

# Capítulo I

## La presunción de inocencia

MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA  
SUMARIO:

### A) CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

1. Autos de procesamiento y prisión.
2. Sentencia condenatoria en la instancia.
3. Efectos en el procedimiento de indemnización por prisión irregular.
4. Efectos en los distintos procesos penales.

### B) VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

1. Valoración de la prueba y vacío probatorio.
2. Proscripción de la arbitrariedad.
3. Límites del control casacional de las funciones valorativas.
4. La valoración de la prueba y el recurso de apelación.
  - 4.1. Los principios de inmediación y contradicción en la apelación frente a sentencias absolutorias.
  - 4.2. Efectos.
  - 4.3. Excepciones.
    - 4.3.1. Prueba documental.
    - 4.3.2. Prueba pericial.
    - 4.3.3. Calificación jurídica.
    - 4.3.4. Prueba indiciaria.
    - 4.3.5. Otros supuestos.
    - 4.3.6. Análisis en apelación de los criterios de credibilidad del testimonio.
  - 4.4. La citación en apelación del absuelto como manifestación del derecho de defensa.
  - 4.5. Consecuencias de la STC 167/2002 en la regulación de la apelación.
  - 4.6. Valor de la grabación del juicio oral en la apelación.
  - 4.7. La doctrina de la STC 167/2002 en el recurso de casación.
5. Valor del acta del juicio oral.

### C) EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO.

1. Naturaleza.
2. La presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo.

### D) MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA. E) LA CARGA DE LA PRUEBA.

1. Hechos impeditivos y extintivos.
2. Error de prohibición y error de tipo.
3. Causas de justificación.
4. Prescripción.
5. Menor de edad.
6. Agravantes y circunstancias cualificadas.
  - 6.1. Robo y hurto.
  - 6.2. Reincidencia.
7. Calificación, grado de ejecución, participación, culpabilidad y juicios de valor sobre intenciones.
8. Consecuencias pecuniarias.
  - 8.1. Responsabilidad civil.
  - 8.2. Multa.
    - 8.2.1. La prueba de la situación económica del reo.
    - 8.2.2. Multa proporcional.

### F) EL IMPULSO PROBATORIO: EL ARTÍCULO 729.2.º LECRIM.

### G) APRECIACIÓN DE OFICIO DE CIRCUNSTANCIAS FAVORABLES.

### H) EL DERECHO A LA PRUEBA.

1. Prueba pertinente y prueba necesaria.
2. Requisitos de forma.
  - 2.1. La proposición de la prueba.
    - 2.1.1. En el proceso ordinario.
    - 2.1.2. En el procedimiento abreviado.
    - 2.1.3. En el procedimiento ante el Tribunal del jurado.
  - 2.2. La protesta como reacción frente a la denegación de prueba.
3. Control casacional de la denegación de pruebas.

### I) EL ATESTADO POLICIAL.

1. Naturaleza jurídica del atestado.
2. Sus efectos procesales.

#### J) LAS DILIGENCIAS SUMARIALES.

1. Naturaleza jurídica.
2. Diligencias sumariales con valor de prueba.
3. Requisitos para conceder valor probatorio a las diligencias sumariales.
4. Sobrevaloración de las diligencias sumariales: los procesos de ruptura.
5. El secreto del sumario.
  - 5.1. El secreto respecto de terceros: El artículo 301 LECrim.
  - 5.2. El secreto en cuanto a las partes: El artículo 302 LECrim.

#### K) EMPLEO DE MEDIOS PREDISPUESITOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS.

1. El agente provocador.
2. El agente encubierto o infiltrado.
3. El confidente.
4. El delincuente arrepentido.
5. Empleo de medios materiales.

#### L) LA PUBLICIDAD DEL PROCESO Y SUS EXCEPCIONES.

#### M) PRÁCTICA DE LA PRUEBA MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA. N) LA CONCENTRACIÓN DE LOS ACTOS DE PRUEBA: EL ARTÍCULO 788.1 LECRIM.

