en su informe, luego no es necesario una prueba sobre la incidencia concreta de la ingesta de alcohol en la conducción.

En el mismo sentido se ha manifestado la *Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2005*, en un caso similar, afirmando que “para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal (de conducción bajo la influencia bebidas alcohólicas) no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esta circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor”.

Se olvida que la razón de aquel tipo penal no puede ser otra sino la de evitar que se llegue a materializar la influencia de la ingesta de alcohol en la conducción –no conduciendo–, porque de lo contrario será casi siempre demasiado tarde para brindar la necesaria protección. Este tipo de la interpretación no choca en absoluto con el texto legal, salvo que se lo enjuicie desde una perspectiva puramente positivista; al contrario, es perfectamente compatible con la finalidad de la norma.

Como decía atinadamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo –a quien corresponde la interpretación última de los tipos penales–, en la Sentencia de 14 de septiembre de 2002, a propósito de los delitos alimentarios, “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza (administrar determinadas sustancias a animales destinados al consumo humano), basada en el principio

de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”.

Las mismas consideraciones se pueden trasladar al ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, cuya materia no es menos sensible que la de los delitos alimentarios.

Naturalmente, estas dificultades en la aplicación de las normas vienen originadas por la existencia en esta y otras muchas materias de un sistema mixto de protección (penal y administrativo sancionador), acaso no siempre necesario, y que pone de manifiesto la insatisfacción que supone la aplicación en ocasiones de reglas diferentes según sea la sanción de una u otra naturaleza, cuyo tratamiento debería unificarse, pues al fin y al cabo ambas son manifestaciones del mismo ordenamiento punitivo del Estado.

Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado

1. Para evitar toda indefensión, proscrita constitucionalmente, *las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses*, es decir, debe facilitarse el necesario enfrentamiento dialéctico entre aquéllas.

Como dijo la *Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2000*, si el Tribunal impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, vulneraría este derecho fundamental, es decir, no es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción.

En numerosas Sentencias, el Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de contradicción en el proceso penal, aspecto que considera esencial para evitar una eventual indefensión.

La mencionada Sentencia otorgó el amparo por esta razón. En esta ocasión, el recurrente en amparo había dirigido su recurso contra una Sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la Sentencia absolutoria recaída en la instancia, lo había condenado como autor de una falta de lesiones, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, porque el órgano *a quo* no había remitido a la Audiencia, órgano *ad quem*, su escrito de impugnación del recurso de apelación presentado por la denunciante, producién-

dole una clara indefensión al sustanciarse el recurso sin su intervención.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que *el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE incorpora como contenido esencial la exigencia de que no se produzca indefensión, lo cual significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (...). Un órgano judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, incurre en una vulneración del principio de contradicción (...) y por ende, en denegación de tutela judicial sin indefensión. No es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción (...). Y en esta misma línea hemos sostenido que la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (...).*

La Sentencia del Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que en el caso concreto efectivamente se produjo la denunciada vulneración constitucional, porque el hecho de que el escrito de impugnación no fuera unido a la causa en su debido momento y, por tanto, remitido a la Audiencia Provincial antes de resolver ésta el recurso de apelación, no se podía achacar a la pasividad o negligencia de la parte, sino a una actuación imputable al

órgano judicial *a quo* que extravió el documento en su oficina judicial. En consecuencia, la Sentencia estimó el amparo y retrotrajo las actuaciones al momento en que se había producido aquella omisión.

Insistiendo en la importancia de esta exigencia, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2000* afirmó que

“el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales (...). Así, este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a

los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (...).”

2. La asistencia de Letrado tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se trata así de evitar desequilibrios entre las partes, que podrían originar indefensión.

Su finalidad, decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2005, como derecho subjetivo, es “asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.2 CE”.

En la Constitución española, este derecho fundamental tiene una doble proyección, pues como lo recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2004, por una parte el art. 17.3 reconoce el derecho del “detenido” a la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, como una de las garantías del derecho a la libertad que el mismo precepto constitucional reconoce, y por otra parte el art. 24.2 lo reconoce como una garantía más del debido proceso.⁹⁵

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999* decía que este derecho fundamental

95. V., en el mismo sentido, la Sentencia 165/2005

“es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, ..., un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado (y Procurador)... (arts. 118 y 860 LECrim.)”.

Es decir, constituye también una exigencia estructural del proceso y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo.

“Dicho de otro modo, el mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica”.

La Sentencia añade que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales,

“de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios (...). En particular, este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo en la detención (...) y en la prueba sumarial anticipada (...), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes (...). En consecuencia, en los

demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que haya de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor”.

3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003* se ha referido nuevamente a este derecho, concretamente a su contenido, reiterando que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios.⁹⁶

En particular, dice la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha reclamado dicha intervención sólo en la detención⁹⁷ y en la prueba sumarial anticipada; en

96. En España, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha venido a configurar como un derecho indisponible el derecho a la asistencia de letrado, al afirmar que bien desde la detención, bien desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada “será necesaria la asistencia letrada”, nombrándose, en su caso, de los del turno de oficio. Es decir, que aunque no se haya producido la detención, si de las actuaciones resulta la imputación del sujeto, éste debe disponer de asistencia letrada: ¡no puede renunciar a ella!

97. Evidentemente, el cacheo, que se debe regir por las exigencias de racionalidad y proporcionalidad, no equivale a una detención, por lo que las exigencias previstas en la Ley para ésta no se pueden extender a aquella diligencia, luego no procede exigir en el cacheo la presencia de Letrado. V. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2000, con amplias referencias

los demás actos procesales, con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia de aquél.

Además, hay que tener en cuenta que si bien es necesaria la presencia de Abogado cuando se toma declaración a un detenido o preso, en la hipótesis de que ello no hubiera tenido lugar, la admisión de tal declaración no tiene por qué afectar a posteriores declaraciones que sí se hayan realizado con aquella asistencia letrada, luego garantizando la necesaria contradicción y derecho de defensa.

Así lo consideró la *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999* cuando afirmaba que

“la admisión judicial de que la declaración se efectuará sin la presencia del Letrado del imputado sólo constituiría quiebra de la garantía de contradicción y paralela limitación de su derecho de defensa con resultado de indefensión material, si, a partir de su contenido autoinculpatorio, se le hubiera otorgado validez como prueba preconstituida y siempre que hubiera sido valorada como prueba de cargo sobre la que sustentar su condena”.

En definitiva, sólo cuando la vulneración de este derecho fundamental haya provocado un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, que le haya generado

sobre el «cacheo por la policía» y sus exigencias desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

efectivamente indefensión a quien la alegue, se podrá afirmar la relevancia constitucional de aquélla.

4. En un caso resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo –favorablemente– por la *Sentencia de octubre de 1998*, en el que el recurrente había sido condenado por un delito de tráfico de drogas, al habersele descubierto en el interior de su cuerpo la droga transportada, dicha Sala hizo importantes declaraciones sobre el *derecho de defensa cuando se somete al acusado a una intervención corporal*.

El Tribunal Supremo puso de manifiesto que el recurrente no había contado con asesoramiento letrado y que sus posibilidades de defensa en el momento de confesar ante la policía habían sido prácticamente nulas, pues el recurrente, dada su condición de extranjero, no pudo saber cuáles eran los derechos que le garantizaba el orden jurídico español ni los riesgos jurídico-penales a los que estaba expuesto.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, la circunstancia de que el recurrente no tuviera aún el carácter formal de detenido carecía de relevancia, pues

el derecho de defensa no depende de la declaración formal de la detención, sino de la real situación de una persona respecto de la que se tienen sospechas de la comisión de un delito y se van a tomar contra ella medidas que pueden tener por resultado la obtención de pruebas en su contra. Es claro que el recurrente no podía disponer de su libertad ambulatoria y que si los agentes de la Guardia Civil no tenían sospechas suficientes, tampoco podían haber ordenado la limitación de dicha libertad ambulatoria en la que aquél se encontraba, pues, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10-7-86 y STEDH de 6-11-80, así como la STS de 24-2-

97, no existen situaciones intermedias entre la detención y la libertad.

El art. 520 LECrim. establece que la instrucción sobre los derechos del detenido debe tener lugar en forma inmediata. Todo retardo, a partir del momento de la detención, constituye una infracción de dicha norma, que, por lo demás, en el presente caso aparece como injustificada.

Asimismo, el acusado tenía derecho a solicitar la presencia de un abogado para que asista a las diligencias policiales, según lo que establece el art. 520.2 c) LECrim. Tampoco fue instruido de este derecho cuyo ejercicio o renuncia - como es obvio - deber previo a toda diligencia policial o judicial. En este sentido el mismo art. 530.4 LECrim. impone una espera de ocho horas para que comparezca el abogado del detenido y sólo cuando dicho plazo haya transcurrido "podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere". De esta disposición se deduce que ninguna diligencia puede ser realizada sin asistencia letrada del inculpado.

La Sentencia del Tribunal Supremo, pues, al concluir que las pruebas - básicamente consistentes en la exploración radiológica - se habían obtenido con vulneración del derecho fundamental a la defensa letrada, luego estaban afectadas por una prohibición de valoración, casa la Sentencia de instancia condenatoria y dicta una segunda Sentencia absolutoria.

5. Muy interesante resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2002* en orden al conocimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el *derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios*, en el que, dice aquella Sentencia, las garantías del proceso penal han de aplicarse con especial

rigor, pues la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena. Entre aquellas garantías, la Sentencia menciona, además del derecho de defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia.

La Sentencia, inicialmente, se refiere a la *doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas que se encuentran reclusas en un centro penitenciario, y, en particular, de los que se refieren a las garantías inherentes a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, recordando que*

con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (...).

Más en concreto, en relación con las garantías inherentes al procedimiento disciplinario, nuestra doctrina ha afirmado que, con carácter general, las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones oportunas. No se trata, según hemos sostenido reiteradamente, de una traslación literal de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, dadas las diferencias entre uno y otro, sino de la aplicación de aquéllas que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador. En los expedientes disciplinarios en el ámbito penitenciario, hemos dicho, además,

que estas garantías han de aplicarse con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena. Expresamente hemos declarado que entre las garantías indudablemente aplicables ex art. 24.2 CE en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia cuya vulneración se denuncia en este caso por el recurrente (...). En definitiva, las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que “la justicia se detenga en la puerta de las prisiones” (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 128/1996, de 9 de julio, entre otras, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984).

En este ámbito de declaraciones generales tampoco resulta gratuito insistir en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo “resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias” (art. 76.2 e), Ley Orgánica general penitenciaria, y art. 94 Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en general “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse” (art. 76.1 Ley Orgánica general penitenciaria).

Y en cuanto al derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, dice la Sentencia que

cobra una perspectiva distinta en la medida en que (por lo dispuesto en el art. 242.2 del Reglamento peniten-

ciario) el asesoramiento para la defensa del incurso en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el jurista criminólogo, como consta en el Reglamento penitenciario de 1981 [...]. Además, el propio Reglamento permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo “por cualquier persona que designe.

