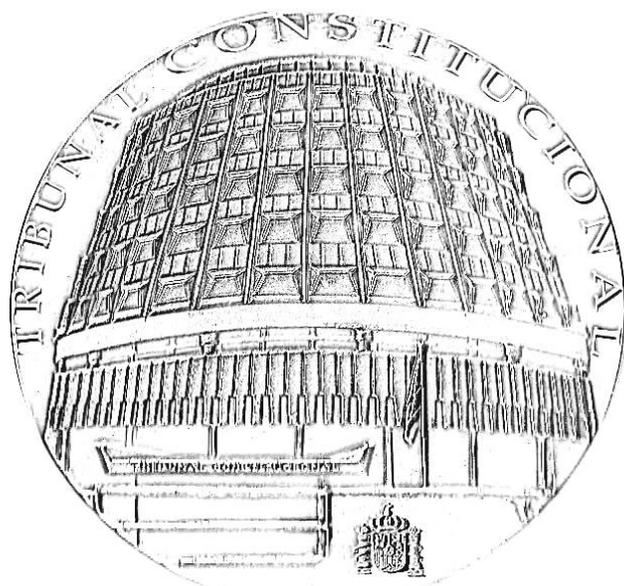


XIII Conferencia Trilateral
13-14 de octubre 2011
Madrid



Constitución y principios penales

España

Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España

Madrid, 13 y 14 de octubre de 2011

Ponencia española

Constitución y principios penales

*(con especial atención a la incidencia de la jurisprudencia del
Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*

1. Principios penales en la Constitución española
 - A) Preliminar
 - B) El alcance territorial de los derechos fundamentales
2. El proceso penal
 - A) El carácter central del juicio oral
 - B) Cuestiones relativas a los recursos penales
3. La presunción constitucional de inocencia
 - A) Ideas generales
 - B) La inocencia como regla de juicio
 - C) La dimensión externa de la presunción de inocencia
4. La instrucción o investigación penal
 - A) Los derechos del imputado
 - B) El deber constitucional de motivar los actos de investigación
 - C) La calidad de la ley
 - D) El deber constitucional de investigar: el supuesto de las torturas
5. La interdicción de la prueba ilícita
 - A) Idea general
 - B) La prueba derivada
 - C) Un ejemplo
6. La imparcialidad del juez
 - A) Rasgos generales
 - B) Dificultades para aplicar los criterios de la jurisprudencia europea
 - C) Las declaraciones extraprocesales del juez

Magistrada doña Adela Asua Batarrita
Tribunal Constitucional de España

Letrado don Ignacio Borrajo Inieta
Servicio de estudios, biblioteca y documentación
Secretaría General
Tribunal Constitucional de España

1. Principios penales en la Constitución española

A) Preliminar

“[U]no de los principales objetos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta é imparcial. Esto es, que en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fe pueda estar seguro que obtendrá lo que solicita, ó que no será despojado de su propiedad ó perjudicado en sus intereses; y en las causas criminales, convencido el delincuente que nada podrá salvarle de la pena condigna á su delito, y el inocente, seguro de hallar en la ley todos los medios de triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos ... La reforma de las leyes criminales es sobre todo muy urgente, porque teniendo por objeto las acciones en que pueden interesarse inmediatamente la vida, la libertad y la buena reputación de las personas, toda dilación en su mejora es de la más grave trascendencia, todo error puede acarrear daños irreparables. De aquí se sigue que el arreglo de la potestad judicial en toda la extensión que comprehende la administración de justicia en lo civil y criminal exige mucha escrupulosidad y circunspección. No bastan leyes que arreglen los derechos entre los particulares, que castiguen los delitos y protejan la inocencia; es necesario que lo que disponen sea, según se ha dicho, executado irremisiblemente con prontitud é imparcialidad”.

Estas reflexiones del Discurso preliminar a la primera Constitución española, elaborada en Cádiz hace doscientos años y promulgada un 19 de marzo, día de San José, del venturoso año de 1812, sitúan perfectamente el tema de este encuentro de los Tribunales Constitucionales de Portugal, Italia y España. Existe un lazo esencial entre Constituciones y leyes penales, tanto sustantivas como procesales. Como escribió Saldaña, los sucesivos Códigos penales de España, y los aún más abundantes proyectos de Código, giran “como satélites y cometas alrededor de las Constituciones” (Quintiliano Saldaña: *La reforma del código penal*, 1920). Un somero repaso de la experiencia española (el Derecho no es lógica sino experiencia, llegó a decir el Justicia Oliver Wendell Holmes) lo acredita:

Es la Constitución de Cádiz la que alumbra nuestro primer Código penal, aprobado en 1822, cuando la Constitución de 1812 volvió a regir fugazmente durante el trienio

liberal. Las Constituciones de 1837 y 1845 tienen mucho que ver con el Código penal de 1848. La Gloriosa Revolución de 1868 y su Constitución, aprobada al año siguiente, dan lugar a la aprobación del Código de 1870, fiel reflejo de los nuevos postulados constitucionales. Fue promulgado con carácter provisional, lo cual quizá explica su longevidad: la Restauración canovista, plasmada en la Constitución de 1876, lo mantuvo vigente, a diferencia de la Dictadura instaurada en 1923, que preparó un código penal fiel a su ideario. La Constitución que instauró la II República, en 1931, dio también a luz su propio Código penal (1932), que murió con ella en la guerra civil. El régimen político nacido de esta contienda fratricida aprobó el Código penal de 1944 que, con sucesivas reformas, se ha mantenido en vigor hasta que la aprobación de la vigente Constitución española, en otro venturoso año, 1978, condujo al alumbramiento del vigente Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La reforma de las leyes procesales se ha mostrado más difícil que la de los códigos sustantivos. La Constitución de Cádiz dio lugar a la creación del poder judicial en España. Pero las salas y alcaldes del crimen, justicias y demás autoridades con competencias penales siguieron funcionando, mejor o peor, entre guerras, revueltas y asonadas. El Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835 que, en lo relativo a los procedimientos en materia criminal, se limitaba en gran medida a transcribir el título V de la Constitución de Cádiz, fracasó en su intento de insuflar los nuevos principios constitucionales en la maquinaria judicial heredada del antiguo régimen. Lo mismo cabe decir de la ley provisional dando reglas para la aplicación del Código penal de 1848 y de los numerosos proyectos elaborados y discutidos durante medio siglo, que no llegaron a ser aprobados. Haría falta una Gloriosa Revolución, y su Constitución de 1869, escrita con límpidos trazos liberales, para alumbrar una Ley de enjuiciamiento criminal en 1870 y 1872, nacida al compás de la provisional Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ambos textos legales durarían hasta la Constitución de 1978, no sin profundos cambios. La Ley de enjuiciamiento criminal sí fue decisivamente alterada por la Restauración canovista: fue necesario aprobar un nuevo texto, a partir de las bases de

1881, articulado mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Éste es el texto que se encuentra vigente en la actualidad.

Desde su aprobación, la Ley de enjuiciamiento criminal ha sido reformada en sesenta y seis (sí, 66) ocasiones, según nos informa el anteproyecto que acaba de ser presentado por el Ministerio de Justicia para llevar a cabo su reforma integral, sustituyendo su remendado texto por uno enteramente nuevo (Anteproyecto de 2011, cuyo texto se encuentra en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775266264/MuestraInformacion.html>). No deja de ser relevante que, del total de 66 modificaciones introducidas en la Ley de enjuiciamiento criminal, cuarenta y tres (43) de ellas han sido aprobadas después de la entrada en vigor de la Constitución en 1978.

Nada tiene de extraño que la aprobación de la Constitución española haya supuesto un “cambio radical” del Derecho penal vigente (Rodríguez Mourullo: *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, 2002, 13). Ni que se haya escrito que sería erróneo pensar que es la Ley de enjuiciamiento criminal la norma que regula el proceso penal: la “Constitución y su proyección a través de las sentencias del Tribunal Constitucional ha ido paulatinamente penetrando en todos los sectores del ordenamiento procesal penal hasta hacer irreconocible el texto literal” del viejo cuerpo legal (Ramos Méndez: *Enjuiciamiento criminal. Novena lectura constitucional*, 2010, 32-33).

Desde el inicio de su jurisdicción, el 14 de julio de 1980, el Tribunal Constitucional de España ha pronunciado miles de sentencias y de autos en materia penal. En ellos ha hecho real las previsiones de la Constitución de 1978 que atañen al sistema de justicia penal en España, que son muchas y variadas. El mismo hecho de establecer una democracia constitucional, donde impera la ley y la separación de poderes al servicio de los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos, altera en lo más hondo el sistema penal español.

En el plano cotidiano, hay dos derechos fundamentales que irradian con fuerza en esta materia: el derecho a la legalidad penal del artículo 25 de la Constitución y el conjunto de derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso justo de su artículo 24. El primero atañe especialmente al Derecho penal sustantivo, a quien también afectan de lleno distintos derechos y libertades sustantivos: el derecho a la vida, con la concomitante abolición de la pena de muerte (art. 15 CE); los derechos a la

libertad personal y a la intimidad personal y familiar (arts. 17 y 18 CE); o los derechos a participar en los asuntos públicos, de asociación, de reunión y de expresión (arts. 20 a 23 CE) son, quizá, los más significativos.

Los derechos fundamentales afectan de lleno al edificio institucional de la justicia penal: desde luego los derechos procesales, enunciados en el artículo 24 de la Constitución (en términos equiparables a los arts. 24 y 25 de la Constitución italiana y al art. 20 de la Constitución portuguesa, todos ellos resonando con el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, «Boletín Oficial del Estado» número 243, de 10 de octubre de 1979, y núm. 108, de 6 de mayo de 1999); pero también los derechos sustantivos, que afectan de lleno al proceso penal y a sus aledaños. No hay quizá mejor ilustración de este aserto que observar que el primer efecto que produjo en la vida real la entrada en vigor de la Constitución española, en la medianoche del día 29 de diciembre de 1978, fue la entrada de abogados en las comisarías de policía para asistir a los detenidos en las dependencias policiales, en aplicación directa de las garantías contenidas en el artículo 17 de la nueva Constitución.

Por estas razones, y dada la inmensidad del tema, este informe se va a centrar en los aspectos procesales del Derecho penal. Además, se ha seguido un hilo conductor para mantener este informe con un contenido asumible y, al mismo tiempo, actual y con interés de futuro: las resonancias y disonancias de la doctrina constitucional española con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

B) El alcance territorial de los derechos fundamentales

Con carácter preliminar, quizá no esté de más observar que la doctrina constitucional que se expone en este informe no atañe exclusivamente al sistema de justicia penal de España. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en determinados casos, los derechos fundamentales tienen un alcance extraterritorial. Y lo ha hecho en situaciones nacidas de la aplicación de las leyes penales y, en algún caso, con relación a Italia.

Este alcance atañe, en primer lugar, a los poderes públicos españoles cuando actúan fuera del territorio nacional. Así lo dejó aclarado la Sentencia 21/1997, de 10 de febrero, que conoció de la privación de libertad impuesta a la tripulación de un buque, que había sido abordado y registrado por la policía española en aguas internacionales del océano Atlántico por sospecharse que era utilizado para el tráfico de cocaína. Tras confirmar esa sospecha, los marineros habían sido detenidos durante dieciséis días, hasta que la nave arribó a puerto y fueron conducidos a presencia del juez; periodo de tiempo que manifiestamente rebasa los plazos fijados por el artículo 17 de la Constitución. Pero antes de analizar la cuestión de fondo, la sentencia no dejó de precisar que, aunque las autoridades españolas habían actuado “fuera de los límites del territorio español —pues la alta mar es un espacio marítimo exterior al mar territorial y a las aguas interiores españolas”, su actuación “no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) y, en particular, al respeto de los derechos y libertades que nuestra Norma fundamental reconoce y garantiza” (STC 21/1997, FJ 2).

El fundamento de este principio de extraterritorialidad fue explicitado por la Sentencia 21/1997 en términos muy influidos por la jurisprudencia europea: “es procedente recordar aquí, de un lado, que ‘los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer *ad intra* sus atribuciones’, como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4, y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes. De otro lado, si el mandato del art. 10.2 CE impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el Título I del Convenio reconoce en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio estatal (asunto *Drozd y Janousek c. Francia y España*, Sentencia de 26 de junio de 1992 y asunto *Loizidou c. Turquía*, Sentencia de 23 de marzo de 1995),

presupuestos que indudablemente concurren en el presente caso, dado que nos encontramos ante una actividad realizada por autoridades españolas en un espacio situado más allá del territorio español, como antes se ha dicho”.

El diálogo entre Tribunales no se ha interrumpido aquí. El Tribunal de Estrasburgo, cuando ha tenido que abordar (nunca mejor dicho) el mismo problema de interceptación de barcos en alta mar por parte de Estados europeos, ha tenido expresamente en cuenta el criterio del Tribunal español (ATEDH *Rigopoulos c. España*, de 12 de enero de 1999, asunto 37388/97; SSTEDH *Medvedyev c. Francia*, de 10 de julio de 2008 y de 29 de marzo de 2010, asunto 3394/03).