#### Ñ) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL RECURSO.

1. Cauce procesal adecuado para invocar la vulneración de la presunción de inocencia.
2. Legitimación.
3. Extensión del control casacional de la presunción de inocencia.
4. Efectos de la resolución judicial que en vía de recurso aprecie vulneración de la presunción de inocencia.
5. Presunción de inocencia y principio acusatorio en el recurso.

## A) CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

«Es doctrina clásica de este Tribunal –reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2– que la presunción de inocencia, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo, un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo» (STC 33/2015, de 2 de marzo).

El principio de presunción de inocencia a que el artículo 24.2 de la Constitución da acogida entre el listado de los derechos fundamentales, viene reconocido y proclamado en diversos Convenios de rango internacional. Así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre 1948 establece que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley». Declaración reiterada en el artículo 6.2 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Consignándose en el Acta Final de Helsinki de 1 de agosto de 1975 la importancia atribuida al respeto de los derechos fundamentales tal y como resulta especialmente de las constituciones de los Estados miembros y de la Convención Europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (SSTS de 14 de junio de 1993 [RJ 1993, 5010], 3 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7607] y 5 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 8976]).

En sus paredes maestras significa «que toda persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho delictivo y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías». «El derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho

constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso» (SSTS de 16 de marzo de 1998 [RJ 1998, 3275], 23 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2676], 14 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2473], 15 de octubre de 2009 [RJ 2009, 5603] y 29 de noviembre de 2010 [RJ 2011, 593]).

«La presunción de inocencia constituye no sólo un criterio normativo del Derecho Penal sustantivo y adjetivo, sino un derecho fundamental que ampara como garantía constitucional todo el proceso a través de una estructura de veracidad interina o provisional que aunque no se corresponde en propiedad con lo que, técnicamente, se entiende por presunción, funciona como tal a través de un esquema que contiene un hecho-base o conocido por probado en el proceso, unido por un enlace lógico o causal, a un denominado hecho-consecuencia. Por ello, cualquiera que sea la denominación que se le asigna, el principio despliega su eficacia iuris tantum en el campo probatorio en favor del titular de tal derecho, que no es otro que todo aquel que se halla sometido al ejercicio del ius puniendi del Estado» (STS de 29 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8535] Causa Especial 840/96 [caso Mesa Nacional de Herri Batasuna]).

«La presunción de inocencia guarda relación con el elemento más importante del tipo penal, la culpabilidad, configurada también como principio por esa importancia, elemento subjetivo que marca la frontera de la vindicta, aunque sea colectiva, con la justicia que comporta el Derecho penal como tal Derecho. Pues bien, un paso más en esa evolución, configurado —éste sí— como uno de los principios cardinales del ius puniendi contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, es aquel que proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario» (SSTC 34/1996, de 11 de marzo y 123/1997, de 1 de julio). Aun cuando no sea una creación ex nihilo, ya que inspiraba la entera estructura de nuestra LECrim desde 1882, la presunción de inocencia ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su inclusión en el haz de aspectos que hacen posible la eficacia instrumental de la tutela judicial — artículo 24 CE— (SSTC 138/1992, de 13 de octubre, 102/1994, de 11 de abril, 133/1995, de 25 de septiembre, 123/1997, de 1 de julio y 33/2000, de 14 de febrero).

El derecho a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas i) de cargo, ii) válidas, iii) revestidas de las necesarias garantías, iv) referidas a todos los elementos esenciales del delito, y v) de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quiebras lógicas y sin necesidad de «suposiciones» frágiles en exceso.

No impone la presunción de inocencia la exigencia de que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre —FJ 4.º—; 107/2011, de 20 de junio —FJ 4.º—; 111/2011, de 4 de julio —FJ 6.º a)—, o 126/2011, 18 de julio —FJ 21.º a)—. Presunción de inocencia es compatible con que una misma actividad probatoria sea capaz de generar conclusiones divergentes en jueces igualmente imparciales (STS 309/2021, de 12 de abril).