Planteada ya la cuestión en estos términos, será preciso partir de nuestra consolidada doctrina en materia de indefensión en estos procedimientos sancionadores. Hemos afirmado que la vulneración del derecho fundamental a la defensa por parte de la Administración penitenciaria se produce cuando “la actuación de aquéllas hubiera causado la indefensión real del interno”, pues “una indefensión de este tipo sólo se produce cuando se priva al ciudadano de los medios legales suficientes para la defensa de sus legítimos intereses; esto es, cuando se eliminan o se disminuyen sustancialmente los derechos que le corresponden a quienes toman parte en el proceso o en un procedimiento sancionador, privándoles de una oportunidad real de defender sus intereses.

En el caso concreto, a pesar de la solicitud de asistencia jurídica que había realizado el recluso, éste no recibió ninguna respuesta, por lo que la Sentencia afirma la vulneración del derecho de defensa.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2003* se refirió a este derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios, resumiendo así su doctrina:

- a) la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedi-

mientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición;

- b) no se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita;
- c) cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el art. 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario, que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento;
- d) la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de asesoramiento durante la tramitación de un expediente disciplinario, realizada en tiempo y forma ante el órgano competente (el Instructor) puede significar la vulneración del art. 24.2 de la Constitución, si la asistencia que efectivamente se ejercitó se manifestó incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

6. Un instrumento esencial en el ejercicio de la defensa letrada es el *derecho a la libertad de expresión*.

Sobre este importante aspecto del derecho a la defensa se ha pronunciado nuevamente el Tribunal Constitucional

en su *Sentencia 117/2003*, destacando que *el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, naturalmente en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, pues está ligado estrechamente a la efectividad del derecho de defensa.*

En particular, en el caso resuelto – favorablemente – en la mencionada *Sentencia*, el recurrente en amparo, Letrado del Colegio de Abogados de Madrid, había impugnado la sanción disciplinaria consistente en una multa,⁹⁸ por las descalificaciones vertidas en su escrito de recusación contra dos Magistrados. En dicho escrito el demandante de amparo, actuando como Letrado, solicitando para su defendido la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, había inferido la enemistad manifiesta de los Magistrados de determinadas “resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas, que evidencian por sí solas el apasionamiento hostil, la animosidad y el incono intraprocesales de los magistrados hacia el ejecutado”. El recurrente alegaba la vulneración de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, por cuanto que, a su juicio, el escrito de recusación no contenía expresiones objetivamente injuriosas.

El Tribunal Constitucional, que otorgó el amparo al recurrente, luego de poner de manifiesto que el objeto del proceso consistía en determinar si los Acuerdos que impusieron al demandante de amparo una corrección disciplinaria por falta de respeto debido a los Jueces y Tribunales habían vulnerado su derecho a la libertad de

98. Multa que se le había impuesto en base a lo dispuesto al respecto en el art. 450.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

expresión en el ejercicio de la defensa letrada, recuerda, con cita de la Sentencia 235/2002, que

en nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE (...). Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (...).

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ —según el epígrafe del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (...). La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1 LOPJ, al disponer que ‘en su

actuación ante los Jueces y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa'. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del art. 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores puedan ser corregidos disciplinariamente ante los Juzgados y Tribunales 'cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso' (...).

Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod).

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de

expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso”.

La Sentencia, luego de comprobar que la conducta por la que el demandante de amparo había sido sancionado consistió en una actuación forense, es decir, ligada a la función de representación y defensa de los intereses de su patrocinado, así como que los Acuerdos recurridos contenían una adecuada apreciación de los derechos fundamentales en conflicto, centra su atención en la cuestión sobre si la valoración llevada a cabo por los órganos judiciales desconoció el derecho a la libertad de expresión en la actividad de defensa, o si, por el contrario, aquella libertad no daba cobertura a las calificaciones vertidas en el escrito de recusación.

En este punto debemos recordar de nuevo que “el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura” (...). Por ello, tal como afirmamos en la STC 226/2001, de 26 de noviembre, ... el límite de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa lo constituye, en este caso, el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y para comprobar si aquél se ha franqueado habremos de atender principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas, en cuanto puedan revelar una intención de menosprecio en la plasmación de las ideas

y conceptos a cuya expresión sirven en una comprensión global del escrito enjuiciado. Tal menosprecio hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye un límite a la libertad de expresión del Abogado, pues, según reiteradamente hemos afirmado, “excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto más cuanto se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado.

En el caso concreto, las descalificaciones contenidas en el escrito de recusación no se habían dirigido personalmente a los Magistrados, sino a las resoluciones dictadas por éstos, sin utilizar expresiones objetivamente injuriosas, sino que,

por el contrario, son calificativos empleados en términos de defensa que no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal, ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial, pues pretenden demostrar la concurrencia de la causa de recusación invocada por el Letrado demandante, lo cual exige referirse forzosamente a la actuación del Tribunal en términos críticos. Por ello las expresiones vertidas por el recurrente en su escrito de recusación se amparan en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte. Y ello con independencia de la actitud procesal del Letrado recurrente, sobre la que

no debemos pronunciarnos porque que no fue propiamente objeto de la corrección disciplinaria impuesta por los órganos judiciales.

En definitiva, el Abogado recurrente actuó en este caso en defensa de su cliente, intentando la recusación de los Magistrados que, a su juicio, mostraban hacia aquél una enemistad manifiesta que podía inferirse del contenido de sus resoluciones, a las que criticó en términos básicamente jurídicos que, pese a su rotundidad, no pueden considerarse transgresores de la libertad de expresión en la defensa letrada. En consecuencia, los Acuerdos ahora recurridos, al sancionar al demandante de amparo exclusivamente por la utilización de tales términos, vulneraron esta manifestación cualificada de la libertad de expresión, y por ello debe otorgarse el amparo.

Derecho de acceso al proceso

Es el llamado *ius ut procedatur*: los tribunales han de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso, que en el proceso penal español se concreta mediante la acción popular,⁹⁹ la acusación particular, que es la que puede ejercitar el perjudicado, y la acusación privada, en los delitos, hoy excepcionales, perseguibles a instancia de parte.

Este derecho forma parte de la tutela judicial efectiva, y significa que los tribunales han de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso.

En particular, el caso de la acusación particular –la que puede ejercitar el perjudicado– que en el procedimiento abreviado –previsto en España para delitos con penas de hasta nueve años de prisión– no requiere ni

99. Prevista en el art. 125 de la Constitución española. La acusación popular tiene una importancia especial en España, dada la configuración que tiene el Ministerio Fiscal, pues éste se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124 de la Constitución), siendo nombrado el Fiscal General del Estado por el Rey a propuesta del Gobierno, que, evidentemente, lo puede cesar en cualquier momento, es decir, aquél está más en la órbita del ejecutivo que en la del judicial. Por ello, la posibilidad que existe de que la acusación sea ejercitada también por los ciudadanos, directamente, y no sólo a través del ejercicio de la acción particular o privada por los perjudicados por el delito, sino también a través del ejercicio de la acción popular, presente en España en la práctica totalidad de los grandes procesos, neutraliza la eventual falta de independencia del Ministerio Fiscal, ello con independencia de que, en realidad, quien debe ser verdaderamente independiente es el órgano judicial, Juez o Tribunal, que es quien toma las decisiones.

siquiera un acto formal de imputación, como la querrela, bastando con que el perjudicado se muestre parte en la causa, y el caso de la acusación privada, que es la que se prevé para los pocos delitos existentes aún perseguibles sólo a instancia de parte, constituyen, como lo recordaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2001*, “un interés digno de protección que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado”.

Evidentemente, como aclara esta misma Sentencia, no se trata de un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino del derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento de las actuaciones, o incluso la inadmisión de la querrela presentada, porque, por ejemplo, el Juez entienda que los hechos carecen de ilicitud penal.

Como primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva ha calificado el Tribunal Constitucional este derecho, señalando que si bien se debe ejercitar conforme a la configuración prevista por el legislador, por lo que los órganos judiciales pueden apreciar una causa impositiva del pronunciamiento sobre el fondo, “la apreciación de dicha causa debe hacerse, desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la partes, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión”.¹⁰⁰

100. Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2000.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2001* se refirió a este derecho, configurado como un *ius ut procedatur*, en el ámbito específico del proceso penal, en el que “confluyen dos elementos (el derecho de acción y el derecho material de penar) que, ..., no cabe confundir”, sin que se pueda olvidar “que la acción penal se entabla para que el Estado, a través de la jurisdicción, ejerza la potestad punitiva”, no existiendo un derecho a obtener condenas penales, ni un derecho a la completa sustanciación del proceso penal.

Ahora bien, lo anterior no significa que la tutela judicial efectiva y las demás garantías del proceso penal se refieran sólo al imputado, procesado o acusado. “Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible ... desconocer en un juicio justo ... De ello deriva que el *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan ... los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2001* se refirió también a la configuración del derecho de acción penal como un *ius ut procedatur*, señalando que

la primera nota esencial del derecho a la tutela judicial que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. El art. 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva; el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (...). En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y,

por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 CE, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad (...). Es cierto que este ius ut procedatur que ostenta el ofendido no contiene, ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (...). No se tiene, en definitiva, un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (...). Una resolución de inadmisión o desestimación de la querrela no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 313 LECrim., el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal; lo que no obsta, sin embargo, para que al mismo tiempo se reconozca como facultad integrante del citado derecho fundamental un ius ut procedatur, en virtud del cual, cuando la resolución judicial no excluya ab initio en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de sumario, diligencias previas o preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de plenario, sólo cabe por las razones legalmente previstas de sobreseimiento

libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso, 789.1 LECrim. (...).

Según la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, el *ius procedatur*

*no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso. El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (...), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE. La especificidad de esa manifestación del derecho a la jurisdicción viene dada por las peculiares características del proceso penal. Pues en él confluyen dos elementos (el derecho de acción y el derecho material de penar), que, como hemos destacado en diversas ocasiones (...), no cabe confundir. Así pues, nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. De ahí que, incoada una instrucción penal, el Juez haya de otorgar al ofendido por el delito la posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela mediante el denominado “ofrecimiento de acciones”, a fin de que pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada, todo ello en orden a que pueda deducir y sostener la pretensión penal (...). No cabe negar, pues, la posibilidad de que en determinados supuestos la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o al interesado, que no conozca la existencia del proceso (...), conviertan el incumplimiento del deber de información al que se refiere el art. 109 LECrim. en auténtica denegación de tutela, con*

frustración del derecho del ofendido a erigirse en acusador particular en el proceso. “Aquél que ... resultado lesionado y ... un potencial ofendido, en la terminología de la propia Ley, ostenta la cualidad de interesado y está dotado de legitimación para actuar en juicio”. Por ello, cuando no se pone en su conocimiento la existencia de un proceso en que tan directamente se encuentran implicados sus intereses (cuando no tiene lugar el llamado “ofrecimiento de acciones”, en la terminología del art. 109 LECrim.) con el resultado obstativo que se ha descrito, por simple ignorancia de la pendencia del proceso y no por propia decisión o como resultado de su negligencia, se cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial, que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa (...). Ahora bien, conviene tener en cuenta que, mientras que la querrela es un acto de ejercicio de la acción penal, mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento, la denuncia no es más que una declaración de conocimiento y, en su caso, de voluntad, por la que se transmite a un órgano judicial, ministerio público o autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho, presuntamente constitutivo de infracción penal.