Los derechos fundamentales que enuncia la Constitución española surten efectos fuera del territorio español en otro sentido: limitando la cooperación que las autoridades españolas pueden ofrecer a las de otros Estados europeos o extranjeros. La jurisprudencia española sostiene que el procedimiento de extradición “exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994, FJ 4, 141/1998, FJ 1, y 91/2000, FJ 6)”. Ese deber judicial se va tornando más acusado “en función de la mayor transcendencia de los derechos e intereses del reclamado que están en juego, de modo que alcanza una amplia exigencia cuando se trata de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento (por todas, SSTC 13/1994, FJ 4, y 91/2000, FJ 7), y que tienen una especial relevancia y posición en nuestro sistema (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4), e, incluso, tal elevada exigencia ha de

graduarse en función del derecho o derechos fundamentales que puedan resultar afectados, de modo que, necesariamente alcanzará una especial intensidad cuando sean los reconocidos en el art. 15 CE los que se encuentren en esa situación o, también desde otra perspectiva, cuando se incida sobre lo que en la STC 91/2000 denominamos contenido absoluto de los derechos fundamentales” (STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2).

En efecto, la STC 91/2000, de 30 de marzo, otorgó amparo a una persona, acusada y condenada por el Estado de graves delitos como miembro activo de una mafia, y cuya extradición había sido concedida por la Audiencia Nacional. La Sentencia se fundó en que la Constitución garantiza de forma absoluta (sea cual fuere el foro competente) el derecho de quien ha sido condenado a penas graves, sin estar presente en el juicio, a una ulterior posibilidad procesal de impugnación de la condena; no es contrario al art. 24.2 CE acceder a la extradición solicitada por países que den validez a condenas a penas graves dictadas en ausencia, siempre que la concesión de la extradición quede sometida a la condición de que el condenado pueda impugnar la condena para salvaguardar sus derechos de defensa. Dicha declaración se completó con la apreciación de que la simple falta de comparecencia del imputado en el juicio penal no permite inferir una renuncia voluntaria al derecho a la autodefensa.

Antes de resolver sobre el fondo, la Sentencia 91/2000 razonó en qué términos el respeto de los derechos fundamentales enunciados por la Constitución española podía llegar a afectar a la colaboración con otros Estados, “pese a que la Constitución española rige solamente en el territorio nacional”. Sistematizando la jurisprudencia anterior, la sentencia reafirmó que “los poderes públicos españoles pueden vulnerar ‘indirectamente’ los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras” (FJ 6); y determinó “hasta qué punto y con qué criterios los Tribunales españoles pueden y deben examinar la regularidad constitucional de la actuación de los poderes públicos de otros Estados” (FJ 7).

El “control del Poder Judicial español (y, en su caso, del Tribunal Constitucional) sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero se basa en que la sujeción a esos mismos derechos del propio Poder Judicial

... no desaparece cuando la actuación del juez español produce un riesgo relevante de vulneración de los derechos fundamentales por parte de los órganos de un Estado extranjero o ejecuta resoluciones de tales órganos vulneradoras de dichos derechos”. Esta posibilidad de vulneraciones “indirectas”, por parte de los poderes públicos españoles, provoca una paradoja: pues “la apreciación de si los Tribunales nacionales han vulnerado o no la Constitución se basa en una valoración previa, relativa a si la actuación pasada o futura de los órganos de un Estado extranjero (obviamente no sometidos a la Constitución española) resulta o puede resultar vulneradora de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, hasta el punto de invalidar el principio general de excluir toda indagación al respecto”.

La razón de ser de esta eficacia externa de los derechos fundamentales consiste en su alcance universal. La “Constitución española de 1978, al proclamar que el fundamento ‘del orden político y de la paz social’ reside, en primer término, en ‘la dignidad de la persona’ y en ‘los derechos inviolables que le son inherentes’ (art. 10.1) expresa una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables”. Esto no conlleva la aplicación uniforme de la totalidad de los derechos enumerados en el texto español: sólo algunos derechos, y sólo en las facetas que forman su contenido esencial, se proyectan *ad extra* en virtud de su validez universal, formando lo que “pudiéramos denominar ‘contenido absoluto’” de la Constitución española.

“Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la [Constitución española] proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos. — Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España,

a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)” (FJ 7).

La Sentencia 91/2000 tiene cuidado de advertir que “al contenido absoluto de los derechos fundamentales ... no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia” (FJ 8). Así, en relación con el caso resuelto, afirma que no son “todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE las que pueden proyectarse sobre la valoración de la actuación pasada o futura de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad ‘indirecta’ de la actuación de la jurisdicción española; sino sólo sus principios básicos o, dicho de otro modo, la esencia misma del proceso justo”.

Como puede apreciarse, esta jurisprudencia se apoya decisivamente en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. La afirmación del alcance extraterritorial de los derechos sigue explícitamente la Sentencia de 7 de julio de 1989, caso *Soering*, que declaró que “el hecho de que el [Convenio europeo de derechos humanos] tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras. — En efecto, según se afirma en dicha resolución, en principio el ámbito de aplicación del [Convenio europeo] se halla territorialmente limitado: en particular, el compromiso de los Estados signatarios se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama. Además, ni el Convenio rige los actos de terceros Estados ni pretende exigir a los firmantes que impongan a aquéllos sus normas, ni, por otra parte, puede entenderse que consagra un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH. — Sin embargo, estas consideraciones no relevan a los Estados contratantes de su responsabilidad (en el caso, a tenor del art. 3 CEDH) por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de su jurisdicción (núm. 86)” (STC 91/2000, FJ 6).

Tiene también en cuenta la jurisprudencia de otros países: “igualmente, respecto a los valores esenciales reconocidos en sus respectivas Constituciones, se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (Sentencia de 2 de junio de 1992) como —y ese dato resulta aquí especialmente significativo— la Corte Constitucional de la propia República de Italia (Sentencia de 25 de junio de 1996), al declarar contraria a su Constitución la entrega a Estados Unidos de un condenado a muerte” (FJ 8).

El Tribunal español es consciente de los distintos derechos fundamentales en juego: “Ciertamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza esa afirmación en el marco de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes que, como con razón se destaca, constituye uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Pero no se refiere sólo a ellas; sino que en otro lugar de la misma Sentencia [*Soering*, párrafo 113] se señala que ‘tal como lo consagra el artículo

6' (del Convenio) 'el derecho a un proceso penal equitativo ocupa un lugar preeminente en una sociedad democrática' y no queda, por tanto, excluido que una decisión de extradición pueda plantear un problema de vulneración del Convenio cuando el fugitivo haya sufrido o exista peligro de que sufra una 'flagrante denegación de justicia'. Afirmación que se repite en resoluciones anteriores y posteriores (*Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985; *FCB c. Italia*, 28 de agosto de 1991; caso *T. c. Italia*, 12 de octubre de 1992; *Poitrimol c. Francia*, 23 de noviembre de 1993; *Pelladoah c. Holanda*, 22 de septiembre de 1994; *Lala c. Holanda*, 22 de septiembre de 1994 y *Guerin c. Francia*, 29 de julio de 1998)" (FJ 8).

El firme criterio de la Sentencia 91/2000 se ha mantenido en sucesivas resoluciones, sin mayor controversia (SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre, por ejemplo). Donde sí ha surgido ésta ha sido al aplicar la doctrina, nacida al calor del control de extradiciones, a las órdenes europeas de detención y entrega.

La Sentencia 177/2006, de 5 de junio, es consciente de que la Decisión Marco relativa a la a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI, de 12 de junio de 2002) "ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia (v. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 de septiembre de 2003 —*Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española*, C-405/01— y de 30 de junio de 2005— *Tod's SpA, Tod's France SARL y Heyraud SA*, C-28/04)" (FJ 5). Pero no tuvo dudas en otorgar el amparo, en aplicación de la doctrina nacida en la STC 91/2000, de 30 de marzo, porque la euroorden en cuestión tenía por objetivo el cumplimiento de una pena de prisión por tiempo de veinte años que había sido impuesta al reclamado por un tribunal francés en su ausencia; y que el tribunal español no estableció, como condición para acceder a la entrega del recurrente, la exigencia de que dicha condena pudiera ser revisada (FJ 7).

La Sentencia 177/2006 tiene cuidado en subrayar dos puntos: Primero, que se trata de salvaguardar una garantía constitucional: "Cierto es que ni la Decisión Marco del

Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición *sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada. Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto”.

Segundo, e igualmente importante, que el fallo del Tribunal español no cuestiona la validez de la normativa de la Unión Europea: “Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega ‘se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía’, la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite ‘con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución’, entre otras, a la condición de que ‘la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista’. Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos Ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho” (FJ 7).

Aunque la ejecución del fallo de la Sentencia 177/2006, de 5 de junio, no estuvo exenta de problemas (como muestra la STC 37/2007, de 12 de febrero), el criterio fue seguido sin fisuras hasta el año 2009 (véase SSTC 37/2007, recién citada, y 120/2008, de 13 de octubre). En ese año, sin embargo, la Unión Europea modificó su legislación para reforzar las entregas entre Estados miembros, en casos de condenas dictadas en

rebeldía (Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado). Eso dio lugar a que la Sentencia 199/2009, de 28 de septiembre, que volvió a amparar a una persona entregada mediante euroorden para cumplir una pena de prisión dictada en ausencia (en el caso, a Rumanía), fuese acompañada por dos Votos particulares.

Con distintos argumentos, los dos Votos insisten en que la orden europea de detención y entrega es una figura jurídica distinta a la extradición; que se encuentra regulada por la legislación de la Unión Europea, que está siendo cuestionada de modo implícito pero inequívoco cuando se otorga amparo impidiendo la entrega; y que un Estado no puede imponer a los demás miembros de la Unión Europea su parámetro de protección de los derechos fundamentales. Además de replantear el fondo (si realmente supone indefensión la situación en la que un acusado, debidamente emplazado, decide libremente renunciar a estar presente en el juicio oral y deja su defensa en manos de un abogado de su libre elección), los votos particulares plantearon la conveniencia de suscitar cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley española que incorporó la euroorden o, incluso, cuestión prejudicial sobre la Decisión marco.

Finalmente, en un caso análogo de entrega en virtud de euroorden para cumplir pena de prisión impuesta en una condena dictada en ausencia del reo, el Tribunal español ha suscitado su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Auto de Pleno 86/2011, de 9 de junio, suspende la tramitación del recurso de amparo y plantea al Tribunal de Luxemburgo las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1ª. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”.

“2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”.

“3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

No es necesario enfatizar la importancia que tiene, tanto el planteamiento de la cuestión prejudicial en sí como el contenido de las dudas de interpretación y de validez suscitadas por el Tribunal español, que se encuentran pendientes de respuesta por parte del Tribunal de la Unión (asunto núm. C-399/11, “Diario Oficial de la Unión Europea” de 1.10.2011, C 290/5).

2. El proceso penal

A) El carácter central del juicio oral

Todas las garantías constitucionales convergen en el acto del juicio oral y público, en el que cualquier persona acusada de haber cometido un delito tiene derecho a defenderse ante un tribunal independiente e imparcial. Desde la capital Sentencia 31/1981, de 28 de julio, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el carácter esencial del juicio: el veredicto del tribunal penal sobre la culpabilidad o inocencia del acusado debe fundarse en «las pruebas practicadas en el juicio», como establece la Ley de enjuiciamiento criminal; además, el acto del juicio debe ser celebrado con todas las garantías y en él se debe asegurar que los derechos constitucionales han sido respetados a todo lo largo del proceso penal. En el caso, se otorgó el amparo porque la

única prueba de cargo, la confesión del detenido, no había sido reiterada ni ratificada ante el órgano judicial; y, además, había sido obtenida en comisaría sin la asistencia de Abogado, incorporando a un proceso penal posterior a la entrada en vigor de la Constitución un medio de prueba sin las garantías que la propia Constitución establece en su artículo 17.

Este fallo, que treinta años después se lee con absoluta normalidad, supuso un cambio tectónico en el sistema jurídico español, como pone de manifiesto el Voto particular a la Sentencia 31/1981. Hasta entonces, la confesión seguía siendo la prueba reina del proceso penal; y las investigaciones policiales, en su caso ratificadas durante la instrucción judicial del sumario, eran determinantes para fijar los hechos de la causa. El juicio oral quedaba relegado a un debate técnico jurídico, donde se discutían cuestiones jurídicas o, a lo sumo, los elementos fácticos que obraban en las actuaciones del sumario.

Sin embargo, por influjo de la jurisprudencia constitucional, el juicio oral ha ido cobrando la importancia que le quiso dar la Ley de enjuiciamiento criminal vigente. Cuyo texto, aunque aprobado en 1882, sigue los principios garantistas introducidos por las Constituciones de 1812 y, especialmente, la de 1869, bajo cuyo imperio se elaboró y promulgó la primera Ley de enjuiciamiento criminal española, la de 1872, que está en el origen del texto refundido vigente.