«El derecho fundamental a la presunción de inocencia, no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. De los textos normativos antes mencionados no resulta sólo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino además, el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo, suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico penal» (SSTS de 12 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9354], 4 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1380], 12 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1725], 20 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2333], 18 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 7165], 22 de enero de 1998 [RJ 1998, 201], 13 de julio de 1998 [RJ 1998, 7003], 3 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1943], 19 de abril de 2000 [RJ 2000, 3714], 20 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 7833], 8 de julio de 2002 [RJ 2002, 7642] y 29 de enero de 2004 [RJ 2004, 1381]). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (STS de 30 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7863]).

Conforme a la STC 12/2011, de 28 de febrero «el derecho fundamental a la presunción de inocencia está indudablemente vinculado al pronunciamiento de culpabilidad, debiendo quedar ésta motivadamente probada más allá de toda duda razonable ... y respecto de cada uno de los delitos por los que haya sido condenado, independientemente de si de cada uno de ellos se deriva el cumplimiento efectivo de una pena, o si, en virtud del criterio de acumulación jurídica asumido por el legislador penal —que puede establecerse incluso sobre

condenas dictadas en distintos procesos (artículo 76.2 CP)– el máximo legal de cumplimiento se alcanza ya con la pena impuesta por algunos de esos delitos. En el caso que nos ocupa, no puede compartirse la conclusión del Tribunal Supremo de que es suficiente con que se declare probada la realización de tres tentativas de asesinato para justificar la condena por once, y avalar así, confirmándolo, el pronunciamiento condenatorio del órgano de instancia a pesar de la citada ausencia de motivación sobre la valoración probatoria, entendiéndose que con ello ya se alcanzaría el máximo de pena previsto en el artículo 76 CP: resulta indudable que la irrelevancia de parte de los delitos por los que se pronuncia la condena a los efectos de establecer el máximo legal de cumplimiento de la pena no puede eximir a los órganos judiciales de probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable».

A partir de su consagración constitucional como derecho fundamental (artículo 24.2 de la Constitución), cuya trasgresión da lugar al recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, desde su primera sentencia dictada al respecto (STC 31/1981), ha ido perfilando tanto las características que lo definen como tal derecho fundamental de aplicación inmediata, como aquellas otras de que han de estar revestidos los elementos de juicio utilizables para destruir tal presunción. En primer lugar, y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima (STC 31/1981, de 28 de julio), o más bien suficiente (STC 160/ 1988, de 19 de septiembre y otras muchas). Cualitativamente, los medios de prueba han de tener un signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto de cargo (STC 150/1989, de 25 de septiembre) y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos (STC 109/1986, de 24 de septiembre), lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria (STC 86/1995, de 6 de junio).

Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), «cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio», lo que, una vez evaluada la validez constitucional de su práctica, pasa por contrastar que la prueba preste soporte a la convicción alcanzada por el Tribunal más allá de toda duda razonable. No se trata de evaluar si el Tribunal de instancia debió alcanzar la convicción que obtuvo con preferencia a otras, sino si contó con material probatorio que, en una ponderación racional y lógica, permita alcanzar con solidez ese convencimiento. Considerando además que ese juicio de racionalidad debe presidir también la valoración de la prueba indiciaria y permitir que resulte atendible la tesis incriminatoria sustentada por la acusación, de manera que a partir de determinados indicadores pueda llegarse a una certeza sobre el hecho principal objeto de imputación (STS 308/2021, de 12 de abril).

Es también doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria («más allá de toda duda razonable») ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008) (STS de 25 de abril de 2010 [RJ 2010, 4922]).

También la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de reafirmar tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, el derecho a la presunción de inocencia es quizá la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo «uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal» (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STS 41/2007, de 10 de marzo) (STS 282/2014, de 10 de abril).

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba (STS 835/2015, de 23 de diciembre y STS 712/2015, de 20 de noviembre).

El derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24.2.º de la Constitución, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1.º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3.º de la Constitución; 2.º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3.º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4.º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5.º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el artículo 741 LECrim, debiendo este Tribunal verificar y comprobar la correcta función jurisdiccional (SSTS de 18 de febrero de 2014 y 606/2015, de 20 de octubre).