De nuevo la *Sentencia 21/2005* ha insistido que el *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que puede consistir incluso en la inadmisión de la querrela presentada o en el archivo de las actuaciones.

Principio acusatorio: sus manifestaciones

1. Derecho a ser informado de la acusación. Separación de las funciones acusadora y decisoria. Congruencia entre acusación y fallo

El principio acusatorio y todas sus manifestaciones, entre ellas el derecho a ser informado de la acusación, a fin de poder llevar a cabo una defensa contradictoria, único al que se refiere expresamente el art. 24 de la Constitución española, forma parte también del debido proceso o, en España, “proceso con todas las garantías”.

Además de la anterior, otra de las manifestaciones más características del principio acusatorio reside en la separación entre el órgano judicial que va a decidir la solución del proceso, independiente e imparcial, y la acusación. Esta última se debe limitar al ejercicio de la acusación, mientras que aquél se debe limitar a juzgar.

1. En resumen, las *distintas manifestaciones del principio acusatorio* son las siguientes:
 - a) que *nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él*, evidentemente por persona distinta a quien tenga la función de juzgar, *una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore)*;
 - b) que *la imputación debe tener lugar en la fase de instrucción*; se quieren evitar así acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que

se les haya dado la posibilidad de participación en aquella fase; en realidad, aunque en algunos países –como en España, a través del llamado auto de procesamiento¹⁰¹– se exige un acto formal de imputación, lo cierto es que desde el mismo momento en que se le imputa a otro un delito, se le debe tomar declaración como imputado, gozando desde ese mismo momento del derecho de defensa, pudiendo tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga– ¡no se debe esperar, pues, al dictado de un acto formal concreto! - (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000); por ello, es altamente dudoso lo dispuesto en el art. 8º del Código de Procedimiento Penal de Colombia, según el cual se hacen depender los derechos de defensa de la obtención de la “condición de imputado”; a mi juicio, aquéllos deben poder ejercitarse desde el mismo momento en que de las actuaciones resulta la imputación de un delito contra una persona determinada, ¡aunque no se le haya imputado aún formalmente!;

- c) el principio acusatorio impone la *exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible*, pues el testigo está obligado penalmente a decir la verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, e incluso mentir; la imputación, pues, como se dijo, ¡no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario!, porque la misma implica el surgimiento del derecho de defensa (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000);

101. V. art. 384 LECrim. española, con relación al procedimiento ordinario.

- d) por supuesto, el hecho objeto de la acusación y el que sirva de base a la condena deben permanecer inalterados (*identidad del hecho punible*), pues de lo contrario el Juez se convertiría en acusador comprometiendo con ello su necesaria imparcialidad;¹⁰²
- e) y también exige el principio acusatorio la *homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación*, a fin de que no se produzca indefensión; por ello, en el proceso penal el derecho de defensa y la necesidad de debate contradictorio entre las partes, que no se limita a los hechos y a su prueba, sino que también se extiende a la calificación de los hechos, impone inexcusablemente limitaciones al principio *iura novit curia*, que rige, sin embargo, en el proceso civil. Por ello, el *deber de congruencia*¹⁰³ entre la acusación y el fallo que deriva del principio acusatorio implica un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, concretado este último en la calificación definitiva. En otras palabras: *en el proceso penal no sólo se discuten los hechos, sino también el derecho.*

102. De todos modos, como lo aclara la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2005, el condicionamiento fáctico “no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal”.

103. Decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2005 sobre el deber de congruencia que este principio exige que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por ‘cosa’, en este contexto, tanto un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, cuanto la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, ya que el debate contradictorio recae, no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 228/2002* recordaba, al referirse al principio acusatorio, que *el Juez puede condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación, pero siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad.*

Una cuestión que puede ofrecer algunas dudas es la relativa a la *homogeneidad*. El Tribunal Supremo español la ha apreciado cuando, por ejemplo, se había acusado por asesinato y se condenó por delito de homicidio con abuso de superioridad, cuando se había acusado por una tentativa de homicidio y se condenó por delito de lesiones, entre el robo y el hurto, entre la apropiación indebida y la malversación (peculado), entre los distintos tipos penales de abusos sexuales, etc.

En realidad, todos estos casos de homogeneidad permiten la aplicación de la llamada *doctrina de la pena justificada*, según la cual *si los hechos de la acusación consienten una subsunción que hubiera determinado la pena impuesta, no cabe estimar la infracción de ley para modificar la calificación incorrecta, pues el resultado permanecería invariado.*¹⁰⁴

Lo que evidentemente no puede hacer el Juez o Tribunal es condenar por un delito de mayor gravedad, salvo que exista un cauce que permita a aquéllos hacerles saber a las partes esa posibilidad y la misma se haya podido

104. Esta doctrina, de origen francés, como el recurso de casación, responde a la regla general que rige en casación, según la cual entre la infracción de ley que se denuncia y el resultado al que llega la sentencia debe existir una relación de causalidad. No se da esta relación cuando corregida aquella infracción el resultado permanece invariable, es decir, la pena se impondría de todos modos, aún con la calificación jurídica más correcta.

debatir antes de la sentencia, alejando cualquier resquicio de indefensión.¹⁰⁵

Por ello, en cuanto a los eventuales *cambios de calificación al fijarse las conclusiones definitivas*, que suponga una calificación más grave, es claro que ello no supondrá una vulneración del derecho a no ser condenado sin acusación, pues precisamente *es el escrito de conclusiones definitivas el instrumento procesal esencial para la fijación de la acusación en el proceso* (por todas, Sentencia 62/1998), aunque tales modificaciones podrían vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien, dada la instrumentalidad que tiene el derecho a ser informado de la acusación respecto al derecho de defensa, es a la parte, dice la *Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003*, a quien corresponde dar la oportunidad al órgano judicial de reparar la indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estima que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones es sorpresiva y no le es posible defenderse adecuadamente, debe solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa.¹⁰⁶

2. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2003*, luego de poner de manifiesto una vez más la conexión del derecho a ser informado de la acusación con el derecho

105. V. arts. 733 y 788.4 de la LECrim., este último según la redacción dada por la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre.

106. Conforme al art. 793.7 LECrim. (hoy 788.4, según la reforma introducida en la LECrim. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre).

de defensa, pues aquél es un presupuesto de éste, declaró, en síntesis, lo siguiente:

- El derecho a ser informado de la acusación se ciñe a serlo de aquellos elementos fácticos y jurídicos que conforman el hecho constitutivo de delito y su correspondiente calificación jurídica. De modo que si dichos elementos figuran en las calificaciones provisionales y en éstos se sustenta la condena, las modificaciones en las calificaciones definitivas o en los hechos declarados probados por la sentencia no implicarán ni una condena sin acusación, ni una condena sin ejercicio del derecho de defensa.

- No toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de enjuiciamiento criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica.¹⁰⁷

- No puede considerarse que el trámite de informe oral de la defensa o el relativo al derecho a la última palabra pueden suplir las limitaciones del derecho de defensa, ya que, de un lado, el segundo tiene una función distinta, y, de otro, en el primero difícilmente se pueden rebatir los hechos sin haber tenido ocasión de presentar pruebas frente a ellos, y, si bien dicho trámite puede ser utilizado para argumentar contra la nueva calificación jurídica, la

107. La Sentencia se refiere, en cuanto al procedimiento ordinario, a los arts. 732, 733, y 746.6 en relación con el art. 747 LECrim., y en cuanto al procedimiento abreviado al hoy art. 788.4 (Ley Orgánica 38/2002).

falta de tiempo para la preparación del mismo convierte en puramente formal su existencia.

- Tampoco puede afirmarse (argumento que había utilizado el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada) que la suma gravedad, como dato objetivo e incontestable, era conocido desde el inicio del proceso y de la propia acusación por el inculpado, pues en los procesos por delito no cabe una acusación implícita o tácita, de modo que no es posible dar por conocido lo que no figura expresamente en los escritos de calificaciones, ni puede entenderse que el acusado ha tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa frente a lo que en dicho escrito no consta.

- El derecho de defensa comprende no sólo el de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación, sino también la posibilidad de alegar y contradecir sobre todos los elementos esenciales de la calificación jurídica.

El Tribunal Constitucional apreció en este caso la vulneración del derecho a la defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y a las pruebas pertinentes (con un voto particular), por la inadmisión de todas las pruebas propuestas por la defensa tras la modificación esencial de los hechos objeto de acusación en el escrito de calificaciones definitivas.

3. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2003* ha apreciado una vulneración del principio acusatorio y, por tanto, del derecho a un proceso con todas las garantías, por una sentencia que había condenado por un delito doloso (un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 del Código penal) a quien había sido acusado por un delito imprudente (el mismo delito pero a título de imprudencia: art. 317), es decir, por un delito no sólo distinto y heterogéneo, sino, además, castigado

con pena superior a la pedida por la acusación, lo que le está vedado al juzgador.

El Juez, pues, puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación, pero siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que haya sido objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad.

4. En la jurisprudencia española se venía entendiendo que la imposición de una pena mayor a la solicitada por las acusaciones no tenía por qué suponer necesariamente una vulneración del principio acusatorio, siempre que el órgano jurisdiccional, que es a quien corresponde la función de individualizar la pena, “lo haga dentro de los límites fijados en la Ley para el delito objeto de acusación” (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1999, en una línea jurisprudencial consolidada), y “se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión” (Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2003), es decir, no es que no pudiera imponer el órgano judicial una pena mayor, sino que por razones derivadas de aquel principio constitucional, se entendía que dicho órgano debía hacer un mayor esfuerzo de motivación en la hipótesis planteada; si se cumplía este deber reforzado de motivación, de tal manera que fuera posible su control posterior en evitación de una eventual arbitrariedad, nada se podía objetar a la decisión judicial consistente en imponer una pena mayor a la pedida por las acusaciones, evidentemente siempre dentro del marco legal correspondiente.

Hoy, sin embargo, no parece posible la imposición de una pena mayor, ni siquiera dentro del marco legalmente previsto, pues el art. 789.3 LECrim. española, según la modificación operada por la Ley 38/2002, de 24 de octu-

bre, afirma que “la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”, salvo que se haya asumido por el Juez o Tribunal la “tesis” planteada.

5. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2005* se ha referido ampliamente al principio acusatorio, insistiendo en las dos dimensiones que derivan del mismo, esto es, la del derecho a ser informado de la acusación y la dimensión consistente en que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación, haciendo hincapié en las tres funciones procesales fundamentales: “la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio”.

6. Por último, una cuestión que ha sido tratada últimamente por el Tribunal Constitucional español es la relativa a la *proyección del deber de congruencia en el recurso de casación*, cuyo objeto, básicamente, es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada.

Así, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2005*, luego de señalar que el recurso de casación es un recurso de cognición restringida que cumple una función revisora y que está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, aunque al hacerlo protege también al justiciable, que a través del recurso de casación puede someter el fallo condenatorio a un Tribunal superior, dice que en un recurso

como el de casación, de estricta revisión de la legalidad de la resolución impugnada, tanto el objeto de enjuiciamiento como la posición del órgano judicial y de las partes procesales es diferente al que corresponde a la resolución impugnada, propiciando dicha situación “de un lado, que no tengan que ser de aplicación de manera idéntica las exigencias del principio acusatorio, y, de otro lado, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida”.

Añade dicha Sentencia, que *el objeto del recurso de casación es la revisión de la calificación jurídica contenida en el resolución impugnada y no una pretensión punitiva*, lo que propicia que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria, sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Es la conformidad a derecho de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada el elemento sobre el que se establece el debate contradictorio a través del recurso interpuesto por la parte recurrente, y, por tanto, sobre el que el Tribunal de casación debe pronunciarse.

Derecho al Juez natural

También llamado “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” o “derecho al juez legal”, constituye una verdadera garantía frente a los otros poderes, así como también frente a los órganos de gobierno del propio poder judicial.

Este derecho está reconocido en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos. Así, el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político prevé en su art. 14.1 el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

Con este derecho fundamental se garantiza que el ciudadano sea juzgado por un juez previamente determinado en la ley, evitando así posibles intromisiones de otros poderes del Estado, por ejemplo del ejecutivo, que podría estar interesado en algún momento en la creación de un Tribunal de excepción o de un juez o tribunal *ad hoc*.¹⁰⁸ Estos supuestos, lo mismo que el del juez o tribunal *ex post facto*, esto es, el del órgano creado con posterioridad a la iniciación del proceso, chocan frontalmente con el “derecho al juez natural”. Se garantiza, pues, la imparcialidad del órgano jurisdiccional interviniente.

108. En España, el art. 117.6 de la Constitución prohíbe los Tribunales de excepción.

1. En los precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la *Sentencia 47/1983* la que expresa claramente el contenido de este derecho fundamental.

El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del tribunal venga determinado por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2001* reiteró la anterior doctrina. En esta ocasión el recurrente en amparo, cuya extradición había sido solicitada por las autoridades judiciales de Palermo para ser enjuiciado por delitos contra la salud pública, había alegado en la Audiencia Nacional su condición de español para oponerse a la extradición, siendo rechazada tal argumentación por aquel órgano judicial, por entender que la condición de español no es, en el ámbito del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ratificado por España en 1982), un obstáculo para la entrega del requerido, pues el art. 6 de dicho Tratado contiene simplemente una cláusula potestativa de entrega que puede ser sometida a reserva por los respectivos Estados signatarios, y que, en el caso de España, no ha sido hecha efectiva. Según la resolución judicial impugnada por el recurrente, el Convenio debe prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Extradición pasiva (LEP), que no permite la ex-

tradición de los nacionales, debiéndose estimar cumplida la exigencia de reciprocidad solicitada de las autoridades italianas con la respuesta facilitada por éstas. Entre otras vulneraciones constitucionales, todas rechazadas por el Tribunal Constitucional, el recurrente había alegado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

La Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que este derecho

exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional (...). Es decir, en otras palabras, que el legislador ha de haber determinado en una norma con rango de ley y con carácter previo al hecho las reglas de competencia fundadas en criterios objetivos y generales (...).

La Sentencia hace hincapié en que

los hechos que han dado lugar a la solicitud de extradición se enmarcan en el ámbito de la delincuencia internacional de tráfico de drogas, y si bien es cierto que, de acuerdo con el art. 23.4 LOPJ, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros susceptibles de ser calificados, conforme a la Ley española, de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, también lo es que el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o, dicho de otro modo, de Estados competentes,

respecto de las actuaciones indicadas. Y es que tanto el Estado español como el italiano son partes del Convenio único sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (...) y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988 (...); y del art. 36 del primero, así como del art. 5.1 b) III) en conexión con el art. 3.1 c) IV del segundo, deriva la posible base de la jurisdicción universal en materia de drogas o estupefacientes y el fundamento para pedir y, en su caso, conceder la extradición respecto de los delitos contemplados por dicho Convenio. Por consiguiente, este Tribunal ha de partir de la competencia de los Tribunales de Italia, derivada de la asunción por el Estado italiano de los compromisos internacionales plasmados en los Convenios anteriormente citados, para conocer del hecho de la pertenencia a una banda internacional dedicada al tráfico de estupefacientes; conducta que, por otra parte, puede considerarse cometida tanto en la sede en la cual opera el colaborador (España), cuanto en el lugar o en los lugares en los que produce sus efectos dicha colaboración con la banda (Italia u otros países), como, por último, en aquel o aquellos puntos geográficos en los que la dirección de la banda dirige, planifica y coordina su actividad delictiva.

2. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2002* ha tenido la oportunidad de referirse a este derecho fundamental, a propósito de un caso en el que el recurrente había sido condenado en apelación por un delito de apropiación indebida, del que había sido absuelto en la instancia, basando aquél la vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley en el hecho de que el Tribunal penal no había suspendido el procedimiento

penal por él solicitada en espera de la resolución del procedimiento civil que debía pronunciarse sobre la reclamación al recurrente de la mitad de un premio especial, considerando éste que el juez natural para conocer de la cuestión del título propio del tipo penal de apropiación indebida era el juez civil.

La Sentencia, que desestima tal pretensión, opuso que, en realidad, el recurrente confundía lo que es una cuestión de competencia o prejudicialidad con la determinación del juez legal garantizado en el art. 24.2 de la Constitución, aclarando que

el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (...). Pero esta garantía no supone el derecho a un Juez determinado en concreto (...) ni excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales.

Y en cuanto a la *prejudicialidad*, que el recurrente había confundido con el derecho fundamental al juez natural, la Sentencia concluye que aquél había recibido por parte del órgano judicial una respuesta motivada, fundada en una interpretación de la legalidad y de sus competencias que no podía tacharse de irrazonable o arbitraria, pues

no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la

potestad que les confiere el art. 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que, como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado, bajo ópticas diferentes, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2004 ha insistido en su doctrina sobre este derecho fundamental, señalando de nuevo su correspondencia con la prohibición constitucional de los tribunales de excepción, y aclarando que el “derecho al juez natural” no tutela un pretendido derecho al juez más próximo en sentido territorial al justiciable, “sino un derecho al juez ordinario, lo que significa el juez establecido por el legislador y que merece un tratamiento orgánico y funcional común con el de los demás órganos jurisdiccionales”. Naturalmente, añade la Sentencia, tampoco asegura la norma constitucional un juez concreto, “pues los factores de casualidad y aleatoriedad en las normas de reparto entre jueces previamente competentes sirven precisamente para preservar la imparcialidad”.

3. En la doctrina se ha sostenido, con buen criterio, en orden a quién deba valorar la prueba, que no puede ser otro –por exigencia del principio de inmediación– sino el Juez que la ha podido percibir directamente, que es a su vez quien dictará la correspondiente sentencia, la *relación del principio de inmediación con el derecho al Juez prede-*

terminado por la ley. En este sentido, dice Bacigalupo que “un juez que introduce, en su ponderación de la prueba, la obtenida mediante subrogación de otro, reemplaza la convicción del juez predeterminado por la ley por la de otro juez u otra persona (por ej., un funcionario)”.¹⁰⁹

4. Por último, hay un aspecto del proceso penal que podría afectar a este derecho fundamental. Me refiero a las *normas de reparto*, que por lo general suelen quedar en España al arbitrio de las Salas de Gobierno de los distintos Tribunales.

Bien distinta es la situación en Alemania, en donde la regulación básica de aquéllas se encuentra regulada en la Ley de Constitución de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*), interpretada por el propio Tribunal Constitucional, quien ha declarado que el reparto de los asuntos entre las diversas secciones y órganos judiciales ha de ser establecido de la forma más exacta posible,¹¹⁰ de manera que ninguna persona se puede beneficiar de tales normas de reparto; incluso ni siquiera la propia Administración de Justicia, pues el mandato que deriva del Juez predeterminado por la ley se dirige no sólo al poder ejecutivo y al poder legislativo, sino también al propio poder judicial. Y, como lo ha advertido Sánchez-Vera, “en realidad, en un Estado de Derecho como el alemán o el español, es precisamente este último caso– la violación por parte del poder judicial del mandato del juez predeterminado –el único que en la práctica resulta imaginable”, pues “que el poder ejecutivo cree tribunales especiales, o que tales sean aprobados por el parlamento, no será ciertamente

109. Cfr. Justicia Penal y derechos fundamentales, Madrid, 2002, p. 207.

110. Así, BVerfGE 17, 294.

una situación concebible, pero sí podrá serlo, en cambio, un supuesto en el que, por ej., un juez sustituya antirreglamentariamente al juez que había sido predeterminado por la ley o cuando se produzcan “repartos” *ad hoc* para aliviar situaciones de acumulación de asuntos en un mismo juzgado, etc.”¹¹¹

No cabe duda, pues, que la protección del derecho al Juez predeterminado por la ley exige unas normas de reparto que sean claras y precisas, a las que se les debe dar, además, la necesaria publicidad, para su conocimiento general. No se trata de simples normas de división interna del trabajo (salvo, si acaso, la designación del ponente dentro de un órgano colegiado, en el que la potestad de juzgar la tienen atribuida todos los jueces que lo integran y que tienen que decidir –colegiadamente– el asunto) sino de la atribución de la potestad de poder juzgar en el caso concreto, luego de la fijación del juez predeterminado por la ley.

111. “Aspectos para una reforma del derecho procesal penal español”, Revista Canaria de Ciencias Penales, nº 4/1999, p. 126.

Derecho a la legalidad de las pruebas. Prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La prueba ilícita: consecuencias

La única prueba que puede permitir basar un fallo condenatorio es la efectuada en el juicio oral, bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación; regla que sólo admite una excepción en el caso de los supuestos de prueba anticipada.

Dicha prueba, además, debe ser una prueba válidamente obtenida, esto es, una prueba lícita. Ello se traduce en la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

La verdad, pues, no puede perseguirse y obtenerse “a cualquier precio”; sólo es posible en el marco del proceso penal, de acuerdo con las normas que hacen posible la realización efectiva de un proceso con las garantías propias de un Estado de Derecho.