No obstante, la centralidad del juicio oral no se debe simplemente a lo que dispone la legislación procesal, sino la Constitución misma. Pues aunque la citada Ley de enjuiciamiento criminal, frente al sistema inquisitivo precedente, introdujo en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de publicidad, oralidad e inmediación, en la actualidad estos principios son de raíz constitucional, al haber sido incorporados por la Constitución misma (arts. 24 y 120). Como dijo con claridad la Sentencia 137/1988, de 7 de julio, “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”. Garantías que la Constitución española reconoce en consonancia con los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado, con el fin de garantizar

un proceso penal justo o equitativo (art. 6.3 del Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, y art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966), como ha subrayado una abundante jurisprudencia (desde la STC 101/1985, de 4 de octubre).

Hay dos sentencias constitucionales que ilustran con claridad el papel esencial que el juicio oral desempeña en el proceso penal de conformidad con la Constitución. En la Sentencia 4/2004, de 16 de enero, se otorgó amparo porque una Audiencia Provincial había anulado un juicio, y la consiguiente sentencia, por una razón formal: que el acta del juicio se había extraviado. Además, se daba la circunstancia de que la sentencia había absuelto al acusado. La Sentencia 4/2004 sostiene que “hemos de declarar vulnerados los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), pues no hay norma alguna en el ordenamiento que permita la anulación de una Sentencia absolutoria con retroacción de actuaciones sin haberse producido una infracción de reglas esenciales del proceso justo en perjuicio de los acusadores particulares y, consecuencia de ello, también de su derecho a no ser sometido dos veces a proceso penal por los mismos hechos al reabrirse la primera instancia sin que se hubiera denunciado en el recurso de apelación ninguna quiebra esencial del procedimiento determinante de la retroacción de las actuaciones”. La sentencia constitucional enfatiza que “la anulación de una Sentencia penal absolutoria con retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral ante el mismo órgano judicial que juzgó el hecho por primera vez, debido a las trascendentales consecuencias que produce para el absuelto que se ve obligado a someterse a un nuevo juicio por los mismos hechos, sólo puede producirse cuando dicha Sentencia se haya dictado en un proceso cuya sustanciación haya adolecido de quiebras procesales esenciales causantes de indefensión en las partes acusadoras que hayan sido aducidas por éstas en los pertinentes recursos”.

Este fallo permite advertir que las distintas partes del proceso penal reciben un grado de protección constitucional diferente: desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe una “notable diferencia” entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5). Los acusados disponen de un conjunto específico de garantías,

cuidadosamente enumeradas en el apartado 3 del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos, así como la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH). Quienes toman parte en el proceso penal como acusadores, por el contrario, sólo están protegidos por los derechos genéricos a la tutela judicial efectiva.

Es doctrina constitucional que el Ministerio Fiscal carece del derecho de defensa reconocido expresamente en el art. 24.2 CE, dado que la esencia y finalidad principal de su función procesal viene constituida por "el ejercicio del *ius puniendi* del Estado mediante la acción penal y no la protección de los derechos y libertades del ciudadano" (ATC 63/1997, de 6 de marzo; SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5). Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el reconocimiento de dicho diferente estatus constitucional entre partes acusadas y acusadoras de un proceso penal no supone negar a la acusación particular la protección constitucional que las garantías ancladas en el art. 24 CE brindan, pues esta norma "incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos sus partícipes" (STC 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Por ello, ponderando, de una parte, la trascendencia constitucional de la sentencia penal absolutoria y el reforzado estatuto constitucional del acusado y, de otra, la necesidad de no excluir absolutamente de las garantías del art. 24 CE a la acusación particular, la jurisprudencia ha concluido en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, con el resultado de anular una resolución judicial penal absolutoria (auto de sobreseimiento o archivo o sentencia), con orden de retroacción de actuaciones, sólo en caso de que se haya quebrantado "una regla esencial del proceso justo en perjuicio de la acusación": el desarrollo de las actuaciones procesales sin las garantías consustanciales al proceso justo no permite hablar de proceso en sentido propio, ni puede permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable. En aplicación de esta idea, se han anulado juicios orales penales por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC 116/1997, de 23 de junio); por haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal (STC

16/2001, de 29 de enero); porque se sustanció el recurso de queja dando lugar al auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante (STC 178/2001, de 17 de septiembre); por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio); por haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la sentencia un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre).

En esta línea jurisprudencial se inserta la Sentencia 168/2001, de 16 de julio, que pone asimismo de realce la trascendencia del juicio oral. Allí se otorgó amparo porque, por una combinación de factores procesales, se había dictado sentencia firme sin que se hubiera llegado a celebrar el juicio oral: el Juzgado absolvió a la acusada por una razón procesal y, luego, la Audiencia falló el fondo de la causa sin que, en ningún momento, se hubiera desarrollado juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo. Es esencial que tenga lugar el juicio oral, “en el que las partes, acusadora y acusada, puedan formular sus alegaciones y proponer y practicar sus pruebas”; dictar sentencia de fondo “sin previa celebración del juicio” implica de por sí una extrema irregularidad, en la que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha quedado absolutamente desconocido; al propio tiempo, esa “gravísima vulneración lo es también directamente del art. 24.1 CE, en cuanto se ha privado al demandante de la posibilidad de alegar y probar en el juicio en régimen contradictorio y de igualdad procesal en defensa de su interés”.

La jurisprudencia muestra que el carácter público es esencial en todo juicio. La importante Sentencia 96/1987, de 10 de junio, otorgó amparo porque el juicio penal se había llevado a cabo dentro de un establecimiento penitenciario, donde se habían producido los hechos por los que habían sido inculcados varios funcionarios, y donde existían restricciones de acceso al público por razones de seguridad. La publicidad del juicio “ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia”: sirve para “proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares

del Estado de Derecho”. La sentencia constitucional no deja de anotar que la previsión del art. 24.2 de la Constitución coincide con lo dispuesto por el Convenio europeo de derechos humanos, en su artículo 6. Y tiene muy en cuenta la jurisprudencia dictada en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (citando, en particular, las Sentencias en los casos *Pretto* y *Axen*, ambas de 8 de diciembre de 1983).

La primera Sentencia en esta materia, 30/1982, de 1 de junio, declaró contrario a la Constitución la negativa de un Tribunal a que asistiera al juicio un determinado periódico, por no estar conforme con la forma en que venía dando noticias sobre la causa incoada para enjuiciar a los autores del golpe de Estado del 23-F de 1981. El principio de publicidad de los juicios “implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo”. Este criterio fue ampliado por las Sentencias 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, que declararon que, en defecto de regulación legal expresa, no era posible prohibir el uso de medios técnicos de comunicación, tales como cámaras fotográficas o de televisión, en las vistas de los juicios celebrados ante el Tribunal Supremo. Es evidente que la utilización de esos medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos relativos a intereses colectivos: pero el conflicto con el principio de publicidad y con el derecho a la libertad de información “deberá resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación”, no mediante una prohibición absoluta de carácter general.

B) Cuestiones relativas a los recursos penales

La práctica jurisprudencial es mucho más abundante en materia de recursos contra las sentencias que del momento esencial constituido por el juicio oral. Eso es debido a que la recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

contradice lo que ha venido siendo la práctica secular de los Tribunales penales españoles, especialmente en materia de apelaciones penales.

Con carácter general, la Constitución española no garantiza el derecho a ningún recurso o segunda instancia judicial. El núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) consiste en el acceso a la justicia, que queda satisfecho con una resolución judicial sobre el fondo del asunto o, en su caso, de inadmisión mediante una aplicación razonada de una causa legal. Pero, en cambio, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales solo se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que recibe en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, con una única salvedad: las sentencias penales condenatorias (desde la STC 37/1995, de 7 de febrero; por ejemplo, SSTC 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 62/1997, de 7 de abril, FJ 2; 162/1998, de 14 de julio, FJ 3; 121/1999, de 28 de junio, FJ 3; 114/2008, de 29 de septiembre, FJ 3).

Quien ha sido condenado penalmente tiene derecho constitucional, no meramente legal, a un recurso. Esta garantía constitucional no está escrita en el texto de la Constitución; pero queda integrada en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (que España ratificó en 1977, BOE de 30 de abril, y su Protocolo facultativo en 1985, BOE 2 de abril: en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6). En cuanto a su alcance, del propio tenor literal del art. 14.5 PIDCP (“[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”), se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la

ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

La jurisprudencia española ha admitido y reiterado la aptitud del recurso de casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que “existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto 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 primera 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. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado”. Esta interpretación se ha apoyado en el tenor literal del Pacto y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (especialmente, STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*: SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; 48/2008, de 11 de marzo, FJ 2).

En este punto, la jurisprudencia española no ha seguido algún dictamen aislado del Comité de Derechos Humanos de la ONU que parecía sostener lo contrario. Ha explicado que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales; y que sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que ni el Pacto ni su Protocolo facultativo le otorgan tal competencia. Por lo demás, el mandato del art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). Tampoco es posible aceptar que los Dictámenes del Comité tengan fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales (STC

116/2006, de 24 de abril, FFJJ 4 y 5). En cualquier caso, el Tribunal español no ha dejado de tomar nota de que en varios casos, el Comité ha considera adecuada la revisión de condenas y penas llevada a cabo por el Tribunal Supremo español en sendos recurso de casación (decisiones de inadmisión de 29 de marzo de 2005, comunicación núm. 1356-2005, *Parra Corral c. España*; de 25 de julio de 2005, núm. 1399-2005, *Cuartero Casado c. España*; de 25 de julio de 2005, núm. 1389-2005, *Bertelli Gálvez c. España*; de 28 de octubre de 2005, núm. 1059- 2002, *Carvallo Villar c. España*: véase la STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 6).

Este derecho al recurso penal de raíz constitucional protege exclusivamente al reo de un proceso, y en la medida en que haya sido condenado (STC 33/1989, de 13 de febrero). Quien resulta absuelto o, más en general, las restantes partes del proceso penal, no tienen derecho constitucional a la garantía del recurso penal frente a resoluciones condenatorias como parte de su derecho a un proceso con todas las garantías, sino, más limitadamente, un derecho al recurso legalmente establecido como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 2).

El legislador sigue siendo libre para configurar el sistema de recursos en materia penal, como en los restantes órdenes jurisdiccionales, una vez asegurado el derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta. Es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, a salvo la singularidad del ámbito penal (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, o 120/2009, de 18 de mayo, FJ 2)

La Constitución no impone al legislador el deber de crear recursos respecto a sentencias penales. Tampoco le obliga a configurar los recursos penales que cree de una manera o de otra: como apelación plena, donde deban practicarse necesariamente nuevas pruebas cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados; o como apelación limitada, como establece la legislación

vigente, que solo permite practicar pruebas no realizadas en el juicio oral (art. 795 LECrim, hoy 790); o como casación, en que no cabe ninguna prueba nueva. Estos son aspectos “que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales” (STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 5).

Todas estas cuestiones se han puesto en ebullición como consecuencia de recibir en el Derecho español la jurisprudencia del Consejo de Europa sobre garantías en sede de recurso penal. La Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, cambió expresamente el criterio seguido hasta entonces, que admitía la práctica secular de que las Salas de apelación en las Audiencia Provinciales entrasen a valorar nuevamente las pruebas practicada en el juicio oral ante el Juzgado, y corrigiesen los errores de hecho que en su valoración hubiere cometido el tribunal de primera instancia. Tuvo en cuenta la doctrina sentada por la STEDH *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988, y su progenie (son de especial relevancia las SSTEDH de 26 de julio de 2002, asunto *Metfah y otros contra Francia*; de 29 de octubre de 1991, *Jan - Ake Andersson contra Suecia*; de 29 de octubre de 1991, *Fejde contra Suecia*; de 8 de febrero de 2000, *Cooke contra Austria*; de 27 de junio de 2000, *Constantinescu contra Rumania*; de 15 de julio de 2003, *Arnarsson contra Islandia*; de 6 de julio de 2004, *Dondarini contra San Marino*; y de 18 de octubre de 2006, *Hermi contra Italia*).

Es doctrina firme desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, reiterada en numerosos pronunciamientos, que el Tribunal de apelación no puede condenar, a quien resultó absuelto en la instancia, valorando una prueba de cargo sin intermediación, y tampoco sin contradicción ni publicidad: “en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación y la contradicción” (STC 167/2002, FJ 1 *in fine*).

La *ratio* de la STC 167/2002 consiste en que, si la Audiencia Provincial procede “a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de intermediación y contradicción”, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (FJ 11). A la misma conclusión y por la misma razón se llega en numerosas

Sentencias posteriores: la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que la nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, 198/2002, y 200/2002, de 28 de octubre; 41/2003, de 27 de febrero; 4/2004, de 16 de enero; 31/2005, de 14 de febrero; 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 49/2009, de 23 de febrero; 132/2009, de 1 de junio, entre otras muchas). Así, ha de considerarse vulnerado el artículo 24 de la Constitución cuando la sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria y esta última resolución se basa en una apreciación diferente de las declaraciones personales. Lo mismo cabe decir de una sentencia de apelación que agrava la situación del reo, en el supuesto de que hubiera sido ya condenado por el Juzgado.

En definitiva, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) incluye la exigencia de que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. Por ende, queda vedado al órgano de apelación que condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que empeore su situación si fue condenado, si para ello fija un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas cuya práctica exige la inmediación del órgano judicial: esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Por tanto, este límite constitucional no resulta aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues su subsunción típica no precisa de la inmediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado (STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 5, reiterada en las SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 4;

256/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4; y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4).