En otros términos, la misión de un tribunal de casación, cuando conoce de la impugnación por denuncia del derecho a la presunción de inocencia, no es la de decidir el relato fáctico, ni elegir la actividad probatoria a valorar, sino controlar la función jurisdiccional realizada por otro tribunal que ha percibido de forma inmediata la prueba y para ello ha de examinar la existencia de una actividad probatoria ilícita y regular, la suficiencia de esa actividad probatoria como prueba de cargo capaz de enervar el derecho que asiste al imputado, y comprobar la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia, como obligación del tribunal y como explicación su la función realizada (STS 64/2016, de 8 de febrero).

## **1. AUTOS DE PROCESAMIENTO Y PRISIÓN**

El auto de procesamiento no puede, por su propia naturaleza, vulnerar por sí mismo la presunción de inocencia, pues «tratándose sólo de una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta el presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho» (STC 127/1998, de 15 de junio).

Tampoco el auto de prisión. «La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares» (AATC 325/1988, de 4 de julio y 732/1988, de 21 de julio y STC 71/1994, de 3 de marzo); «siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, basada siempre en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad y las circunstancias concurrentes» (ATC 98/1986, fundamento jurídico 3.º). «Los autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta» (alegaciones del Ministerio Fiscal, aceptadas implícitamente por el Tribunal Constitucional en el ATC 349/1988, de 16 de marzo). «Precisamente, aun soportando la medida cautelar de prisión provisional, al no haber sido declarado culpable de los hechos delictivos que se imputan, sigue gozando de la presunción de inocencia» (STC 107/1997, de 2 de junio).

Ahora bien, «en cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla

jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribiremos la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales» (SSTC 128/1995, de 26 de julio, 67/1997, de 7 de abril y 156/1997, de 29 de septiembre).

## **2. SENTENCIA CONDENATORIA EN LA INSTANCIA**

El derecho a la presunción de inocencia subsiste hasta que ha recaído sentencia condenatoria en la instancia. «La sentencia dictada en apelación o en casación puede revocar, sin duda, la sentencia condenatoria, librando al condenado de la tacha de culpabilidad, pero mientras tal revocación no se produce, la sentencia condenatoria destruye la presunción de inocencia y la trueca en presunción de culpabilidad. Cosa bien distinta es que la sentencia penal no deba cumplirse mientras la condena no es firme y deba, en consecuencia, considerarse también como prisión provisional la que se decreta después de recaída una condena recurrible» (ATC 325/1988, de 4 de julio).

## **3. EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN IRREGULAR**

La presunción de inocencia mantiene sus efectos después de dictarse sentencia absolutoria, en los procedimientos administrativo y judicial encaminados al reconocimiento de indemnización de daños y perjuicios por haber sufrido prisión irregular.

El TEDH en la sentencia de 25 de abril de 2006 (TEDH 2006, 35) –caso Puig Panella contra España– declara que «la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable.

El Tribunal debe examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por el lenguaje utilizado en su razonamiento, el Ministerio de Justicia y los tribunales internos vulneraron el derecho a la presunción de inocencia reconocido al demandante, cuya culpabilidad había sido previamente anulada por el Tribunal Constitucional. El Tribunal constata que el rechazo del Ministerio de Justicia de la petición de indemnización por haber sufrido prisión preventiva se basaba únicamente en la falta de prueba de la no participación del demandante en los hechos que se le imputaban. Resulta claramente de la motivación de la decisión del Ministerio de Justicia que debido a la supuesta culpabilidad (o a la falta de «certeza total en cuanto a la inocencia») del recurrente fue rechazada su demanda ... con lo que el Ministerio de Justicia se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente para rechazar su demanda de indemnización, a pesar de la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que restableció su derecho a la presunción de inocencia. En estas condiciones, el razonamiento del Ministerio de Justicia, confirmado posteriormente por los tribunales internos recurridos, es incompatible con el respeto de la presunción de inocencia. Ha habido, por tanto, violación del artículo 6.2 del Convenio».