El art. 382 del Código de Procedimiento Penal de Colombia afirma que sólo son medios de prueba aquellos que “no violen el ordenamiento jurídico”, es decir, tiene incluso un alcance mayor, pues proscribía tanto las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales

como las obtenidas ilegalmente. Unas y otras quedarían excluidas de la valoración judicial.

Prueba de la complejidad y amplia diversidad de perspectivas posibles sobre la prueba ilícita obtenida¹¹² y sus consecuencias, lo representa precisamente el hecho de que es en relación con esta materia en donde se ha producido un cierto distanciamiento entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo españoles.¹¹³

La razón está en la pluralidad de aspectos que concurren en los casos en los que se plantean. A la vulneración del derecho fundamental sustantivo, la mayoría de las veces relacionado con escuchas telefónicas y con registros domiciliarios, luego con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, se une la lesión del derecho al proceso con todas las garantías si se llega a producir la valoración procesal de la prueba ilícita y también en ocasiones el derecho a la presunción de inocencia. Y aquí está precisamente una de las dificultades, porque puede ocurrir que, a pesar de la existencia de una prueba ilícita, haya otras pruebas jurídicamente independientes, no contaminadas, a las que no alcance la prohibición de valoración, y que, por tanto, tengan la suficiente capacidad para enervar la presunción de inocencia.

Se trata de saber, pues, *en qué casos, a pesar de la ilicitud declarada sobre alguna prueba, se puede afirmar una desconexión con respecto a otras pruebas posteriores,*

112. Cfr. Urbano Castrillo, E. y Torres Morato, M. A., *La prueba ilícita penal*, Pamplona, 2000 (2ª edición).

113. V, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2003.

las cuales podrían permitir basar una Sentencia condenatoria.

En España, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla expresamente la prohibición de valoración de las pruebas ilegalmente obtenidas, refiriendo tal prohibición a las pruebas “directa o indirectamente” obtenidas en una vulneración de derechos fundamentales; nada dice respecto a otras eventuales infracciones. Una aplicación estricta de la disposición contenida en dicho precepto legal parece que debería conducir a apreciar una contaminación de la práctica totalidad de la prueba, pues los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución española son derechos de configuración legal¹¹⁴ y, sin embargo, con su jurisprudencia en esta materia el Tribunal Constitucional español está limitando el alcance que le da el art. 11.1 de dicha Ley a las pruebas ilegalmente obtenidas.

El Tribunal Constitucional español, sobre la base de distinguir entre causalidad natural y causalidad jurídica, ha establecido en su jurisprudencia que la prohibición

114. Coherentemente con ello, el Tribunal Constitucional español, en una primera etapa (v., por ejemplo, la Sentencia 114/1984), había proclamado con carácter absoluto la inadmisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico; jurisprudencia que, precisamente, está a la base del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se aprobó poco después (1985). Este punto de vista ha sido defendido en la doctrina, entre otros, por López Barja de Quiroga, J., en *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1999, p. 281, y Díaz Cabiale, J.A. / Martín Morales, R., en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pp. 27 y ss.

de valoración depende de lo que denomina “conexión de antijuricidad”.¹¹⁵

1. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2001* se refirió a la posibilidad de que la prohibición de valorar la prueba declarada nula por vulneración de un derecho fundamental (prueba originaria) no afecte a las pruebas derivadas. En esta ocasión, uno de los recurrentes había cuestionado la legitimidad de la diligencia de entrada y registro de la sede de una empresa, tanto desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que el registro habría sido consecuencia de las informaciones obtenidas en una intervención telefónica declarada ilícita, como desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por no haberse ajustado el registro a la proporcionalidad necesaria de toda medida restrictiva de derechos fundamentales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, con remisión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1998, recuerda que en esta Sentencia ya se sostuvo que el Auto de registro de la empresa estaba suficientemente motivado y que reflejaba la pertinente ponderación de los intereses en conflicto y que la práctica del registro sin la intervención del Secretario judicial suscitaba el quebrantamiento de una garantía procesal establecida en la ley, pero no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de forma que dicha quiebra sólo impide la aportación del acta del registro como prueba en el proceso, pero no los documentos hallados en el mismo. Y en cuanto a la validez del registro, en el sentido de que derivaría directamente de una intervención telefónica cuya nuli-

115. Sobre este criterio jurisprudencial, v., entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998.

dad fue declarada por el Juzgado de lo Penal, recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional que,

declarada la nulidad de una prueba por haberse obtenido directamente con vulneración de un derecho fundamental de carácter sustantivo, la prohibición de valorar dicha prueba no conduce en todo caso a la prohibición de valoración de toda prueba que se conecte en alguna forma con ella. En efecto, desde la STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, y especialmente en la STC 49/1999, ... hemos declarado que la prohibición de valoración de las pruebas originales, en cuanto obtenidas con vulneración de un derecho fundamental de carácter sustantivo, no afecta a las derivadas si entre ambas no existe relación natural o si no se da entre ellas la que hemos denominado conexión de antijuricidad que resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, la de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de ese derecho. En aplicación de dicha razón de decidir, este Tribunal ha declarado en casos muy similares al que es objeto de examen en este momento (...), la desconexión entre una intervención telefónica declarada nula y las pruebas mediante ella obtenidas y un posterior registro y las pruebas en el mismo halladas, bien a partir del juicio emitido por el órgano judicial sobre la desconexión entre las pruebas, bien examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2001 se refirió a un supuesto de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por una Sentencia que había valorado pruebas derivadas de un registro domiciliario

declarado ilícito, conectadas de forma antijurídica con la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque aquella vulneración no implicó la lesión del derecho a la presunción de inocencia, pues existían en el caso en particular otras pruebas constitucionalmente legítimas capaces de sustentar la declaración de culpabilidad.

En lo que se refiere a la pretensión del recurrente que acepta el Tribunal Constitucional, centrada en el hecho de que según aquél se le había condenado por la Audiencia Provincial en base a pruebas que debían considerarse contaminadas por derivar del registro domiciliario realizado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

la valoración de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, pues la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (...). Ahora bien, ello no significa que la valoración de toda prueba conectada directa o indirectamente con las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental material esté prohibida constitucionalmente por suponer lesión del derecho al proceso con todas las garantías o porque la condena con base en ellas pueda implicar la lesión del derecho a la presunción de inocencia. Como este Tribunal ha declarado, es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido

a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (...). Por consiguiente, la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicial y directamente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas en virtud de la que hemos denominado conexión de antijuricidad, ya que las pruebas derivadas son desde su consideración intrínseca constitucionalmente legítimas, pues no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental (...). Dicha conexión de antijuricidad, que resulta del examen conjunto del acto lesivo y su resultado, tanto desde una perspectiva interna como externa (...), ha sido afirmada entre la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio ocasionado en un registro y el acta donde se recoge el resultado del mismo, las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevaron a cabo y las declaraciones del resto de los testigos presentes en el mismo. Así, respecto de las declaraciones de los policías, el fundamento de la conexión de antijuricidad reside en que no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental (...). Sin embargo, lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (...). En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria (...). De la citada jurisprudencia constitucional deriva que la afirmación de que el registro

se efectuó con lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio conduciría a otorgar la razón al recurrente en cuanto a la valoración de pruebas ilícitas, dado que, como se ha expuesto, la Sentencia condenatoria declara probados hechos substanciales en los que sustenta la condena a través de las declaraciones de los policías presentes en el registro, como son la aprehensión de la droga, su existencia misma, su posesión por el acusado, y el hallazgo de la balanza que se utiliza como hecho indiciario del que deducir la preordenación al tráfico de la droga junto con la cantidad de droga y su grado de pureza. De manera que, si bien estas declaraciones no son pruebas obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales al haber sido prestadas con todas las garantías en el juicio oral, derivan del registro y se conectarían de forma anti-jurídica con la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en caso de apreciarse ésta, pues constituirían su materialización directa y aportarían el conocimiento directamente adquirido al practicar el registro.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, entiende que las anteriores consideraciones no deben conducir a la automática estimación de la también alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia, pues ello sólo sería así

en la medida en que la condena se haya sustentado exclusivamente en dichas pruebas ilícitas. De modo que, como declaramos en la STC 48/1999, ..., determinar si, excluidas dichas pruebas, restan otras constitucionalmente legítimas capaces de sustentar la declaración de culpabilidad y la condena del recurrente constituye una función que corresponde cumplir al Tribunal juzgador. En consecuencia, se han de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de

la proposición de prueba, para que si, una vez excluidas las declaraciones policiales, con las restantes pruebas se mantuviera la acusación, pueda el órgano judicial competente proceder a determinar su ilicitud o licitud, y en su caso, a valorarlas en el sentido que estime oportuno.

En el caso concreto, la prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria era la *declaración del acusado*, aunque el Tribunal Constitucional lo que hace es retrotraer las actuaciones para que, en su caso, fuera el órgano jurisdiccional el que llevara a cabo la oportuna valoración de la prueba.

Por tanto, la declaración judicial prestada por el acusado, advertido de los derechos que le asisten, entre ellos, naturalmente, el derecho a guardar silencio, a no declarar y a no confesarse culpable, luego con absoluta libertad para declarar o no declarar, y para dirigir el contenido de sus manifestaciones en uno u otro sentido, es una prueba que el Tribunal de instancia puede valorar legítimamente, siempre –como todas las pruebas– en forma razonada.

En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1999 había afirmado que la admisión por el propio acusado de la tenencia de la droga era una prueba de cargo suficiente y válida, por ser independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, pues se trata de una prueba –confesión– que, por su propia naturaleza, es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso, ya que por su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, sin que, evidentemente, pueda en ningún caso aquélla responder a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación.

Ya veremos más adelante que el Tribunal Supremo (Sentencia de 18 de julio de 2002) no acepta plenamente

esta tesis, exigiendo para su validez que el acusado haya declarado con plena conciencia de la ilegitimidad de la prueba.

3. Con buen criterio el Tribunal Supremo español se ha referido al problema de la *relación causal de una prueba respecto de otra prueba*, esencial para determinar la existencia o no de conexión causal entre una prueba ilícita y otra obtenida válidamente.

Así, en su *Sentencia de 3 de julio de 2002* dijo que

la relación causal de una prueba, cuya valoración queda excluida por vicios de legalidad respecto de otra prueba, se deberá estimar aplicando el criterio de la teoría de la conditio sine qua non; por lo tanto, debemos afirmar la causalidad cuando sin el conocimiento obtenido de la primera, la segunda no se hubiera podido obtener. Si, por el contrario, la autoridad de persecución del delito tenía en su poder conocimientos que le hubieran permitido obtener las pruebas sin recurrir a los que le hubiera podido proporcionar la diligencia ejecutada sin dar cumplimiento a las exigencias legales, faltará la causalidad.

Por su parte, la *Sentencia de 21 de mayo de 2002* se refirió en orden a la prueba ilícitamente obtenida¹¹⁶ a la *teoría del inevitable discovery* (descubrimiento inevitable) y la del *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol envenenado).