Tampoco está limitada por la garantía constitucional la condena en segunda instancia que se funda en una nueva y distinta valoración de prueba documental, como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez *a quo* cuando procedió a su valoración (SSTC 198/2002, de 26 de octubre, o 40/2004, de 22 de marzo). En relación con la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen, esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (SSTC 143/2005, de 6 de junio, y 75/2006, de 13 de marzo). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, 360/2006, de 18 de diciembre, y 21/2009, de 26 de enero). Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediatez; pero se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del Juzgado sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC 170/2005, de 20 de junio, 36/2008, de 25 de febrero, y 24/2009, de 26 de enero).

En esta abundante corriente jurisprudencial descuellan dos aportaciones. La Sentencia 120/2009, de 18 de mayo, niega que la Sala de apelación pueda corregir la valoración de pruebas personales, realizada por la sentencia absolutoria de instancia, tras ver la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juzgado. El progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido no colma la garantía

de la inmediación, que consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración; en la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, permite apreciar “la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho”.

Por su parte, la Sentencia 184/2009, de 7 de septiembre, acentúa la exigencia de que el acusado sea oído por el Tribunal de apelación, si es éste el que finalmente va a condenarlo. En el caso, no se había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías porque la divergencia entre la sentencia absolutoria del Juzgado y la condenatoria, pronunciada por la Audiencia, se circunscribió a una cuestión puramente jurídica, ajena a la valoración de las pruebas personales. Sin embargo, se otorgó amparo porque la audiencia del acusado en la segunda instancia (con independencia de la naturaleza —personal o no— de las pruebas que, en su caso, hubieran de ser valoradas por el órgano judicial que conoce del recurso), es parte integrante del derecho de defensa, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. La Sentencia 184/2009 sigue explícitamente la STEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*.

3. La presunción constitucional de inocencia

A) Ideas generales

El derecho fundamental que todos poseemos a ser presumidos inocentes, enunciado en el último inciso del apartado 2 del artículo 24 de la Constitución española, es el cimiento de todo el sistema punitivo y, especialmente, del acto del juicio oral. El derecho ha sido perfilado en España por una caudalosa jurisprudencia —constitucional y penal—, a partir de la Sentencia 31/1981, de 28 de julio.

Como vimos, esta resolución hizo gravitar todo el proceso penal sobre el juicio oral. La razón es que solo en el juicio se practican verdaderas pruebas, que son las que pueden destruir la presunción constitucional de inocencia. Y formuló el significado de esta presunción en términos repetidos desde entonces: “El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la [Ley de enjuiciamiento criminal], supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado” (FJ 3).

La continuada vigencia de esta doctrina se atestigua en numerosas sentencias, entre las que puede citarse la Sentencia 126/2011, de 18 de julio: «Venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “sólo cabrá constatar

la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (FJ 2). Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que “no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente 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 este Tribunal una tercera instancia” (por todas, STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2). De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia “ha de partir de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad” [entre otras, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 a) y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4], advirtiendo que esta supervisión externa que hemos de realizar para apreciar la razonabilidad del expresado discurso ha de ser “extraordinariamente cautelosa”, pues, en rigor, “la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él” (STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 6). Esta imposibilidad de revisar por parte de este Tribunal Constitucional los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, en la forma expuesta, resulta fundamentada, además, tanto por la prohibición legal de que el Tribunal Constitucional 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» (STC 126/2011, FJ 21.a).

La jurisprudencia ha precisado las distintas vertientes del derecho fundamental. Como sistematiza la Sentencia 109/1986, de 24 de septiembre: “El derecho a ser presumido

inocente, que sanciona y consagra el apartado 2 del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada ‘presunción de inocencia’, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. De este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos” (FJ 1).

B) La inocencia como regla de juicio

La jurisprudencia española ha dedicado principalmente su atención al aspecto procesal, donde la presunción de inocencia actúa como regla de juicio que limita al juez penal en el momento de dictar condena. En este plano son incontables los pronunciamientos recaídos. De entre sus distintas ramas, cabe destacar las siguientes:

La exigencia de que la prueba sea de cargo o incriminatoria es elemental: como el Tribunal Constitucional no valora las pruebas, solo quedan excluidas como pruebas de cargo susceptibles de romper la presunción de inocencia las pruebas que de manera patente son ajenas a los hechos enjuiciados, como cuando el único testigo de cargo que depone en el acto del juicio no presencié los hechos (STC 140/1991, de 20 de junio, FJ 4), o ninguno de los testigos reconoce al acusado (STC 82/1992, de 28 de mayo, FJ 4.c). La prueba de cargo no sólo debe acreditar la comisión de unos hechos

delictivos, sino la participación del acusado en dichos hechos: así, en la Sentencia 124/1990, de 2 de julio, se otorgó el amparo porque la prueba de que determinadas joyas habían sido robadas no es suficiente para permitir la imputación del hecho al acusado. Finalmente, la jurisprudencia constitucional exige que la prueba acredite los distintos elementos que forman el tipo penal, por lo que si no se prueba en el juicio que hubo fuerza en las cosas o violencia en las personas, no puede imponerse condena por delito de robo, sino de hurto (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 3.e; 25/1988, de 23 de febrero, FJ 1, y 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2).

Un elemento determinante de la garantía constitucional de la inocencia consiste en calibrar qué diligencias llevadas a cabo por el Juzgado de Instrucción al instruir la causa penal, o incluso antes por la policía, al preparar el atestado, o el Ministerio fiscal en diligencias preliminares, pueden ser presentadas como pruebas de cargo. Las reglas esenciales quedaron claramente expresadas en la Sentencia 80/1986, de 17 de junio: “los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos que sean de imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa. Esta segunda idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles esa eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción” (FJ 1).

La jurisprudencia ha prestado especial atención a los dos supuestos previstos por la Ley de enjuiciamiento criminal para aportar como prueba, en el acto del juicio oral, diligencias de investigación realizadas con anterioridad: las que resultan de imposible práctica (art. 730 LECrim) y las que permiten detectar contradicciones entre las declaraciones efectuadas en el acto del juicio y con anterioridad (art. 714 LECrim).

En cuanto a los diversos medios de prueba, la jurisprudencia ha ido precisando diversos puntos polémicos o delicados. Se admite la validez de fallos condenatorios apoyados en un solo testigo de cargo, desde la STC 55/1982, de 26 de julio. El único

testigo puede ofrecer testimonio válido de cargo incluso en situaciones conflictivas, como son normalmente las declaraciones cruzadas entre los distintos conductores o peatones involucrados en accidentes de tráfico (con especial claridad, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre; 211/1991, de 11 de noviembre, o 283/1993, de 27 de septiembre). La jurisprudencia ha aceptado como prueba de cargo, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, el testimonio ofrecido por la víctima del delito (STC 44/1987, de 9 de abril; 201/1989, de 30 de noviembre, o 173/1990, de 12 de noviembre). Doctrina constitucional que ha sido afirmada, incluso, en situaciones límite, como es la de las declaraciones prestadas por menores de edad en relación con un delito sexual (STC 44/1989, de 20 de febrero).

La jurisprudencia ha aceptado igualmente la validez de los testimonios de referencia, haciendo posible que los tribunales penales tengan un gran margen en la aplicación del art. 710 LECrim, a partir de la Sentencia 217/1989, de 21 de diciembre (como muestran las SSTC 384/1993, de 21 de diciembre; 79/1994, de 14 de marzo, y 261/1994, de 3 de octubre). Aunque la posibilidad de ofrecer el testimonio de personas que no comparecen al juicio tiene sus límites, como señalan las Sentencias 303/1993, de 25 de octubre, y 35/1995, de 6 de febrero.

También se admite que, a falta de prueba directa de cargo, un pronunciamiento condenatorio pueda sustentarse en prueba indiciaria, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre. Para respetar el derecho a la presunción de inocencia, no obstante, deben cumplirse varios requisitos: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda comprobar 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 explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21

de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad 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 (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3).

La jurisprudencia constitucional ha aceptado, asimismo, la validez de los contraindicios: la futilidad del relato alternativo puede servir como un elemento que corrobora la culpabilidad del acusado (SSTC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

La jurisprudencia constitucional reconoció inicialmente la validez del testimonio de cargo presentado por los coacusados en el acto del juicio, que es suficiente para destruir la presunción constitucional de inocencia, sin perjuicio de que los Tribunales penales deban poner un especial cuidado en la valoración de su fiabilidad (desde la SSTC 137/1988, de 7 de julio). Sin embargo, a partir de la STC 153/1997, de 29 de septiembre, la doctrina constitucional se endureció considerablemente: las declaraciones de los coimputados no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4 y 198/2006, de 3 de julio, FJ 4). Un nuevo

paso lo dieron las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo (FFJJ 5 y 32, respectivamente), en las que el Pleno del Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, 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.

Esta jurisprudencia ha ido perfilándose luego con muy diversos elementos que son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció que 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. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó que 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, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15, descartaron que la futilidad del testimonio de

descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos (como sintetiza la STC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Por último, la doctrina constitucional exige que la mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 2, y 277/2006, de 25 de septiembre, FJ 2).

Recientemente se ha precisado que, aun cuando una concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de una mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, esta concepción no resulta conforme con los valores y principios constitucionales. La Sentencia 126/2011, de 18 de julio (FJ 21.c), ha extendido esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece formalmente como testigo en un proceso posterior, en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de los mismos hechos.

C) La dimensión externa de la presunción de inocencia

Una vez esbozados algunos rasgos de la copiosa doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia como regla de juicio, no puede dejar de advertirse que, por el contrario, la jurisprudencia española apenas ha desarrollado la faceta externa del derecho fundamental: “El derecho a ser presumido inocente ... opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”, como dijo en

términos generales la STC 109/1986, de 24 de septiembre. O, en las palabras de la STC 137/1988, de 7 de julio: que “una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria”; premisa de la regla de juicio: “siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado actividad probatoria que, producida con las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo”. En la casi totalidad de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español es este segundo aspecto el que se discute: la actividad probatoria que sustenta la condena; no el primero, la prohibición de tratar como culpable a quien no ha sido declarado tal por un tribunal tras un juicio justo.

Es interesante anotar que ésta es, sin embargo, la dimensión más cuidada por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esta aparente disonancia puede explicar algunas sentencias del Tribunal europeo que han condenado a España por vulnerar, precisamente, la presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio europeo de derechos humanos.

Un punto de fricción se produce en los casos de indemnización por privaciones de libertad indebidas. Tras una primera resolución, centrada en requisitos procesales de Derecho español (caso *Dinares Peñalver*: cfr. el ATC 145/1998, de 22 de junio, con el ATEDH de 23 de marzo de 2000, as. 44301/98), la interpretación europea y española sobre la presunción de inocencia parecen ser divergentes en este punto.

En el caso *Puig Panella*, los tribunales militares habían condenado a varias personas con motivo del asalto armado al cuartel de Berga cometido en 1980; la sentencia penal fue finalmente anulada por la STC 82/1992, de 28 de mayo, que apreció que la condena vulneraba la presunción de inocencia porque se apoyaba únicamente en las declaraciones inculpativas vertidas en el sumario, que no habían sido reproducidas ni sometidas a contradicción en el juicio. Posteriormente, el interesado solicitó una indemnización por los 1.663 días sufridos en prisión con motivo de la causa penal, que fue desestimada por el Ministerio de Justicia y por los tribunales contencioso-administrativos, en aplicación de la normativa sobre prisión provisional establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 294). El ATC 220/2001, de 18 de julio, inadmitió el amparo por carencia manifiesta de contenido: no cabía apreciar que la denegación

de la indemnización solicitada vulnerase la presunción de inocencia porque “los actos del poder público a los que se imputa tal violación no son actos en los que se haya ejercitado la potestad sancionatoria. Como recordáramos en el ATC 145/1998, de 22 de junio, tal derecho fundamental ‘es aplicable a aquellos actos del poder público, sea administrativo o judicial, mediante los que se castiga la conducta de las personas definidas en la Ley como infracción del ordenamiento jurídico (STC 138/1990), pero no despliega sus efectos protectores en otros ámbitos, como en el presente caso, que se trata de un procedimiento de reclamación patrimonial frente al Estado, por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia’”.

Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí estimó que la negativa a indemnizar por el tiempo sufrido en prisión, antes de obtener amparo constitucional, había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. La Sentencia de 25 de abril de 2006 (asunto núm. 1483/02), observó que la razón por la que la Administración había denegado la indemnización era exclusivamente porque el interesado no había ofrecido prueba de su inocencia; fundamento confirmado por las sentencias judiciales, que habían subrayado que la anulación de la condena no se había debido a la inexistencia de pruebas de cargo, sino a que las pruebas no habían sido practicadas en el juicio oral, dándose por reproducidas. De estos datos extrajo la Sentencia *Puig Panella* que la denegación a indemnizar vulneraba la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH, pues su campo de aplicación no se limita a los procesos penales pendientes, sino que se extiende a las decisiones adoptadas después del archivo del proceso: *“la présomption d’innocence se trouve méconnue si une décision judiciaire concernant un prévenu reflète le sentiment qu’il est coupable, alors que sa culpabilité n’a pas été légalement établie au préalable. Il suffit, même en l’absence de constat formel, d’une motivation donnant à penser que le juge considère l’intéressé comme coupable”*.