Y en la STEDH de 13 de julio de 2010 (TEDH 2010, 84) –caso Tendam contra España– nuevamente recuerda que el ámbito de aplicación del artículo 6.2 no se limita a procesos penales pendientes, sino que es ampliable a procesos judiciales consecuencia de la absolución definitiva del imputado (sentencias Sekanina, Rushiti contra Austria, de 21 de marzo de 2000, y Lamanna contra Austria, de 10 de julio de 2001) en la medida en que las cuestiones planteadas en estos procesos constituyen un corolario y un complemento de los procesos concernidos en los que el demandante tenía la condición «de imputado». Aunque ni el artículo 6.2 ni otra cláusula del Convenio da derecho a indemnización por un encarcelamiento preventivo legal en caso de absolución (Dinares Peñalver contra España, de 23 de marzo de 2000), la expresión de sospechas sobre la inocencia de un imputado no es admisible tras una absolución firme (ver, en este sentido, Sekanina). El Tribunal ha tenido ocasión de señalar que una vez firme la absolución –incluso si se trata de una absolución por el beneficio de la duda conforme al artículo 6.2– la expresión de dudas sobre la culpabilidad, incluidas las relativas a los motivos de absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti). En efecto, decisiones judiciales posteriores o declaraciones que emanan de las autoridades públicas pueden plantear un problema bajo el ángulo del artículo 6.2, si equivalen a una constatación de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del imputado (ver Del Latte contra Países Bajos, de 9 de noviembre de 2004).

Además, el Tribunal señala que en virtud del principio «in dubio pro reo», que constituye una expresión particular del principio de la presunción de inocencia, no debe existir diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de una constatación de la inocencia de la persona. En efecto, las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos en que el Juez Penal funde su decisión en el caso. Muy al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por todas las autoridades que se pronuncian de manera directa o indirecta sobre la responsabilidad penal del interesado (Vassilios Stavropoulos contra Grecia, de 27 de septiembre de 2007). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por la prisión provisional no es razonable y supone una vulneración de la presunción de inocencia (Capeau contra Bélgica).

El Tribunal considera que este caso difiere del asunto Puig Panella, en el que la demanda de indemnización había sido presentada por el demandante tras una sentencia del Tribunal Constitucional que anuló, una vez cumplida la pena de prisión, las sentencias condenatorias de las que fue objeto. Ahora bien, en el caso presente, el demandante fue absuelto en apelación y no cumplió una pena de prisión firme. A pesar de estas diferencias, el Tribunal debe igualmente en este caso examinar si, por su manera de actuar, por la motivación de las sentencias o por el lenguaje utilizado en su razonamiento, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones internas han arrojado sospechas sobre la inocencia del demandante y, por tanto, han vulnerado el principio de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 6.2 del Convenio (Puig Panella, citado).

El Tribunal considera que la resolución del Ministerio de Justicia e Interior se basó en el hecho de que el demandante había sido absuelto en apelación por falta de pruebas de cargo suficientes contra él y no por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo. Para rechazar la solicitud de indemnización del demandante, el Ministro señaló, tras la sentencia absolutoria, que no había quedado suficientemente acreditada la falta de participación del demandante en los hechos delictivos. Aunque basado en el artículo 294.1 de la LOPJ, que establece que sólo tienen derecho a una indemnización las personas que hayan sido absueltas o hayan sido objeto de sobreseimiento definitivo debido a la inexistencia de los hechos que se les imputan, dicha motivación, sin matiz ni reserva, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante. El Tribunal considera que este razonamiento, que distingue entre una absolución por falta de pruebas y una absolución que resulta de la constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del acusado, cuyo fallo debe ser respetado por todas las autoridades judiciales, cualesquiera que sean las razones dadas por el juez penal (Vassilios Stavropoulos).

El Tribunal Constitucional, en la STC 85/2019, de 19 de junio, resolviendo una cuestión interna de inconstitucionalidad, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con los efectos indicados en el FJ 13 de la sentencia. Este artículo 294 LOPJ disponía: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Recuerda el TC que «para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia» (STC 8/2017, FJ 7), señalando que en tal sentencia ha admitido que «las resoluciones denegatorias de la indemnización pueden lesionar el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia de Estrasburgo».