En el caso resuelto por esta Sentencia, en el que el recurrente había sido condenado, como autor de un delito de violación y otro de asesinato, a la pena de treinta años de prisión, se planteaba de nuevo una cuestión relativa a la prueba ilícita.

116. Art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La defensa del recurrente sostenía la infracción de los arts. 24 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia de la obtención de un molde de yeso que reprodujo la dentadura del acusado, que permitió más tarde su identificación como autor de los delitos imputados, sin habersele proporcionado una defensa letrada, y sin que la Policía solicitara autorización judicial para la práctica de la medida, por lo que consideraba que la prueba había sido ilícitamente obtenida; posteriormente, de todos modos, se había adoptado por el Juez instructor la medida, ya con la debida instrucción de derechos al recurrente, en su calidad de imputado.

Pues bien, en el presente caso la comprobación de la posible autoría del imputado era prácticamente inevitable, porque el Juez conocía la relación personal del recurrente con la víctima y la autopsia había revelado la existencia de una mordedura que permitía identificar al autor conociendo la estructura de su dentadura.

En estos casos, la Sentencia de la Sala Segunda pone de manifiesto que la llamada doctrina del *fruit of the poisonous tree* admite una corrección a través de otra teoría, la del *inevitable discovery*.

La Sentencia del Tribunal sostuvo que la infracción jurídica no permitía invalidar las pruebas posteriores, declarando lo siguiente:

En efecto, cuando la medida adoptada posteriormente con la debida instrucción de derechos al recurrente, en su calidad de imputado, fue judicialmente decidida, no podía ser considerada como consecuencia de la primera, toda vez que con los conocimientos que en ese momento obraban en la causa, la comprobación de la posible autoría de aquél era prácticamente inevitable. No ofrece dudas que era conocida por el Juez de Instrucción la relación personal

del recurrente con la víctima, que las características de esa relación podían ser el motivo del hecho ocurrido y que la autopsia había revelado la existencia de una mordedura que permitía identificar al autor conociendo la estructura de su dentadura. En tales condiciones, la medida adoptada no puede estar condicionada por la obtención previa del molde, pues incluso sin éste, cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia si hubiera tenido conocimiento de la herida. En estos casos, la llamada doctrina del fruit of the poisonous tree (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del inevitable discovery (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.

4. Muy interesante es la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002*, que trató ampliamente la cuestión sobre la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, refiriéndose a su alcance, al llamado *efecto dominó* (o suicidio procesal), a la *prueba diferente* (pero derivada), a la *prueba independiente* (sin conexión causal) y a la *conexión de antijuricidad*, así como a la excepción

para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, aclarando que la misma no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración a los coimputados que no confiesan los hechos.

Esta Sentencia hace importantes declaraciones sobre la prohibición de *la prueba constitucionalmente ilícita y sus efectos*, señalando que

la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan “indirectamente” de dicha vulneración.

La justificación de este denominado “efecto dominó” (...), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (...).

(...) prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso.

La defensa del efecto expansivo prevenido en el art. 11.1º de la L.O.P.J. determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección en el proceso a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que este efecto resulta aplicable, para evitar una desmesurada extensión del mismo. Como se deduce de la propia expresión legal, el efecto dominó únicamente se produce en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones “indirectas” del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

La Sentencia del Tribunal Supremo concluye que la doctrina de la contaminación o prohibición de valoración de los frutos del árbol prohibido, constituye en nuestro ordenamiento derecho positivo a través de lo dispuesto en el art. 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que el efecto expansivo sólo faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que

es necesario poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal.

En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuricidad” utilizada a efectos de amparo por el Tribunal

Constitucional (...), y acogida en ocasiones por esta Sala (...), pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985.

Se refiere entonces la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la *declaración del acusado admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria*, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene considerando como un supuesto excepcional en que la prueba refleja se considera ajena a la vulneración del derecho,¹¹⁷ pese a existir una relación de conexidad natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental.

Dice al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo que

se trata ciertamente de un supuesto muy dudoso, en el que habrá que valorar en cada caso si la confesión se ha efectuado de forma desconectada con el dato inconstitucionalmente obtenido, o bien dicho descubrimiento ha sido determinante para la aceptación por el acusado del “fait accompli”.

Ahora bien, en todo caso debe tenerse en cuenta que esta excepción se fundamenta, en primer lugar en que tanto al imputado como al acusado se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, declaración que en el juicio oral debe llevar a cabo con asistencia letrada, siendo ello

117. V., por ejemplo, la Sentencia 149/2001.

un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coacción o compulsión ilegítima, y por ello el contenido de sus declaraciones puede ser valorado como prueba válida contra el mismo capaz de enervar su presunción de inocencia. En segundo lugar, como también señala la citada S.T.C. 161/99 “la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material, que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”. Y, en tercer lugar, la validez de la confesión “no depende de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (S.T.C. 86/1995), finalizando la 161/99 afirmando que “de lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación.

En consecuencia, la excepción admitida para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, que debidamente asesorado y con plena consciencia de la ilegitimidad de la prueba decide pese a ello aceptar los hechos de forma voluntaria en el juicio oral, no puede

extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración para los coimputados que no confiesan los hechos, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito.

5. En la misma línea jurisprudencial, aunque llevada la anterior doctrina a su extremo, esto es, a la no sanación, en ningún caso, de la prueba ilícita por la declaración autoincriminatoria del acusado, se ha pronunciado la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2003*.

Esta Sentencia contiene un profundo examen de la prueba ilícita y, en particular, de su proyección en el material probatorio posterior, rechazando, frente a la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional y de la propia Sala Segunda, que la confesión posterior del acusado no quede contaminada por aquélla. Para ello, la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la línea jurisprudencial concretada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1996 y en la Sentencia del Tribunal Supremo 1380/1999, que aplica estrictamente lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece la prohibición de valorar no sólo la prueba obtenida a través de la vulneración de algún derecho fundamental, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta merced a esa misma vulneración, así como a la doctrina de la “conexión de antijuricidad” acuñada por el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 81/1998, según la cual, en casos como el que era objeto de

examen en la Sentencia del Tribunal Supremo, en el que a la prueba original ilícita se yuxtapone otra de carácter personal, como la confesión del imputado, no existe aquella conexión, conclusión esta última que es rechazada en la presente Sentencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia se refiere entonces al *grado de vinculación del criterio de la “conexión de antijuricidad”*, a tenor de lo que dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los órganos jurisdiccionales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, señalando que la actividad decisional que en el caso se realiza consiste en valorar “el rendimiento de un cuadro probatorio complejo, en uso de la libertad de conciencia reconocida en el art. 741 LECrim., a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J.”, es decir, “si dada la forma en que se produjo la confesión de los inculpados, a partir de la información obtenida de modo inconstitucional en las interceptaciones telefónicas y en el registro de su domicilio, hay o no razones suficientes para considerar que también el resultado de aquella se dio con violación (indirecta) del derecho fundamental, siguiendo en esa apreciación las indicaciones de método que ofrece la citada jurisprudencia constitucional, si bien tomadas como lo que realmente son: un planteamiento doctrinal singularmente autorizado”.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, el modelo con que opera la doctrina de la “conexión de antijuricidad” tiene un antecedente teórico en la teoría de la imputación objetiva, aunque mientras que ésta trata de restringir el alcance del tipo penal, aquella, por el con-

trario, abre la posibilidad de recortar discrecionalmente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, haciendo hincapié la Sentencia del Tribunal Supremo en la necesidad de evitar que aquella fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Sentencia rechaza entonces que la información de derechos, la asistencia de defensor y la voluntariedad de las declaraciones inculporatorias, impliquen una desconexión jurídica entre una y otra prueba,

primero, porque toda la información relevante, incluida la que sirvió de base para que se pudieran formular las preguntas que dieron lugar a las declaraciones autoinculporatorias, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración de los derechos fundamentales del art. 18.2 y 3 CE. De manera que entre las interceptaciones y el registro inconstitucionales y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-natural, sino de auténtica causalidad jurídica, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de previas decisiones judiciales. Decisiones judiciales adoptadas con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como prácticas procesales afectantes a derechos fundamentales, tendrían que haberse ajustado, y que –tras de no haber sido así– siguieron proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales. Por ello, al tratarse en todo caso de intervenciones debidas a sujetos institucionales que actuaron en el marco de sus atribuciones, no cabe identificar o aislar dentro de ellas una dimensión o proyección significativa que no fuera rigurosamente jurídica. Lo que impide que puedan ser valoradas en sí mismas y en sus derivaciones y conse-

cuencias –todas intraprocesales– haciendo abstracción de esa dimensión jurídico-normativa. Es por lo que no cabe afirmar que entre las fuentes de prueba contempladas no se dio la llamada conexión de antijuricidad.

De otra parte, al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio de los imputados de que se trata fue obtenida mediante – y en el curso de – actuaciones declaradas constitucionalmente ilícitas, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor primero, y, luego, por la acusación como si no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas “capciosas”, en el sentido de inductoras a error (art. 709 LECrim.). Así ha de ser, puesto que se ocultó a los interrogados – formalmente asistidos de letrado, pero ingenuamente rendidos ante la evidencia física de los hallazgos de la droga y las armas, y desinformados por tanto – un dato relevante del contexto jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa: el de la invalidez radical de esos elementos de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculpado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

Y no es en absoluto realista suponer que los interrogados, de haber sido conscientes de que tenían a su alcance la absolución con sólo negar la existencia de la droga, no se hubieran decantado por ello. En cualquier caso, y aun cuando –en una improbable hipótesis de escuela – las declaraciones autoinculpatorias hubiesen sido prestadas con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la aplicación del ius puniendi, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional

que la excluye de raíz, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando.

Es por lo que, en suma, de dar a la ilegitimidad constitucional de las interceptaciones del registro domiciliario producidos todo el alcance que impone el art. 11.1 LOPJ, habrá que tener por igualmente ilegítima, e inutilizable, la información obtenida (“indirectamente”) mediante el interrogatorio de los afectados, con el resultado de la inexistencia de prueba de cargo valorable (...).

En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia impugnada, dictando una segunda Sentencia absolutoria.

En el Voto particular dos Magistrados discrepan de la Sentencia por entender que en la decisión no se ha observado la función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico- penal y por discrepar de la interpretación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, manifestando que la misma contradice abiertamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la misma Sala, según la cual la confesión es una prueba independiente de la nulidad de intervenciones telefónicas o de entradas y registros, reiterando que “la declaración libre, voluntaria y realizada con observancia de las garantías procesales de una persona imputada en los hechos en la que reconoce su participación en los mismos, no aparece, en principio, conectada con la vulneración del derecho fundamental previo en la medida en que la actuación libre del imputado, reconociendo el hecho imputado, no incorpora la ilicitud de la vulneración producida, pues la confesión que participa es un acto de libertad (prohibición de regreso) realizado con observan-

cia de las garantías previstas en la ley y desconectado de la ilicitud declarada” .

6. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003* contiene una jurisprudencia (inérita) sobre la *determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho*, así como interesantes declaraciones sobre los efectos de la vulneración constitucional, con expresión incluso de un voto particular disidente, no conforme con la declaración contenida en la Sentencia de licitud de la prueba obtenida, a pesar de haber sido obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por basarse ésta en un “déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento”, que no cabe proyectar según la Sentencia sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación.

La cuestión planteada en el recurso de amparo resuelto en esta Sentencia, se refería al registro efectuado por miembros de la policía judicial de la vivienda del recurrente, una vez que éste había sido detenido y trasladado a la comisaría. Según el recurrente, no existía situación de delito flagrante, ni hubo autorización judicial previa, ni consentimiento del titular, ya que él no lo prestó y el consentimiento prestado por otros miembros de su familia (su esposa) no debía considerarse suficiente, como lo había entendido la Audiencia Provincial, que confirmó en apelación la condena por un delito de amenazas y un delito de tenencia ilícita de armas. Alegaba el recurrente que el concepto de titular a efectos de prestar el consentimiento a la entrada y registro domiciliario previsto en el art. 18.2 de la Constitución, cuya vulneración invocaba, debía ser interpretado restrictivamente, de forma que sólo aquel que, siendo morador, es objeto de la investiga-

ción en virtud de la cual se realiza la intromisión, puede otorgarlo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere al *contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio*, comenzando recordando la conexión entre este derecho fundamental y el derecho a la intimidad. La protección constitucional del domicilio, dice la Sentencia, es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, aunque el objeto de protección también es el espacio físico, razón por la que se ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar. Recuerda también el Tribunal Constitucional que según su jurisprudencia, como regla general, a falta de consentimiento del titular, el acceso al domicilio inviolable sólo se puede posibilitar sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías, o bien en el caso de flagrante delito.

En cuanto a la *flagrancia* dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

hay que reconocer que, ciertamente, la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya con-

sumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y, especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 c)] “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías ... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó”.

En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún tal situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizado por dicha flagrancia.

Descartada la flagrancia del delito en el caso resuelto, la Sentencia del Tribunal Constitucional examina a continuación la cuestión del *consentimiento*. Los órganos judiciales habían entendido, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo, que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado legitimaba el registro domiciliario. La Sentencia, pues, centra su análisis en la *determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del art. 18.2 de la Constitución, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho, y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no se había abordado aún en su jurisprudencia.*

Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miem-

bros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho. (F.J. 7).

Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como

el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluye, pues, que en el caso enjuiciado el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa, vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del recurrente.

A continuación, la Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a los *efectos de la vulneración en el proceso*, señalando que

desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (...).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibi-

ción de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).

Por tanto, hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, “la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental.

En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que “cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto —esto es, con independencia de las circunstancias del caso— tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales” (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues,

en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.

No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a

dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

Por tanto, la Sentencia del Tribunal Constitucional concluye desestimando las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, que también había alegado el recurrente. Dice la Sentencia que en el caso enjuiciado la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio fue “un mero accidente” y

el estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia.

Esto sentado, la estimación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio determina la declaración consiguiente que, a efectos de reparación por parte de este Tribunal, es bastante.

En el *Voto particular disidente*, en cambio, se concluye, en orden a los efectos de la vulneración del derecho fundamental sustantivo en el proceso, que

la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías. La prohibición de valoración se extiende tanto al hallazgo en sí mismo como al acta en la cual se documentó la diligencia y se recogió el resultado de ésta, a la declaración testifical

del agente policial que practicó el registro, y a la de los testigos que lo presenciaron (la mujer y el hijo del recurrente), pues (como declaramos en STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8) “tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental” y “con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte ...

Y, por tanto, añade dicho Voto particular,

puede afirmarse que, excluidas las pruebas constitucionalmente ilícitas, no existe ninguna otra prueba de cargo válida respecto del delito de tenencia ilícita de armas, por lo que hemos de estimar también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, lo que conlleva la declaración de nulidad parcial de dicha Sentencia y la de la que la confirma en apelación.

Derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior

1. Según el art. 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)(Nueva York, 1966), “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo (...)*”, y el art. 14.5 PIDCyP reconoce a toda persona declarada culpable de un delito el “*derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley*”.

De estos dos artículos se deriva, ante todo, que el PIDCyP no reconoce ningún derecho a una segunda instancia, sino un derecho, no por ello menos efectivo, a la revisión del fallo condenatorio y la pena mediante un recurso efectivo ante un Tribunal superior.

Y la revisión que implica el recurso de casación penal español, como se verá, satisface plenamente este derecho.

Evidentemente, en el ámbito territorial de este Pacto Internacional la materialización de este derecho, que no es un derecho a la doble instancia penal,¹¹⁸ depende de las características procesales de cada país, siendo lo decisivo

118. Cfr., en este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1997.

que a través de un Tribunal superior exista la posibilidad de anular las resoluciones del inferior.

Precisamente por esta razón, el Tribunal Constitucional español ha venido considerando desde bien temprano¹¹⁹ que el recurso de casación penal, aunque tenga un marco limitado, cumple suficientemente el PIDCyP.

Concretamente, la importante *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 37/1988* afirmó –ya lo había hecho antes con ocasión de su *Sentencia 60/1985*– que la casación penal abre al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior, cumpliendo en nuestro sistema procesal el mandato del art. 14.5 PIDCyP.

Ahora bien, añadía la *Sentencia del Tribunal Constitucional*,

la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal “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 (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable” (STC 60/85). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no solo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, “inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 CE” (STC 76/82). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el

119. V. *Sentencia 42/1982*.

presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal superior, el Tribunal Supremo, “juzgando en casación”; “recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado sentencia condenatoria” (STC 60/85).

A mi juicio, efectivamente la casación penal española, lo mismo que la de otros países de la Unión Europea que tienen estructurada su jurisdicción en forma similar a la española, como Alemania, Francia e Italia, cumple sobradamente las exigencias de los arts. 2.3 a) y 14.5 del PIDCyP, pues aunque no reciba el nombre de apelación, que es el término utilizado en el sistema procesal penal anglosajón, ni se la califique formalmente de “segunda instancia”, permite, con efectos devolutivo y suspensivo:

- a) controlar la aplicación del derecho sustantivo y de los principios del proceso penal;¹²⁰
- b) entrar en el eventual error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Tribunal de instancia;¹²¹

120. Arts. 849.1º, 850 y 851 LECrim.

121. Art. 849.2º LECrim. que, en realidad, también contiene un supuesto de infracción de ley, aunque indirecta, pues en la hipótesis aquí contenida la ley resulta infringida, no por una errónea aplicación del derecho, sino por una errónea determinación de los hechos, que es posible comprobar al tribunal de casación, como es el caso de aquellos documentos que constatan hechos y cuyo contenido, en principio, es vinculante para el Tribunal (por ejemplo, una partida del registro civil, escrituras públicas, certificaciones emitidas por un funcionario competente para ello, etc.); aquí, pues, se infringe la ley al haber sido aplicada a un hecho que, en realidad, no constituye su presupuesto de hecho.

- c) controlar la valoración de la prueba en lo que es controlable, esto es, en cuanto a su razonabilidad o no arbitrariedad, según la orientación jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo;¹²² naturalmente, el tribunal revisor de la prueba que no la ha percibido directamente sólo puede controlar los problemas relativos a la insuficiencia de la prueba o de su ponderación no racional, no los problemas relativos a su credibilidad;
- d) y, en fin, también permite el conocimiento de toda pretendida infracción de precepto constitucional.¹²³

Si a todo ello añadimos que la casación penal española no reenvía la causa al tribunal que dictó la sentencia impugnada, salvo supuestos de quebrantamiento de forma, sino que el mismo Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia sobre el fondo que sustituye a la anulada, conforme a la doctrina que este Tribunal aplica en su Sentencia, facilitando así al ciudadano la reparación inmediata de la lesión jurídica sufrida, es palmariamente claro que el recurso de casación es un verdadero “recurso efectivo”, en el sentido del art. 2.3 a) PIDCyP, pues permite un nuevo y amplio examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un Tribunal superior (art. 14.5 PIDCyP), que

122. Jurisprudencia, a mi juicio, desconocida por el Comité de Derechos Humanos de la ONU con ocasión de su Dictamen de 20-7-2000; cfr. Jaén Vallejo, M., “La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20-7-2000)”, I y II, Actualidad Aranzadi, núms. 453 y 462, de 21-9-2000 y 23-11-2000.

123. Arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la LE-Crim.

puede, además, revocar la sentencia recurrida y dictar, él mismo, una nueva sentencia.

El recurso de casación, pues, que se puede interponer contra todas las sentencias no apelables, no es un recurso extraordinario, por más que se empeñen algunos autores en afirmarlo –contribuyendo así a la confusión creada en el Comité de Derechos Humanos sobre su verdadera naturaleza y alcance– sino un recurso ordinario, que permite una amplia revisión por el Tribunal Supremo. Otra cosa es que debiera recuperar su carácter extraordinario, una vez que se corrija el déficit existente en España en el actual sistema de recursos.

El *Tribunal Supremo español*, en su *Sentencia de 8 de febrero de 2000*, tuvo la oportunidad de referirse al carácter de “recurso efectivo” del recurso de casación, aunque con relación al art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, firmada por España en 1977, similar a los arts. 2.3 a) y 14.5 PIDCyP, sosteniendo que este recurso permite no sólo controlar la aplicación del derecho sustancial, sino también la razonabilidad, “la falta de arbitrariedad respecto de la determinación de los hechos probados”, lo que se ha venido denominando control de la estructura racional del juicio sobre la prueba realizado por el órgano de instancia, evidentemente distinto a su valoración, pues ni la lógica, ni los conocimientos científicos se componen de valoraciones, y recordando que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “un recurso efectivo no requiere necesariamente que el Tribunal superior tenga la posibilidad de revocar la decisión recurrida”, siendo suficiente con que dicho Tribunal “pueda decidir sobre alguna forma de reparación”, luego, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo, “es evidente que el recurso

de casación, que permite una revocación de la sentencia condenatoria, cumple ampliamente con las exigencias mínimas del derecho que garantiza el art. 13 CEDH”.

Posteriormente, el importante *Auto* en esta materia de la Sala Segunda de 14 de diciembre de 2001, expuso con amplitud la naturaleza del derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, con referencias incluso de derecho comparado, concluyendo que el recurso de casación penal, en el modo en que es aplicado actualmente, considerablemente ampliado, es compatible con el art. 14.5 del PIDCyP, tanto respecto a las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso, como también respecto a las cuestiones de hecho, pues se han reducido las cuestiones de hecho que quedan fuera del recurso “a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma”.