Lo mismo ha ocurrido en el caso *Tendam*. El reo de varias diligencias penales, unas por el robo de unos panales de abejas y otras por receptación de material informático, fue mantenido en prisión provisional durante 135 días. Una vez sobreseídas las causas penales, su solicitud de indemnización fue desestimada por el Ministerio de Justicia, de nuevo porque no constaba prueba de que no había tenido nada que ver con los hechos investigados. Su recurso de amparo fue inadmitido por carencia manifiesta de

contenido (providencia de 17 de enero de 2005, ra 1277-2003). La Sentencia del Tribunal Europeo de 13 de julio de 2010 (asunto núm. 25720/05) ha declarado, por el contrario, que la presunción de inocencia del Sr. Tendam había sido vulnerada: tras reiterar su jurisprudencia, insiste en que, aunque el Convenio de derechos humanos no da derecho a una reparación por una prisión provisional regular en caso de absolución, *“une fois l'acquittement devenu définitif – même s'il s'agit d'un acquittement au bénéfique du doute conformément à l'article 6 § 2 – l'expression de doutes sur la culpabilité, y compris ceux tirés des motifs de l'acquittement, ne sont pas compatibles avec la présomption d'innocence ... En effet, des décisions judiciaires postérieures ou des déclarations émanant des autorités publiques peuvent soulever un problème sous l'angle de l'article 6 § 2, si elles équivalent à un constat de culpabilité qui méconnaît, délibérément, l'acquittement préalable de l'accusé”*.

El último episodio de este desencuentro en la interpretación de la dimensión exterior de la presunción de inocencia se ha producido en el caso *Lizaso Azconebieta*. Esta persona fue mencionada en una rueda de prensa del Ministerio de Interior, en la que se afirmó que formaba parte de un comando de la organización terrorista ETA que había sido desarticulado aunque era cierto que el interesado había sido detenido en la operación policial, era erróneo que estuviera implicado, por lo que fue prontamente puesto en libertad. La STC 244/2007, de 10 de diciembre, consideró que la denegación de la indemnización solicitada por haber sido acusado en público de cometer graves delitos como miembro de una organización terrorista no vulneraba sus derechos fundamentales. En lo relativo a la presunción de inocencia, la sentencia mantuvo que la demanda de amparo invocaba “una dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia que ha sido reconocida por este Tribunal y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, en la invocada STEDH, de 5 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*), que consiste en ‘el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo’ (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1)”; sin embargo, a renglón seguido afirmó que “en el caso que examinamos esa eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia

encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de la denunciada lesión del derecho al honor, particularmente en relación con el requisito de veracidad de las informaciones cuando el derecho al honor pugna con el derecho a la libertad de información (STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 2) ... como afirmamos en la STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, 'esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del art. 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos'" (STC 244/2007, FJ 2). Concluyendo, posteriormente, que el derecho al honor del afectado no había sido vulnerado por la información ofrecida por la Administración a los medios de comunicación.

El Tribunal de Estrasburgo, por el contrario, declaró vulnerado el derecho del Sr. Lizaso; y consideró determinante la presunción de inocencia, no el derecho al honor. La Sentencia de 28 de junio de 2011 (asunto núm. 28834/08) afirma rotunda que, aunque el principio de la presunción de inocencia forma uno de los elementos del proceso penal equitativo, "no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su ámbito es más amplio, y exige que ningún representante del Estado o de una autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido declarada por un tribunal" (§ 37). Por añadidura, la sentencia reafirma que "la vulneración de la presunción de inocencia puede proceder, no

solamente de un juez o un tribunal, sino asimismo de otros agentes del Estado y de personalidades públicas” (§ 38, con cita de jurisprudencia). En la medida en que las declaraciones del Gobernador civil sobre el interesado dieron por sentada su culpabilidad, no una situación de duda o sospecha; y, decisivamente, fueron pronunciadas antes incluso de presentar al detenido ante el Juzgado y, por ende, antes de la apertura de un procedimiento judicial, vulneraron su presunción de inocencia.

4. La instrucción o investigación penal

Donde la Constitución española ha tenido un mayor impacto en el sistema de justicia penal ha sido, sin duda, en la fase inicial: la averiguación de los delitos que se perpetran, la comprobación de sus circunstancias y el descubrimiento de sus autores, así como la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito para preparar el juicio, en la clásica formulación de la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 (arts. 282 y 299). Así como en el momento clave del juicio oral, y en su caso en los recursos dirigidos a revisar la sentencia dictada tras celebrarlo, la Constitución no ha hecho más que reforzar el conjunto de normas que las leyes habían proclamado desde 1870, en las fases de la investigación policial y de la instrucción judicial o fiscal, las normas constitucionales suponen un giro copernicano.

Los pivotes de ese cambio constitucional pueden quizá resumirse en dos: los derechos del inculpado o imputado y el deber de motivar los actos de investigación que afectan a derechos fundamentales. A ellos se añaden, más recientemente, determinados deberes constitucionales de investigar delitos contra determinados derechos fundamentales.

A) Los derechos del imputado

La jurisprudencia no ha dejado de subrayar el profundo cambio que la Constitución implica para la instrucción de las causas penales (en especial en las iniciales Sentencias 44/1985, de 22 de marzo, FJ 3; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 3; y 135/1989, de 19 de julio, FJ 3). Su primer impulso fue legislativo: las mismas Cortes que aprobaron la Constitución reformaron la Ley de enjuiciamiento criminal para reforzar los derechos de defensa durante la instrucción (Ley 53/1978, de 4 diciembre, que modificó el art. 118 LECrim). La jurisprudencia, sin embargo, ha hecho realidad sus previsiones y las ha ampliado, para hacer valer las garantías constitucionales del proceso previstas por el art. 24 CE.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de formular en más de una ocasión una valoración favorable de la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882. Ha afirmado que “se trata de una buena ley, en términos generales y a la altura histórica de su tiempo, dotada por cierto de una excelente exposición de motivos. En el proceso penal ordinario es desde entonces una pieza esencial el procesamiento, entendido, por lo que aquí importa, como decisión sumarial a partir de la cual surgen determinadas garantías para el procesado. Por eso el art. 118, en su redacción inicial, comenzaba diciendo que «los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado, que pueden nombrar desde que se les notifique el Auto de procesamiento». Esta ha sido durante casi un siglo la norma vigente entre nosotros y a ella se ha acomodado la práctica de nuestros Jueces instructores, quienes, antes de acordar cada procesamiento, actuaban en el sumario, como residuo del anterior proceso inquisitivo, con muy escasas garantías en favor de quienes aparecían implicados como consecuencia de las diligencias sumariales. El Juez instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él, sin hacer posible su autodefensa y sin proveerle de la asistencia de Letrado de modo que tal interrogatorio podía conducir al declarante a pronunciar afirmaciones para él perjudiciales e incluso involuntarias autoincriminaciones que hubiera podido evitar en otro tipo de interrogatorio. La Constitución de 1978 y la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal del mismo año no son compatibles con tales residuos del viejo proceso inquisitivo. En efecto, la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, aprobada por las mismas Cortes *de facto* constituyentes que promulgaron la Constitución y, en ella, el art. 24, ampliaron la garantía de la asistencia de Letrado, al imputado. En su versión actual el art. 118, como dijimos en la STC 44/1985 (fundamento jurídico 3.º) «reconoció la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido». Con este derecho, sin duda integrable en el del art. 24.2 C.E, se combate la situación de quien sin ser procesado puede ser interrogado por el Juez instructor o ser citado por él para intervenir en otro género de diligencias sumariales en relación con imputaciones más o menos fundadas, graves y verosímiles, y se trata de evitar que, ignorante de lo que el Juez inquiriere o pretende confirmar y falto de una asistencia técnica adecuada, puedan

producirse contra él, aun en esta fase sumarial y por ende no probatoria, situaciones contrarias al derecho de defensa (art. 24.2 CE)”.

Así se expresó la Sentencia 135/1989, de 19 de julio (FJ 3), que ha sentado las bases en Derecho español de la posición constitucional del reo durante la instrucción de las causas penales. Allí se enjuició la situación de quien había prestado declaraciones en un sumario por asesinato, que se quejaba de que el Juzgado de Instrucción se las había tomado, tras citarle como testigo, sin advertirle de sus derechos, sin la presencia y asesoramiento de abogado, y sin comunicarle la acusación. La Sentencia 135/1989 fijó un juicio matizado: consideró que la primera declaración como testigo era correcta, porque “dadas las imprecisas señas de identidad proporcionadas por el testigo respecto a alguien apodado «el Francés», la personalidad de éste no es para el Juez cierta cuando lo busca y llama a declarar”; por ende, la atribución sumarial de un hecho punible no estaba dirigida a “persona determinada”. En cambio, cuando se llevó a cabo la segunda declaración (cuyo contenido era, por lo demás, decisivo), en “ese momento el Juez ya tenía perfectamente identificado al llamado «el Francés», y es evidente que había considerado como más o menos fundadas las imputaciones ... puesto que hace intervenir a aquél, como única persona, en el reconocimiento de unas armas, para que diga si son las que él vendió al presunto y fallecido autor del asesinato ... Lo que pudo no constituir sospecha verosímil en el momento de la primera declaración es sin duda sospecha fundada en el ánimo del Juez instructor cuando procede a la diligencia de reconocimiento de las armas. La gravedad potencial de dicha diligencia para el declarante, confirmada por cierto en el curso de la misma, ya que manifestó «de forma categórica» que él había traído tales armas y se las llevó a Alberto, a quien enseñó a manejarlas, es otro factor que debió pesar en el ánimo del Juez para citar al hoy recurrente como imputado, hacerle saber ya que no la acusación, pues técnicamente no puede hablarse todavía de tal, sí la imputación, su contenido y su procedencia y proveerle de asistencia de Letrado, o, como mínimo, a interrumpir la diligencia y proceder al cumplimiento de tales garantías y en especial al nombramiento de Abogado desde el momento en que el hoy recurrente comenzó a hacer declaraciones en grave perjuicio de sí mismo” (FJ 4).

Queda claramente fijada la regla constitucional: “Para el Juez, el declarante estaba ya identificado, la imputación era a su juicio verosímil y fundada y, por tanto, debió proceder a tratarlo, a todos los efectos, como imputado”. Y quedan, asimismo, indicadas las consecuencias de su quebrantamiento: “«La diligencia de reconocimiento» de armas de 20 de marzo de 1986 violó con trascendencia constitucional los derechos del hoy demandante de amparo reconocidos en el art. 118 LECrim y en el 24.2 de la Norma suprema, por lo que no puede derivarse de ella efecto alguno, indiciario o probatorio, contra quien así fue interrogado”.

Esta *ratio decidendi* fue prologada por una reflexión general, que desde entonces viene siendo glosada con unas palabras u otras en la jurisprudencia: “Es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra), pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con «cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas» (art. 118, párrafo segundo LECrim). Si ... no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del art. 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia, o, en concreto, por cualquier testigo. La fórmula del art. 118.2 LECrim no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor, como en términos semejantes dijimos en el fundamento 3º de la STC 37/1989. Es el titular del órgano instructor quien debe ponderar si la atribución, formulada por ejemplo por un testigo, de un hecho punible a persona cierta es «más o menos fundada» o por el contrario manifiestamente infundada, inverosímil o imposible en su contenido. Es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución, y sólo si él la considera verosímil o fundada de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada, deberá considerar a ésta como imputado, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de Letrado. Este Tribunal Constitucional, que no puede conocer de los hechos [art. 44.1 b) LOTC], sí puede sin embargo ponderar la valoración judicial, expresa o tácita, de los mismos, en orden al cumplimiento del derecho de defensa técnica del imputado ex art. 118, porque de no

ser así el derecho del art. 24.2 CE en orden a la defensa y a la asistencia de Letrado quedaría en este supuesto exento de control en vía de amparo. No obstante, dado que es el Juez instructor y no este Tribunal quien tiene un contacto directo con aquellos mismos hechos y dado el carácter indiciario y no probatorio que puede resultar de las diligencias sumariales, es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya un hecho punible en cualquier actuación sumarial. Pero también es preciso advertir que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El Instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa; por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá proveer a la asistencia técnica de Letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta, evitando así, con una recta interpretación del art. 24.2 de la Constitución («... todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de Letrado...») integrado en el art. 118 LECrim, situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosímilmente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que, una vez conocida, podría autodefenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su Abogado. — Finalmente, ... importa recordar que la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado en el art. 118 de la LECrim sólo trascenderán con efecto difusor a otros actos del procedimiento, cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado” (STC 135/1989, FJ 3).

La jurisprudencia ha matizado que esta actuación del Juez, en garantía de los derechos del imputado, no se traduce en una formalidad ni equivale a resucitar el antiguo Auto de procesamiento: “ni la nueva redacción del art. 118 LECrim ni nuestra jurisprudencia sobre los derechos de defensa del imputado o inculcado en una instrucción criminal,

obligan a generalizar a todo tipo de procedimientos penales el Auto de procesamiento que forma parte del sumario ordinario (art. 384 LECrim), ni imponen ninguna garantía formal ajena al derecho de defensa del justiciable ... De lo que se trata, en definitiva, es de ‘garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra [la persona inculpada en una causa penal], aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión’” (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27, con cita de la STC 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 2).