#### **4. EFECTOS EN LOS DISTINTOS PROCESOS PENALES**

También el proceso ante el Tribunal del Jurado queda sometido a las reglas a que se sujeta la presunción de inocencia, «que no varían básicamente de una clase de proceso a otro, pues no resultaría congruente con la esencia del derecho fundamental que la enervación de aquella presunción pudiera producirse por unas determinadas pruebas practicadas en una clase de enjuiciamiento ante una determinada clase de Tribunal y que esas mismas pruebas no fueran suficientes para producir tal efecto si fueran presentadas ante otro Tribunal de composición diferente. Como se ha dicho gráficamente en alguna ocasión (STS de 11 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 7462]), «no resulta admisible sostener que una prueba de cargo pueda ser válida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia en un delito de homicidio frustrado y no en otro de homicidio consumado, o en un secuestro o una violación y no en un delito de amenazas o de allanamiento de morada, en función de la composición del Tribunal competente para el enjuiciamiento» (STS de 7 de julio de 2005 [RJ 2005, 6813]).

En efecto la STS 1053/2013, de 30 de septiembre, nos recuerda que el Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional más, incluido dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de las peculiaridades de cada tipo de procedimiento, los principios, las reglas y los criterios que se tienen en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse substancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Concretamente, la presunción de inocencia, que asiste a toda persona a la que se acusa de un hecho punible, como dijimos antes, implica que debe ser considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad y exige que la acusación presente pruebas válidas que acrediten suficientemente la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo. Esta exigencia queda sujeta a unas reglas que no varían básicamente de una clase de proceso a otra, pues no resultaría congruente con la esencia del derecho fundamental que la enervación de aquella presunción pudiera producirse por unas determinadas pruebas practicadas en una clase de enjuiciamiento ante una determinada clase de Tribunal y que esas mismas pruebas no fueran suficientes para producir tal efecto si fueran presentadas ante otro Tribunal de composición diferente (STS 40/2015, de 12 de febrero).

La presunción de inocencia rige también en el proceso de reforma de menores, habiendo declarado la STC 30/2005, de 14 de febrero que «las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son también de aplicación al procedimiento de menores (SSTC 36/1991, de 14 de febrero y 60/1995, de 17 de marzo), en el que la especial incidencia en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. Más en concreto, este Tribunal ya ha descartado la posibilidad de que se plantee, por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en el juicio oral, máxime teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, de la que España es parte (BOE de 31 de diciembre de 1990), dispone en su artículo 40.2 b) que a «todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente: i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley» (STC 211/1993, de 28 de junio)».

## **B) VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

### **1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y VACÍO PROBATORIO**

La presunción de inocencia no supone una inmisión en el área de valoración de la prueba, por cuanto la constitucionalidad del artículo 741 de la LECrim, referida al juicio por delitos, como del artículo 973 respecto al juicio de faltas, viene reconocida por el artículo 117.3 de la Constitución, «que atribuye exclusivamente a los juzgados y tribunales, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (SSTS de 6 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2441] y 18 de marzo de 1987 [RJ 1987, 2187]).

Lo que no es admisible es que se pueda valorar «lo que no existe (ex nihilo nihil facit)» (STS de 23 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7951]); o «un vacío probatorio absoluto, definitivo e insuperable» (STS de 16 de marzo de 2006 [RJ 2006, 1638]).

La necesidad de distinguir en el contenido del derecho a la presunción de inocencia entre un aspecto objetivo, concerniente a la existencia de una verdadera prueba, y otro subjetivo, referido al momento de su valoración, constituye una de las premisas sobre las que la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, ha distribuido las funciones entre el Magistrado y los Jurados, atribuyendo al primero el control de aquella dimensión objetiva como cuestión jurídica.

La función de la Magistratura como garantía del buen funcionamiento de la institución, aparece diáfana en su Exposición de Motivos: «ejercer el control sobre la licitud u observancia de garantías en la producción probatoria... y en la apreciación objetiva sobre la existencia de elementos incriminadores...»; función que asume no sólo en el momento de decretar la apertura del juicio oral, sino una vez concluido éste, al poder



decidir, incluso de oficio, «la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado» (artículo 49, párrafo primero), pues no hay que olvidar que «hasta el juicio oral no existe verdadera prueba, que la valoración de su existencia como tal corresponde al órgano del juicio y que en el juicio, durante todo él, se puede poner de manifiesto la ilegalidad o la absoluta falta de fuerza incriminadora de los medios de prueba de que se dispuso».