Muchas otras resoluciones de la Sala Segunda se han pronunciado sobre esta cuestión, todas ellas en el mismo sentido de confirmar la compatibilidad de la casación penal con los convenios internacionales; entre ellas puede mencionarse la Sentencia de 18 de abril de 2002 y la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, en la que se recordó –con cita de la Sentencia de 23 de marzo de 1999– que

el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado, a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal superior (art. 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y, en consecuencia, ha de reconocérseles un espacio propio de control, diferenciado y más intenso en el plano juris-

diccional que el atribuido al recurso de amparo; espacio limitado, en cualquier caso por el respecto al principio de inmediación.

La efectiva realización de esta función ha obligado a la doctrina jurisprudencial a agotar los procedimientos para cumplir esta labor revisora, incluyendo la revisión fáctica. A ello se ha accedido a través del desarrollo de la doctrina casacional sobre la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, la exigencia de motivación, etc.”.

Como dijo la mencionada Sentencia de 10 de diciembre de 2002, “en la actualidad, *el único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica, es el del principio de inmediación*, límite que también se aplica en el recurso de apelación”.

2. La compatibilidad de la casación penal española con lo dispuesto tanto por el PIDCyP como por la CEDH sobre la posibilidad de poder someter el fallo y la pena ante un Tribunal superior, se ha apreciado también, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, en aquellos casos excepcionales de instrucción y enjuiciamiento de la causa por el Tribunal Supremo respecto a las personas que gozan del *privilegio del fuero*,¹²⁴ por entenderse que este privilegio que supone ser juzgado por el Tribunal más alto en el orden penal, es un plus, que equilibra la inexistencia de un nuevo grado jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional confirmó esta compatibilidad en tres de las Sentencias del “caso Marey”.

124. Art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, en la *Sentencia 64/2001*, dijo el Tribunal Constitucional, en cuanto a la pretendida vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal *ex art. 24.2* de la Constitución y *art. 14.5 PIDCyP*, que la basaba el recurrente en el hecho de haber conocido el Tribunal Supremo en única instancia, no siendo él aforado, pues en el caso concreto se había trasladado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el enjuiciamiento, dado que uno de los imputados en la misma causa, el Sr. B, sí tenía la condición necesaria para el aforamiento previsto en el *art. 71.3* de la Constitución, habiéndose apreciado conexas respecto de los hechos atribuidos al aforado y a él mismo,

que el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (...). De otra parte, ha de señalarse también que el art. 71.3 establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por último, ha de tenerse en cuenta que en la concreción del contenido del derecho constitucional al doble grado de jurisdicción le ha correspondido un importante papel al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en atención al mandato del art. 10.2 CE, como se aprecia en la decisión primeramente mencionada, ya que el art. 14.5 de dicho Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tiene el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley”. Pero admitido esto, dos precisiones son convenientes sobre el reconocimiento de tal derecho en la normativa internacional sobre derechos humanos. La primera, en relación

con el referido Pacto Internacional, para indicar que en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda, respecto al Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales hecho en Roma en 1950, que pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, sí lo ha reconocido en el Protocolo núm. 7 a este Convenio, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2, ya que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. Extremos que son relevantes a los fines del art. 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos tanto por el Pacto Internacional de 1966 como por el Convenio europeo de 1950, aunque España aún no haya ratificado el mencionado Protocolo núm. 7”.

Añade la Sentencia del Tribunal Constitucional que el reconocimiento del derecho aquí considerado no puede obviar que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma que, ..., la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, el Juez ordinario predeterminado por la Ley a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3. Pues, ..., la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento

especial de Diputados y Senadores ... (reside en proteger) la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. De otra parte, si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin

constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (...).

En el caso concreto resultaba que el fuero especial del art. 71.3 de la Constitución no era directamente aplicable al recurrente en amparo, ya que carecía de la condición de Diputado o Senador, siendo el aforamiento especial de uno de los encausados el determinante de que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y se restringiera, como consecuencia de su enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal Superior.

La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego a la que nos acabamos de referir. Dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los Tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 - redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Disposición final segunda, núm. 16 - ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos. Sobre la base de un modelo de análisis similar, la Comisión Europea de Derecho Humanos en el caso Tanassi y otros, en su Decisión de inadmisión de 18 de diciembre de 1980, examinando la queja relativa al derecho a una doble instancia, tanto en cuanto lesión del derecho a un proceso justo, como en cuanto lesión del derecho a la igualdad, por afectar en aquel caso el aforamiento de una persona a otras no aforadas, tras declarar que el art. 6.1 CEDH no impone la exigencia de establecer una doble instancia (párrafo 16 de la decisión), llevó a

cabo un juicio de proporcionalidad sobre las medidas existentes en el orden jurídico del Estado demandado, ponderando las desventajas que resultan para los no aforados de no gozar de un segundo grado de jurisdicción en una causa penal en relación con otros fines igualmente legítimos. Para concluir, en dicho caso, que la medida de la legislación interna que excluía la segunda instancia era proporcionada a otros fines legítimos; así, entendió que la protección de las funciones del gobierno, determinante de la competencia de la Corte Constitucional italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al gobierno. Juicio de proporcionalidad que también se ha llevado a cabo en decisiones posteriores relativas al Protocolo núm. 7 (...).

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluyó afirmando que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, había tenido en cuenta el tenor de las normas de la LECrim. (arts. 17, 18, 272.3 y 300), rechazando, en consecuencia, la pretendida vulneración constitucional. Otra opinión se mantiene, respecto a este aspecto de la Sentencia, en el Voto Particular formulado por uno de los Magistrados.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 65 y 66/2001 reproducen íntegramente las anteriores declaraciones sobre esta materia.

3. Una vez más, con toda razón en mi opinión, ha afirmado con rotundidad el Tribunal Constitucional la

compatibilidad del recurso de casación penal español con el art. 14.5 PIDCyP, en su *Sentencia 80/2003*,¹²⁵ reiterando que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena, siempre que, en primer lugar, se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional, que es lo que ocurre precisamente en España desde hace ya años, rigiendo de hecho un sistema de “casación ampliada”, paralelamente al de una “apelación limitada”, de tal manera que, en realidad, las diferencias entre una y otra son prácticamente irrelevantes. Y siempre que, en segundo lugar, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional, el derecho reconocido en aquel Pacto Internacional se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primer instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.

Esta interpretación, y no otra, es la que se deriva, como se dijo, de la conjunción de los arts. 2.3 a) y 14.5 del PIDCyP, aplicables en esta materia.

Y, por supuesto, como dice la mencionada Sentencia,

si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal

125. V., en el mismo sentido, Sentencias 70/2002, 105/2003 y 123/2005.

superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2000, los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión.

4. Otra cuestión diferente es la relativa a la *conveniencia de generalizar la apelación contra sentencias en todo tipo de procesos*,¹²⁶ de tal modo que fuera posible la apelación no sólo contra las Sentencias que dictan los Juzgados de lo Penal, sino también contra las que dictan las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, así como la cuestión relativa a qué clase de apelación, esto es, si limitada, como la que actualmente está prevista en España, o con revisión total del juicio oral, lo que conllevaría una repetición del juicio.

En realidad, Alemania es el único país en el que se repite totalmente el juicio en apelación, aunque la apelación sólo está prevista contra resoluciones de los jueces unipersonales y de los tribunales de escabinos, y lo cierto es que este recurso de apelación está siendo muy protestado y criticado, entre otras razones porque el tiempo perjudica mucho la eficacia de los medios de prueba¹²⁷ (se ha llegado a decir que la apelación es una

126. V. al respecto : Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13 de septiembre de 2000; Sentencia de la Sala Segunda de 30 de abril de 2001 y Auto de la misma Sala de 14 de diciembre de 2001; y Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002.

127. Cfr. Bacigalupo, E., Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, 2002, pp. 217-224.

¡irracionalidad!). De ahí, como ha dicho Bacigalupo, la oportunidad de considerar la experiencia alemana en la futura configuración del recurso de apelación contra sentencias.

Y otra cuestión también es la de determinar cómo debe configurarse la futura casación penal.

A mi juicio, el *recurso de apelación* debería extenderse a todas las Sentencias, pero sin repetición del juicio oral. Sólo excepcionalmente debería posibilitarse la repetición de la prueba, cuando, por ejemplo, como dice Bacigalupo, con relación a la prueba pericial, “el tribunal de apelación tuviera necesidad de una mayor información”, o, con relación a la prueba testifical, cuando la propuesta de repetición de la prueba esté fundada por el recurrente, indicando éste la relevancia jurídica de la repetición, “es decir, demostrando su necesidad para la modificación del fallo que se persigue”.¹²⁸

Y el recurso de casación debería ser un recurso que permitiera al Tribunal Supremo cumplir su misión de producción de jurisprudencia (art. 1.6 del Código civil) y garantizar la unidad del orden jurídico, cumpliendo así la alta función institucional que la Constitución española le asigna en el art. 123. En particular, la casación debería quedar reducida al conocimiento de los recursos por infracción de ley y quebrantamiento de forma en los siguientes casos: 1, cuando la sentencia recurrida sea contraria a la doctrina del Tribunal Supremo o, en su caso, a la doctrina establecida por otro u otros Tribunales Superiores de Justicia; y 2, cuando se refiera a cuestiones nuevas, sobre las que no exista doctrina del

128. Op. cit., p. 223.

Tribunal Supremo. Es decir, la casación debería ser un cauce que, aunque limitado a los casos en los que fuera necesario para la unificación de doctrina, no tuviera, en cambio, la limitada extensión que actualmente tiene en España, en el sentido de que hay numerosos delitos sobre los que el Tribunal Supremo difícilmente puede llegar a conocer, como consecuencia de los criterios de atribución de competencia; concretamente todos aquellos de los que conocen las Audiencias Provinciales en apelación¹²⁹ quedan fuera, en principio, de la casación.

Y el recurso de apelación, a mi juicio, debería estar previsto respecto a todas las sentencias, con un alcance similar al de la actual casación ampliada, permitiendo así que la casación pudiera recuperar su carácter extraordinario, cumpliendo así su función característica: la de unificación de doctrina. Para ello, como ya se dijo, es imprescindible, en mi opinión, por razones derivadas

129. El art. 14, tercero, de la LECrim., según la redacción dada por la Disposición adicional tercera de la Ley 38/2002, dispone que el Juez de lo Penal es competente para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza que no exceda de diez años. Al ser posible contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente (en su caso, la del Juez Central de lo Penal ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) (art. 790.1 LECrim., según Ley 38/2002), no hay ya posibilidad de presentar recurso alguno contra la que resuelve dicho recurso de apelación (art. 792.3 LECrim., según la Ley 38/2002), salvo, naturalmente, los extraordinarios, en su caso, de anulación (contra sentencias dictadas en ausencia del acusado: art. 793 LECrim.), de revisión de sentencias firmes cuando la condena se ha producido por error (arts. 954 y ss. LECrim.) y de amparo por vulneración de derechos fundamentales (arts. 41 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

de la seguridad e igualdad en la aplicación de la ley, que se afirme el carácter vinculante de la jurisprudencia, aunque siempre con un cauce que permita su eventual revisión.