B) El deber constitucional de motivar los actos de investigación

El segundo factor que ha alterado los cimientos de la instrucción criminal procede del deber de motivar todos los actos de investigación, siempre que afecten a cualesquiera derechos fundamentales. Este deber ha sido declarado por la jurisprudencia con apoyo en el artículo 24 de la Constitución, a partir de la Sentencia 37/1989, de 15 de febrero.

Es cierto que ya la Ley de enjuiciamiento criminal imponía al Juzgado de Instrucción el deber de motivar determinadas resoluciones de especial incidencia en los ciudadanos, como el mandamiento de entrada y registro en domicilio o la intervención del correo: previsiones ambas que han alcanzado rango constitucional, al incorporarse a los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de la correspondencia (apartados 2 y 3 del art. 18 CE). En relación con este tipo de actos de investigación se han desarrollado importantes líneas jurisprudenciales, que insisten en la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales que interfieren el ejercicio de estos derechos fundamentales.

Sin embargo, la gran mayoría de las diligencias de investigación que lleva a cabo o autoriza la autoridad penal se decidían sin motivación: precisamente como “diligencias” o resoluciones sin motivación, no como autos, que son resoluciones que deben ser motivadas. La ley no regula todos y cada uno de los posibles actos de investigación, sino que se limita a habilitar al Juzgado, o a la policía judicial o al Fiscal, para que averigüe y haga constar los delitos. Así, en una causa por aborto ilegal, un Juzgado acordó mediante providencia someter a una mujer a un reconocimiento médico ginecológico. La Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, consideró que esa

resolución afectaba de modo directo el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE), “de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad” (FJ 7). Lo cual comportaba dos exigencias: una, una habilitación mediante norma con rango de ley, satisfecha por la Ley de enjuiciamiento criminal al permitir llevar a cabo pericias sobre el cuerpo del reo; y dos, la ponderación razonada entre, “de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*”. Lo cual comporta el deber de motivar la resolución judicial que acuerda la intromisión, “pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental” (FFJJ 7.3 y 8).

El deber de motivación de los actos públicos de investigación de los delitos y faltas ha sido aplicado a todo tipo de decisiones, estén previstas o no por la ley procesal. Y ofrece el cimiento para garantizar los distintos derechos fundamentales que se pueden ver afectados por una investigación criminal: el derecho a la integridad física y moral; la libertad personal; o la intimidad en sus distintas manifestaciones: en el domicilio, en las comunicaciones o de carácter general (arts. 15, 17 y 18, apartados 2, 3 y 1 CE). Como síntesis, la Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4), estableció los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en un derecho fundamental, en los términos siguientes: 1) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); 2) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); 3) que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada, si bien en relación con derechos que, como la intimidad, no existe una reserva constitucional a favor del juez, la ley puede

autorizar a la policía judicial para llevar a cabo determinadas actuaciones (o, más en general, a la autoridad competente: SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, o 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 7); y, finalmente, 4) la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto (en ese mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 196/2006, de 3 de julio; 70/2002, de 3 de abril; 25/2005, de 14 de febrero; 196/2006, de 3 de julio).

C) La calidad de la ley

La jurisprudencia española no ha dejado de resaltar que, junto al deber constitucional de motivar los actos o diligencias de investigación, las autoridades y agentes penales deben actuar habilitados por una ley. Como recordó la STC 49/1999, de 5 de abril, “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. “Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos ‘únicamente al imperio de la Ley’ y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas” (STC 49/1999, FJ 4). La injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la “ley” en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6).

La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por la jurisprudencia constitucional respecto de un amplio elenco de derechos

fundamentales y libertades públicas. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10), el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio), y el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6).

En muchas de estas sentencias, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad y vida privada (SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, § 66 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela c. España*, § 46; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann*, §§ 50, 55 y siguientes; de 4 de mayo de 2000, caso *Rotaru*, § 52 y siguientes) o el derecho a la libertad de expresión (Sentencias de 27 de abril de 1995, caso *Piermont*, § 63 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso *Rekveny*, § 34; de 25 de noviembre de 1999, caso *Hashman y Harrup*, § 31). Es más, la jurisprudencia española ha interiorizado el requisito de que la ley no debe limitarse a habilitar a los poderes públicos para interferir el ejercicio de los derechos fundamentales; sino que debe ser lo suficientemente clara y precisa, e incorporar las garantías que prevengan vulneraciones de los derechos. Como afirma, por ejemplo, la Sentencia 169/2001, de 16 de julio: “una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad” (FJ 6, que sigue, entre otras, las clásicas SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times*, § 49; 25 de marzo de 1983, caso *Silver*, § 85 y siguientes; 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, § 66 y siguientes; y de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin y Huvig*, § 27 y siguientes). En el mismo sentido se manifiestan otras resoluciones, como resume la STC 34/2010, de 19 de julio (FJ 5).

La incorporación del Convenio europeo de derechos humanos, interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, ha tenido una especial importancia en dos ámbitos: la prisión provisional y las intervenciones telefónicas.

Desde el primer momento, la jurisprudencia española dio eficacia a los límites temporales que la ley debe marcar a las situaciones de prisión en espera de juicio, o mientras la condena pende de recurso, tal y como dispone explícitamente el artículo 17 de la Constitución para salvaguardar la libertad personal (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 40/1987, de 3 de abril, FJ 2). Sin embargo, en 1995 añadió la exigencia de que las medidas judiciales de prisión provisional debían estar fundadas; y debían estarlo en los términos que había desarrollado la jurisprudencia europea, en aplicación del artículo 5 del Convenio de Roma.

La Sentencia 128/1995, de 26 de julio, sostuvo que, además de su legalidad (art. 17, 1 y 4, CE), “la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida”: tales fines eran la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: “su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”. Cualquier decisión relativa a la adopción o al mantenimiento o prórroga de una situación de prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada. Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional”. En definitiva, resumía la STC 44/1997, de 10 de marzo, “la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego —la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la

evitación de hechos delictivos, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como ‘una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines’ referidos”.

Como es evidente, los criterios determinantes de esta doctrina proceden del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia 128/1995 citó, entre otras, las SSTEDH de 27 de junio de 1968, caso *Wemhoff*; de 27 de junio de 1968, caso *Neumeister*; de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter*; de 10 de noviembre de 1969, caso *Stögmüller*; de 26 de junio de 1991, caso *Letellier*; de 27 de agosto de 1992, caso *Tomasj*; y de 26 de enero de 1993, caso *W. contra Suiza*).

El problema es que esos criterios chocaban con lo previsto por la legislación española entonces vigente, que disponía el ingreso en prisión provisional como regla general en caso de delitos graves (arts. 503 y 504 LECrim). Tras dictar un elevado número de sentencias, amparando a ciudadanos cuya prisión provisional había sido acordada por los tribunales en aplicación de la ley, y por ende contradiciendo la doctrina de la STC 128/1995, el Tribunal Constitucional acabó reconociendo la situación. En su Sentencia 47/2000, de 17 de febrero, tras resumir la doctrina constitucional y transcribir los preceptos legales que regulaban la prisión provisional, el Pleno del Tribunal concluyó: “La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie* que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda”. Junto a la insuficiencia del texto legal, la Sentencia observó que “según una interpretación usual del párrafo segundo del art. 504 ... el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales [del reo] se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos. De entre ellos, merece una especial consideración la

alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la STC 66/1997 (de 7 de abril, FJ 6), y reiteramos en la STC 98/1997 (de 20 de mayo, FJ 9), ‘con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos --la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes --la fuga del imputado o su libertad provisional--, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena --la prevención general-- y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa’”. Lo cual condujo a que la STC 47/2000 planteara cuestión interna de inconstitucionalidad sobre los artículos 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Esta decisión del Tribunal está en el origen de la reforma de la Ley en este punto, que ha dado lugar a los preceptos hoy en vigor: la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional. Su entrada en vigor dio lugar a la pérdida sobrevenida de objeto y extinción de la cuestión de inconstitucionalidad 998-2000, que había sido planteada por la STC 47/2000, de 17 de febrero. La ley vigente recoge los términos de la doctrina constitucional y, por ende, de la europea. Lo que ha dado lugar a una notable pacificación en la materia, una vez conjuntadas la regulación legal con las garantías constitucionales.

El caso de las intervenciones telefónicas es parecido, pero con un final distinto.

Se parte también de un precepto constitucional específico, que consagra un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones e introduce, como garantía específica, la intervención judicial (art. 18.3 CE). Desde la Sentencia 85/1994, de 14 de marzo, la jurisprudencia constitucional viene exigiendo que la autorización judicial de cualquier medida de intervención telefónica sea, no solo autorizada por la ley, sino motivada. El Tribunal se fundó en que la motivación es un riguroso requisito de cualquier acto de sacrificio de los derechos por parte de un poder público. Pero no dejó de observar que

su tesis coincidía con la doctrina desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo en aplicación del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (citando expresamente las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, asunto *Klass*, y 2 de agosto de 1984, asunto *Malone*): “siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones”.

Desde entonces, una caudalosa jurisprudencia ha perfilado el deber de motivación de las autorizaciones de escuchas telefónicas, insistiendo en el influjo de la jurisprudencia europea. Sin embargo, el Tribunal del Consejo de Europa condenó a España por vulnerar el derecho al respeto de la vida privada por intervenciones telefónicas en varias ocasiones (SSTEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Valenzuela Contreras*; de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo*).

La razón era ajena a la actuación de los Tribunales, tanto los penales como el constitucional. El problema procedía de la ley que regula las interceptaciones en las comunicaciones privadas, que no cumple la calidad exigida por la jurisprudencia europea: “el Derecho español, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia”. Por ende, la Sentencia de 30 de julio de 1998 concluyó que el señor Valenzuela Contreras “no ha disfrutado del grado mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática” (§ 61).

El Tribunal español, entonces, dictó la Sentencia de Pleno 49/1999, de 5 de abril. En ella aceptó la declaración del Tribunal europeo (FJ 5), enfatizando que la Constitución española también impone una reserva de ley en la materia: “desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es ... patente que el art. 18.3 CE, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y

condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador ... Desde este mismo punto de vista, es decir, desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, en la STC 37/1989, afirmamos que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa (fundamento jurídico 7º). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones, afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad ... especificando que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, ‘una ley de singular precisión’” (STC 49/1999, FJ 4).

Por consiguiente, la Sentencia 49/1999 concluyó que “al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987 ... [cuando] el Ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas ... la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE”. Quedó fuera del juicio constitucional la situación creada tras la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal por la Ley 4/1988, de 25 de mayo, en el art. 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que es el que rige estas intervenciones.

Sin embargo, la Sentencia 49/1999 deslindó los planos de la ley y de la intervención judicial (FJ 5). En cuanto al primero, sostuvo expresamente que “estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí

sola, una vulneración del derecho fundamental”: lo cual puede entenderse reflejado en uno de los pronunciamientos del fallo de la Sentencia, que declaró en abstracto la vulneración del derecho fundamental.

Ahora bien, la Sentencia 49/1999 afirmó que la apreciación de que la falta de calidad de la ley que regía las intervenciones telefónicas vulneraba el derecho fundamental “no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención”: “si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”. Lo cual llevó, de nuevo, al examen de la motivación ofrecida por los autos judiciales para autorizar las escuchas, resolviendo esta cuestión al margen de la suficiencia de la ley.

La normativa aprobada por el legislador español en 1988 fue, de nuevo, considerada insuficiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en su Sentencia de 18 de febrero de 2003, *Prado Bugallo c. España*, “ha vuelto a declarar la vulneración del art. 8 CEDH porque el actual art. 579 LECrim no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia. En efecto, después de constatar los avances habidos en el Ordenamiento español como consecuencia de la reforma del citado art. 579 LECrim por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ‘las garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias *Kruslin c. Francia* y *Huvig c. Francia*, para evitar los abusos. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las

conversaciones interceptadas. Estas insuficiencias afectan igualmente a las precauciones a observar, para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa. La ley no contiene ninguna disposición en relación con ello' (§ 30). En virtud de dicha constatación, así como a partir del reconocimiento de que la jurisprudencia española, que ha intentado suplir dichas insuficiencias legales, es posterior al momento en que en el caso tuvieron lugar las intervenciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la lesión del art. 8 CEDH (§§ 32 y 33)", como hizo constar el Tribunal Constitucional en su Sentencia de Pleno 184/2003, de 23 de octubre.

Y de nuevo el Tribunal español, siguiendo el criterio europeo, afirmó que "nuestro pronunciamiento, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH" (STC 184/2003, FJ 5). Declaración que, esta vez, no tuvo ningún reflejo en el fallo de la sentencia.