Pero «no existiendo en el proceso penal pruebas exclusivas o excluyentes, todos los medios probatorios, si son legales desde la constitucionalidad y desde la legalidad ordinaria, son aptos para formar parte de ese acervo probatorio que después ha de ser valorado según la íntima convicción de los jueces en base a las facultades que les atribuyen los artículos 741 procesal y 117.3 constitucional» (STS de 31 de enero de 1996 [RJ 1996, 95]).

«El principio de libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios utilizados en el proceso concreto de que se trate, debiendo el Tribunal valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior a uno sobre otro, siendo el Juzgador a quo, el que tuvo contacto directo con la práctica de la prueba, quien ha de valorarlos todos para conceder su crédito total o parcialmente al que, conforme a su criterio, más lo merezca» (STS de 21 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2118]). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2676).

Y también, por esa misma razón «en materia probatoria, el principio de igualdad ante la ley no es exactamente aplicable a la valoración en conciencia de los elementos probatorios, que es tarea exclusiva de los órganos juzgadores. Nuestro sistema procesal permite clasificar las pruebas en función de su mayor o menor fiabilidad sin que se viole la igualdad ante la ley por dar mayor credibilidad a un testimonio frente a otro de signo contrario. Si se admitiese la aplicación del principio de igualdad a la valoración de la prueba, estaríamos ante un sistema de prueba tasada, que ha sido rechazado y superado por la introducción del principio de libre valoración en conciencia de la prueba aportada» (STS de 13 de febrero de 1999 [RJ 1999, 502]).

Es ya doctrina pacífica que rectifica anteriores planteamientos jurisprudenciales la cobertura de los elementos subjetivos (como el conocimiento y voluntad) por las exigencias de la presunción de inocencia, aunque por sus características, será la prueba indiciaria la que sustente habitualmente su concurrencia (STS 521/2015, de 13 de octubre).

Y es de añadir «que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3)» (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5 y STS 655/2015, de 4 de noviembre).

También debemos tener en cuenta que, salvo supuestos en que se constatae irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente (STS 43/2016, de 3 de febrero).

## **2. PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD**

El Tribunal Constitucional, tiene afirmado que existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 244/1994, 160/1997, 82/2002, 59/2003 y 90/2010).

Aunque, por otro lado, «la apreciación en conciencia, a la que se refiere expresamente el artículo 741 LECrim, no quiere decir que el órgano juzgador goce de un absoluto arbitrio para apreciar la prueba, sino que debe ajustarse, en sus criterios valorativos, a las reglas de la lógica, del criterio racional y de la sana crítica, respetando también los principios o máximas de experiencia y los conocimientos científicos que responden a reglas inamovibles del saber...

La consagración en la Constitución de la presunción de inocencia, no ha supuesto la derogación del sistema instaurado por nuestra ley procesal, sino que su trascendencia se ha circunscrito a lo que se denomina «recta inteligencia del artículo 741 LECrim», precepto que no concede a los tribunales, la arbitrariedad ni la posibilidad de guiarse por suposiciones imprecisas o intuiciones, ni aprovechar, a los fines probatorios, lo meramente impalpable o inaprehensible, sino que exige valorar las pruebas en conciencia, siempre que se haya practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo» (STS de 13 de febrero de 1999 [RJ 1999, 502]).

Por tanto, «no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal penal de que ha habido efectivamente una actividad probatoria de cargo de la que se deduce la culpabilidad del procesado. La estimación en conciencia a que se refiere el artículo 741 LECrim no ha de entenderse o hacer equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso. El Juez debe tener la seguridad de que su conciencia es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y a la que sirve. Suele posarse la atención sobre las propias expresiones de los artículos 717 y 741 de la Ley de Enjuiciar en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los jueces. Criterio racional es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura» (SSTS de 12 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8198], 25 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8000], 10 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1282], 11 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1710], 29 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8535] Causa Especial 840/96, caso Mesa Nacional de Herri Batasuna, 15 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 429] y 10 de junio de 2008 [RJ 2008, 4080]).