La razón fue que la Sentencia 184/2003 consideró que, a diferencia de lo acordado respecto a la prisión provisional, no procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma rectora de las intervenciones telefónicas: "El mecanismo de control de constitucionalidad de la ley ... está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia, deficiencias que pueden predicarse del art. 579 LECrim sin otro precepto que lo complementa, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ... la intervención del legislador es necesaria para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución". "El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal —art. 579 LECrim— que agravaría el defecto mismo —la falta de certeza y seguridad jurídicas— al producir un

vacío mayor. Los intereses constitucionalmente relevantes que con el art. 579.3 LECrim se tutelan se verían absolutamente desprotegidos” (FJ 7).

Para evitar esos males, la Sentencia 184/2003 confió de nuevo la garantía del derecho fundamental a la intervención judicial, en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional, que resumió en el fundamento jurídico 9: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente precisión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

En la legitimidad de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones incide la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención —datos objetivos sobre la posible comisión de un hecho delictivo grave y sobre la conexión de los usuarios de los teléfonos con los hechos investigados—, como de la necesidad y adecuación de la medida —razones y finalidad perseguida. Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2). La resolución judicial que acuerde la intervención telefónica o su prórroga debe expresar entonces, preferentemente por sí misma o con complemento de la solicitud policial a la que se remite, dichos elementos (por todas SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2)” (STC 184/2003, FJ 9).

La Sentencia 184/2003 subrayó que esta tarea judicial debía atenerse a la jurisprudencia: tanto a la del Tribunal Supremo (iniciada por el “Auto de 18 de junio de 1992, caso *Naseiro*”) como a la del propio Tribunal Constitucional: aunque “no es tarea de este Tribunal definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, siquiera sea provisionalmente, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, sí le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas, lo que viene haciendo en materia de intervenciones telefónicas ... desde la unificación y consolidación de su doctrina por la STC 49/1999, en los términos que señalaremos en el fundamento jurídico 9, doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria. Conforme señala el art. 5.1 LOPJ, las resoluciones de este Tribunal en todo tipo de procesos vinculan a todos los Jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales interpretados por este Tribunal” (FJ 7 *in fine*).

Ésta es la situación actual, por tanto: en España rige una ley insuficiente, que ha sido completada por la doctrina penal y constitucional, en espera de que el legislador remedie la situación completando el precepto legal. “Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible (SSTC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13)” (STC 184/2003, FJ 7). Situación que se prolonga desde entonces, y que parece haber sido aceptada por el Tribunal de Estrasburgo (STC 70/2007, de 16 de abril).

D) El deber constitucional de investigar: el supuesto de las torturas

Un aspecto en el que la jurisprudencia europea ha producido un gran impacto en el entendimiento de las garantías penales que establece la Constitución española es en lo relativo a la imposición de un deber de investigar determinados delitos.

La jurisprudencia española fue tradicionalmente muy cauta en todo lo relativo a la persecución penal de conductas, aun cuando pudiera alegarse que tales conductas vulneraban un derecho fundamental. La Sentencia 108/1983, de 29 de noviembre,

juzgó unas resoluciones que habían sobreesido una causa penal incoada con ocasión de unos disparos dirigidos contra el actor. La Sentencia rechazó que la negativa a instruir un proceso penal por homicidio vulnerase el derecho a la vida e integridad física; las resoluciones judiciales debían ser analizadas desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, pues se limitaron a denegar toda actuación jurisdiccional penal “frente al ejercicio de la acción penal —*ius ut procedatur*”. Este inicial planteamiento fue confirmado por la Sentencia 148/1987, de 28 de septiembre, que ofreció la formulación seguida hasta hoy: “quien ejercita la acción en forma de querrela no tiene, en el marco del art. 24.1 de la Constitución, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación ... Dicha 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 [de la Ley de enjuiciamiento criminal], el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o 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 notas 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 de la Ley de enjuiciamiento criminal” (FJ 2).

Tras algunas vacilaciones, la jurisprudencia insistió en la misma línea, al sentar un principio fundamental: “la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales” (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4). En ambos casos, se enjuiciaba el archivo de causa penales por conductas tachadas como vulneraciones de la libertad personal de los afectados (la segunda daría lugar a la

STEDH de 14 de octubre de 1999, *Riera Blume*). El titular de un derecho fundamental puede elegir, de entre las distintas vías judiciales procedentes, la que estime más conveniente para la defensa de sus derechos: es lícito que un ciudadano prefiera seguir la vía penal, en vez de la vía civil, atendiendo a los distintos efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen estas vías para la defensa de los derechos que se consideran vulnerados; o bien, pueden preferir la vía contencioso-administrativa a la vía penal, o la propia vía civil, por considerarla más conveniente para la defensa de los derechos fundamentales implicados que la vía penal. Pero todo ello “sin perjuicio, claro está, de las posibilidades que cada orden jurisdiccional ofrece”: en el orden penal, “el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales con independencia de que concurren o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena ... Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal” (STC 31/1996, FJ 10). “La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución. Y, si bien la Constitución consagra en su art. 25.1 el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un ‘principio de legalidad invertido’, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido” (STC 41/1997, FJ 4).

Insistiendo en la misma idea, la Sentencia 297/1994, de 14 de noviembre, había afirmado que la actuación judicial no debe ser igual “en el supuesto del ejercicio de una acción civil que en el de una acción penal en la que, evidentemente, deben jugar otro tipo de consideraciones, entre otras, y singularmente el que se observen todos y cada uno de los elementos típicos del delito” correspondiente (FJ 6). Sin embargo, esta resolución añadió un matiz que luego afloraría en algunos pronunciamientos

posteriores: la inadmisión de una querrela en la que se denuncia una supuesta vulneración de un derecho fundamental no solo debe estar motivada; sino que “esa motivación tiene que contener una adecuada ponderación” de los derechos fundamentales implicados, en el caso el derecho al honor y a la libre información.

La jurisprudencia principal, sin embargo, mantuvo el enfoque procesalista. La Sentencia 218/1997, de 4 de diciembre, añadió una idea que ha tenido un vigoroso desarrollo posterior: el *ius ut procedatur* de la víctima de un delito 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” (FJ 2), que en el caso condujo a analizar el derecho a la prueba durante la instrucción de una causa por homicidio (véase la STC 199/1996, de 3 de diciembre).

Así se mantiene hasta hoy. Como muestra, la Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre, recapitulando precedente doctrina constitucional, nos dice que “la víctima de un delito no tiene derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que es meramente titular del *ius ut procedatur*, es decir, del derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho de jurisdicción y que no se agota en 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. Por ende la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen” (FJ 3).

La perspectiva de la jurisprudencia española contrasta con la de la europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la doctrina de las obligaciones positivas, que lleva a que, en relación con determinados derechos humanos, los Estados no puedan limitarse a abstenerse de interferir el ámbito protegido; sino que deben adoptar medidas activas para proteger y garantizar esos derechos,

normalmente mediante medidas legislativas. En relación con los derechos a la vida y a la integridad personal, que incluye la prohibición de torturas (arts. 2 y 3 CEDH), la jurisprudencia europea exige que los Estados lleven a cabo una investigación oficial efectiva de cualquier hecho que pudiera suponer una vulneración del Convenio (a partir de las SSTEDH de 27 de septiembre de 1995, asunto *McCann c. Reino Unido*, y 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*). En esta última sentencia, que apreció por vez primera la existencia de torturas, el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que, atendiendo “a la importancia fundamental de la prohibición de la tortura y la posición especialmente vulnerable de las víctimas de tortura, [el Convenio europeo de derechos humanos] impone a los Estados, sin perjuicio de otros posibles remedios en el ordenamiento doméstico, una obligación de llevar a cabo una investigación completa y efectiva de cualquier incidente de tortura” (§ 98).

Esta jurisprudencia dio lugar a la condena de España en la STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala contra España* (asunto núm. 58438/00). La Sentencia consideró que no se habían acreditado los malos tratos denunciados, por lo que no existía vulneración sustantiva de la interdicción de torturas y tratos inhumanos o degradantes del art. 3 CEDH. Pero concluyó que las investigaciones oficiales para aclarar los hechos no fueron “suficientemente profundas ni eficaces para cumplir las susodichas exigencias del artículo 3” del Convenio (§ 159).

Esta sentencia europea fue acogida por la jurisprudencia española en las Sentencias 224/2007, de 22 de octubre, y 34/2008, de 25 de febrero. Ambas otorgaron amparo a ciudadanos que se quejaban de que habían sido maltratados durante su detención y que sus denuncias no habían sido investigadas suficientemente por el Juzgado de Instrucción antes de acordar el sobreseimiento de las diligencias penales. Sin embargo, no lo hicieron por vulnerar el derecho fundamental sustantivo (el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, que incorpora la prohibición de torturas). Siguiendo la jurisprudencia anterior, consideraron vulnerado el derecho de toda víctima de un delito al *ius ut procedatur*, acogido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Esta discordancia entre la sistemática de la jurisprudencia europea y la española no es de carácter académico. Tiene consecuencias jurídicas, tanto sustantivas como

procesales: primero, en el modo de proteger el derecho a no padecer torturas; y eventualmente, en el alcance que el derecho a proceder penalmente contra conductas que vulneran derechos fundamentales pueda llegar a alcanzar en contextos totalmente diversos a la investigación de torturas, dado el carácter general de la jurisprudencia elaborada a partir de las Sentencias 224/2007 y 34/2008.

5. La interdicción de la prueba ilícita

A) Idea general

La jurisprudencia española incorporó tempranamente una garantía constitucional que no se encuentra expresamente entre las que enumera el artículo 24 de la Constitución de 1978: la prohibición de recibir en el proceso penal pruebas ilícitas.

Esta regla fue declarada por la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que conoció del despido de un trabajador que los tribunales habían declarado procedente, a la luz del contenido de una conversación grabada subrepticamente por la empresa. La sentencia constitucional negó que existiera “un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico”; pero declaró la existencia de “la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida”, “que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución)”. La recepción procesal de unas pruebas, obtenidas con violación de derechos fundamentales, “implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro” (FFJJ 3-5). En el caso, sin embargo, denegó el amparo porque las grabaciones aportadas como prueba no habían sido obtenidas vulnerando el secreto de las comunicaciones.

La ilicitud de la prueba no lleva a inadmitir su práctica o, si ya ha sido aportada al proceso, a su exclusión, como en el Derecho de Estados Unidos. La Sentencia 9/1984, de 30 de enero (FJ 2), fijó el criterio que se ha mantenido inalterado desde entonces: la ilicitud de unas pruebas “no provocaría su exclusión de la causa, sino la prohibición de su apreciación como prueba”.

La doctrina de la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, obtuvo inmediato referendo legislativo. La Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada en julio de 1985,

dispuso en términos que siguen vigentes: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1 LOPJ). El efecto combinado de la doctrina constitucional y de la prohibición legal fue enorme: durante la década siguiente, numerosas pruebas fueron declaradas ilícitas (en especial en materia de intervenciones telefónicas) en aplicación de una vigorosa jurisprudencia penal, reforzada por diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo). La ilicitud se predicaba tanto de las pruebas en cuya obtención había sido vulnerado un derecho fundamental como, lo que resulta decisivo, todas las demás pruebas derivadas de la primera.

B) La prueba derivada

Sin embargo, el Pleno del Tribunal modularía en 1998 la prohibición de pruebas ilícitas, al matizar el alcance de la prohibición respecto de las pruebas derivadas de la primera, que era la que había sido obtenida con quebranto del derecho. La Sentencia de Pleno 81/1998, de 2 de abril, partió de la premisa de que las “pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas”; la ilegitimidad se debe a que dicha prueba se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de la vulneración del derecho: el típico caso consiste en conversaciones telefónicas intervenidas inconstitucionalmente, que dan ocasión a la interceptación de un cargamento de droga.

La Sentencia 81/1998 sostuvo que la prohibición de valorar pruebas derivadas de una ilícita no se da en todo caso; sólo quedan prohibidas si “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) ... Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho [fundamental] materializadas en la prueba originaria, así como su

resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho [fundamental] exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo” (STC 81/1998, FJ 4).

La Sentencia 81/1998 fundamentó en estas razones la desestimación del recurso de amparo. Las conversaciones grabadas habían sido declaradas ilícitas por los tribunales penales; pero habían condenado por un delito contra la salud pública porque la policía había ofrecido otras pruebas: la droga aprehendida y el testimonio de varios guardias civiles que habían efectuado seguimientos a los traficantes. La sentencia constitucional consideró que estas pruebas, aunque derivadas de la información obtenida en las escuchas telefónicas, no eran antijurídicas por conexión. En el caso, la intervención telefónica había sido autorizada por el Juzgado, que había emitido un auto motivado; el defecto consistía en que la motivación era constitucionalmente insuficiente.

La Sentencia 81/1998 admitió la valoración de pruebas derivadas, primero, porque no había sido irrazonable ni arbitraria la apreciación judicial de que el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental “no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente sin la vulneración del derecho”. En segundo lugar, aunque “la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa”, tanto por su fragilidad a consecuencia de los avances tecnológicos como porque resulta una barrera de protección de la intimidad esencial, en el caso la vulneración del derecho fundamental fue por error y de escasa gravedad: la inconstitucionalidad, debida a la falta de expresión en el auto de autorización de la escucha de datos objetivos, más allá de las simples sospechas a las que hacía referencia la solicitud policial, no fue ni

intencional ni por negligencia grave, sino por mero error, visto el estado de la jurisprudencia en la materia en el momento en que había sido emitida la autorización; y la entidad objetiva de la vulneración cometida tampoco “hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995)”.

C) Un ejemplo

Estos criterios han sido precisados en una línea jurisprudencial consolidada, de la que ofrece un buen ejemplo la Sentencia 197/2009, de 28 de septiembre (FJ 10):

“afirmada la vulneración del art. 18.3 CE en los términos ya expuestos, hemos de analizar por último las consecuencias que de ello se derivan en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues el recurrente sostiene que toda la prueba deriva directa o indirectamente de la obtenida con vulneración del derecho fundamental.

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la estimación de la denunciada vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas. Una prohibición que afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones, e impide también incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13; 165/2005, de 20 de junio, FJ 9).

Ahora bien, en el presente caso ... las resoluciones judiciales impugnadas destacan que el resultado de las intervenciones telefónicas no fue utilizado por el órgano judicial de

instancia para fundamentar la condena, ante la imposibilidad de llevar a cabo la audición de las cintas en el acto del juicio, solicitada por la defensa, por haberse extraviado. Son otra serie de diligencias (seguimientos y vigilancias policiales, entradas y registros domiciliarios, registro de la furgoneta en la que se había observado al recurrente introducir unos fardos pesados sacados de un almacén y un cubo de color blanco con tapa azul, incautación de la droga), cuyo resultado accede al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que las practicaron, junto a las declaraciones de dos coimputados, las que constituyen la prueba de cargo en la que se fundamenta el relato de hechos probados. Unas pruebas que, en sí mismas, no adolecen de ninguna ilicitud constitucional, por lo que para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas habrá que determinar si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe tanto una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida) como lo que hemos denominado "conexión de antijuridicidad", esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. De lo contrario, si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7).

Y hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo. Por ello, cuando no ha habido un pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre las pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental y el resto de la prueba practicada, en sí misma

no afectada por ese vicio, este Tribunal como regla general se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones, para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7), salvo en supuestos en los que la claridad meridiana de los datos aportados al proceso de amparo y de los que se desprenden de las resoluciones judiciales le permiten ejercer directamente su control sin necesidad de reenvío (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7).

En el presente caso, ni la Sentencia de instancia ni la de casación apreciaron la denunciada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), aunque se expulsara el resultado de las intervenciones telefónicas del acervo probatorio al no haber podido ser oídas en el juicio oral, señalando la Sentencia de instancia que ello no es óbice para que puedan servir como fuente de información policial y pueda dictarse Sentencia condenatoria basada en otros medios de prueba practicados en el juicio oral. Y, no habiéndose apreciado la vulneración, ninguna de las dos resoluciones judiciales realiza juicio alguno de desconexión entre la prueba viciada por la vulneración del derecho fundamental y el resto de las pruebas que sirven de fundamento a la condena, un juicio que corresponde realizar a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo, como anteriormente se expuso.

Siendo así, ha de entenderse vulnerado también el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (SSTC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 8), punto este en el que se agotan nuestras posibilidades de control en el presente caso, pues no existiendo pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión entre las

pruebas, y no desprendiéndose ni del examen de las actuaciones, ni de las resoluciones recurridas datos inequívocos que permitan ejercer a este Tribunal su control sin necesidad de reenvío, debemos evitar nuestro pronunciamiento sobre la validez constitucional de la prueba derivada, retrotrayendo las actuaciones, para que sean los órganos judiciales los que resuelvan acerca de la existencia o no de la conexión de antijuridicidad y sobre la suficiencia de la prueba no contaminada, si la hubiere, para sustentar la condena.

Tampoco nos corresponde pronunciarnos en este momento acerca de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que sólo se produciría si no hubiera existido prueba de cargo válida sobre la que fundar las condenas (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FFJJ 5 y 6; 149/2001, de 27 de junio, FJ 7; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 8; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 14)”.

6. La imparcialidad del juez

A) Rasgos generales

La jurisprudencia nunca ha dudado que la Constitución española consagra el derecho a ser juzgado por un juez imparcial: la “concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto”, que implica de manera “preeminente” la imparcialidad, “que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad”. Así lo afirmó la Sentencia 47/1982, de 12 de julio (FJ 3), que otorgó amparo frente a la inadmisión *a limine* de una recusación dirigida contra cuatro magistrados del Tribunal Supremo, pues el artículo 24 de la Constitución comprende el derecho a “recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad”.

Lo que ocurre es que la larga lista de derechos enumerados en el artículo 24 de la Constitución no menciona expresamente la imparcialidad. Eso dio lugar a que, inicialmente, el fundamento del derecho al juez imparcial fluctuara entre el derecho al proceso y derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (SSTC 47/1982, de 12 de julio; 47/1983, de 31 de mayo; 44/1985, de 22 de marzo). Y quizá explica que se mencionara con insistencia que el derecho a la imparcialidad del juez se reconocía en el Convenio europeo de derechos humanos (art. 6.1) y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 14.1). Desde la Sentencia 44/1985, de 22 de marzo, el Tribunal español se hizo eco de la jurisprudencia europea en esta materia (citando concretamente la STEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack*). La influencia de la doctrina de Estrasburgo en este punto ha sido constante y determinante.

La doctrina constitucional quedó asentada poco después. La Sentencia 113/1987, de 3 de julio, fijó el *locus* del derecho, de nuevo con apoyo en Estrasburgo: “La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del art. 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las

garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador. Este derecho está, asimismo, reconocido en el art. 10 de la Declaración universal de los derechos humanos y en el art. 6.1 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución, deben orientar la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de examinar esta cuestión en distintas ocasiones, declarando a este propósito (aun cuando los fallos hayan sido de diferente signo en unos y otros casos) que los aspectos relativos a la organización y constitución de los Tribunales, y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructorias y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador” (FJ 2).

Finalmente, la Sentencia 145/1988, de 12 de julio, completó el razonamiento y declaró inconstitucional que el juez que instruye una causa la juzgue, anulando la disposición que impedía mantener la separación personal entre instrucción y juicio oral establecida en la Ley de enjuiciamiento criminal desde 1872. Concretamente, se trataba del párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que había confiado el enjuiciamiento de estos delitos (la gran mayoría de los juzgados en España) a los Juzgados de Instrucción, para descongestionar a las Audiencias Provinciales. Esa nulidad tuvo consecuencias fulminantes: la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, creó los Juzgados de lo Penal para “acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia” de imparcialidad del juzgador, que el “Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que ... es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal” (preámbulo de la Ley).

Esta trascendental Sentencia, una de las de mayor impacto inmediato que han sido dictadas por el Tribunal Constitucional, se fundamentó sólidamente: junto al artículo 24 de la Constitución aparece el artículo 6 del Convenio europeo, cuya jurisprudencia asume un protagonismo llamativo:

“la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y, más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que «en ningún caso» será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54.12 de la [Ley de enjuiciamiento criminal] consistente en haber sido el citado Juez «instructor de la causa». Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la LECr, en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran de las leyes. La recogida en el citado art. 54. 12 de la [Ley de enjuiciamiento criminal] busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la LECr). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin

la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso *Piersack*, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950” (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5).

B) Dificultades para aplicar los criterios de la jurisprudencia europea

Desde entonces, el derecho fundamental a un juez imparcial ha sido desarrollado por una vigorosa jurisprudencia, no exenta de contradicciones y tensiones. Algunas tienen que ver con el casuismo que se ha seguido en la apreciación de la imparcialidad objetiva, siguiendo los pasos del Tribunal de Estrasburgo. Otras, con la cuestión de las declaraciones extraprocesales de los jueces o magistrados.

En relación con el primer punto, es interesante observar que España ha sido condenada varias veces por vulnerar el derecho al juez imparcial. Lo cual contrasta con el hecho de que la jurisprudencia española sigue con fidelidad los dictados del Consejo

de Europa en este punto. Un rápido repaso a los casos podría, quizá, ofrecer pistas para entender esta situación que roza la paradoja.

La Sentencia de 28 de octubre de 1998, caso *Castillo Algar*, declaró vulnerado el derecho al juez imparcial de un militar, que había sido condenado a tres meses de prisión por malversación de caudales públicos: el tribunal militar que lo había juzgado había estado formado por dos magistrados que habían participado, durante la instrucción, en su procesamiento. Su recurso de amparo había sido inadmitido (providencia de 20 de febrero de 1995, ra 4009-1994).

Los restantes casos han sido similares: en todos ellos, la imparcialidad de uno o varios jueces había quedado empañada por su previa participación en actos de instrucción de la causa que luego sentenciaron, especialmente en relación con el procesamiento o la inculpación o con medidas que, como la prisión provisional, conllevan una apreciación, aun cuando sea indiciaria, de culpabilidad. Pueden verse los casos *Perote Pellón* (STEDH de 25 de julio de 2002), *Gómez de Liaño y Botella* (STEDH de 22 de julio de 2008), y *Cardona Serrat* (STEDH de 26 de octubre de 2010).

El contraste entre esta última sentencia y la pronunciada por el Tribunal español (STC 143/2006, de 8 de mayo) nos permite entrever que no hay discordancias de principio: el diablo se esconde en los detalles de la aplicación a las circunstancias del caso concreto.

Quizá una reflexión acerca de las distintas funciones que corresponden a una jurisdicción internacional de derechos humanos, a una jurisdicción constitucional e, incluso, a la legislación, permitiría evitar tropiezos en el futuro. Nada impide al legislador adoptar una regla clara, que separe tajantemente las funciones de instruir y juzgar, y evite tener que adoptar decisiones, siempre complejas y subjetivas, a los jueces llamados a formar Sala y a los tribunales que deben revisar si sus decisiones respetaron, o no, el derecho al juez imparcial.

C) Las declaraciones extraprocesales del juez

Otro ámbito de interés sobre el derecho fundamental al juez imparcial lo ofrece la jurisprudencia sobre las declaraciones de los jueces y magistrados fuera del proceso que están llamados a juzgar con imparcialidad.

La doctrina española arranca con la Sentencia 162/1999, de 27 septiembre. Su fallo otorgó amparo a un justiciable, porque el presidente de la Sala que lo había juzgado había efectuado varias declaraciones a la prensa: el presidente había hecho una defensa pública del prestigio del tribunal llamado a juzgar a un reo, a la sazón alto cargo público acusado de prevaricación y malversación de fondos públicos, replicando a sus reiterados ataques públicos. En el curso de esas declaraciones, el magistrado había afirmado que la actitud del reo había sido “penosa y miserable”, sus acusaciones “vergonzosas” y reveladoras de “una catadura moral” no deseable para un Presidente de Comunidad Autónoma.

La Sentencia 162/1999 sentó que las “exigencias de imparcialidad se proyectan sobre la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso”. Analizando esta última, razonó que las manifestaciones realizadas por el magistrado “no le alinearon con ninguna de las partes, ni sirvieron de auxilio a las pretensiones de la acusación”, ni tampoco “cabe deducir una toma de posición anímica en favor o en contra de la culpabilidad del entonces acusado”. Sin embargo, la expresión de tan airado juicio de valor sobre el reo “convirtió en fundado el temor de que dicho Magistrado no utilizara como criterio de juicio el previsto por la ley, sino que podría sustituirlo por sus propias pasiones y desafectos, expresados en dichas declaraciones”: “el mismo medio en que se expresaron las sospechas, el tenor, contundencia y radicalidad de la descalificación del recurrente que contenían permite fundar una sospecha legítima de parcialidad. Dicho de otro modo, el [magistrado] exteriorizó una convicción personal que le hizo aparecer como inidóneo para juzgar el caso”. La Sentencia subrayó que “la protección pública de la acción de los Tribunales y de su autoridad no es una misión para la que los Jueces y Magistrados que los integran sean los más idóneos, pues el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la salvaguarda de su propia imparcialidad les impone un específico deber de reserva que tanto les impide utilizar como argumento el propio objeto del enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, como

anticipar cualquier veredicto sobre la culpabilidad del acusado o sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de los ciudadanos en general, incursos en un enfrentamiento personal con aquél, distinto y superior al que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal, y quien es objeto de la misma. Por tanto, la constatación de que las manifestaciones que sirven de fundamento a la queja no eran sino réplica de otras precedentes del acusado no es justificación suficiente de su contenido desde la perspectiva de la debida imparcialidad” (FJ 9).

Al admitir que las declaraciones externas que efectúen los jueces y magistrados pueden afectar al derecho fundamental a la imparcialidad del juzgador, el Tribunal Constitucional español se hizo eco deliberadamente de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, entre otras, de 27 de septiembre de 1999, caso *Buscemi contra Italia*, y de 28 de octubre de 1999, caso *Wille contra Liechtenstein*), como afirma la STC 5/2004, de 16 de enero (FJ 5).

Un aspecto difícil de esta doctrina se puso de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional se vio obligado a enjuiciar la imparcialidad de su Presidente, por diversas declaraciones efectuadas a los medios de comunicación (AATC 226/2002 de 20 de noviembre; 61/2003, de 19 de febrero, con Voto particular; 144/2003, de 7 de mayo; 194/2003, de 12 de junio; 265/2003, de 15 de julio, entre otros).