Para la STS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4387) «la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Y en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes».

La sentencia de condena no es arbitraria si alcanza una verdad «más allá de toda duda razonable» que es el canon de certeza exigible en toda decisión condenatoria tanto por la Sala de Casación, como por el Tribunal Constitucional y TEDH (SSTEDH de 18 de enero de 1978, 27 de junio de 2000 –Salman vs. Turquía–, 10 de abril de 2001 –Tamli vs. Turquía–, 8 de abril de 2004 –Tahsin vs. Turquía–) (STS de 29 de septiembre de 2010 –RJ 2010, 7646– caso «crimen de Fago»). También la STS de 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862).

En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS 808/2015, de 10 de diciembre, en la que se decía que La garantía de presunción de inocencia, a activar cuando queda fuera de cuestión la validez de los medios de prueba producidos en juicio oral bajo principios de publicidad y contradicción, exige que el Tribunal que condena haya alcanzado certeza sobre la realidad de los hechos que se imputan al acusado como fundamento de su condena.

Respecto a las condiciones de esa certeza ha de exigirse su objetividad. No se trata pues de examinar si el Tribunal subjetivamente dudó o no. Lo que importa es si debería hacerlo. La objetividad, que implica un criterio más reforzado que la pura estimación en conciencia o íntima convicción, deriva de la relación entre los rendimientos de los medios de prueba, de contenido resultante de mera interpretación previa a su valoración, y las conclusiones establecidas sobre la existencia de los hechos imputados, tanto los relativos al comportamiento externo de los sujetos como a los componentes subjetivos, en la medida exigida por el tipo penal, la participación del sujeto o la estimación de circunstancias modificativas.

Esa relación ha de establecerse como una consecuencia de la valoración de aquellos rendimientos que externamente vienen a justificar la decisión. Pero eso exige su acomodo al canon que reporta tanto la lógica como la experiencia en la medida que dicho canon es asumido por la generalidad. Y, además, la tesis así

conformada debe merecer la consideración de concluyente, es decir, no abierta a otras tesis alternativas razonables.

### **3.LÍMITES DEL CONTROL CASACIONAL DE LAS FUNCIONES VALORATIVAS**

El margen de revisión en casación cuando se denuncia vulneración de la presunción de inocencia no nos permite a reevaluar prueba que no hemos presenciado, solo la legalidad de su obtención e incorporación al proceso, su suficiencia incriminatoria y la racionalidad de las inferencias sobre las que se construye la conclusión fáctica (STS 329/2021, de 22 de abril).

En todo caso, se ha sostenido con reiteración «que la cuestión de la credibilidad de las declaraciones prestadas ante los Tribunales de instancia y apreciadas directamente por éstos no puede ser objeto de revisión en el marco del recurso de casación. El fundamento de este criterio no proviene de una supuesta soberanía de los jueces a quibus –como se sostenía en otros tiempos– ni tampoco de una reserva de competencia que sólo permite a estos Tribunales pronunciarse sobre la credibilidad de tales declaraciones. Por el contrario, la razón de esta doctrina jurisprudencial es la imposibilidad técnica del Tribunal de casación de ver y oír las declaraciones testificales, en forma directa (es decir, con inmediatez). La convicción en conciencia respecto de la prueba testifical y de las declaraciones de los inculpados depende de la percepción directa de las mismas, por lo tanto, ella no es revisable en la medida en la que no es posible la repetición de la prueba. Ello no excluye que en la casación sea revisable la estructura racional del juicio sobre estas declaraciones desde la perspectiva de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, dado el principio general del Derecho de interdicción de la arbitrariedad que establece el artículo 9.3 CE» (STS de 23 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6369]).

Pero «fuera de este aspecto de la racionalidad del juicio de valoración son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia, y por ello la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio no puede ser replanteada en este ámbito casacional» (SSTS de 6 de junio de 2000 [RJ 2000, 5245], 29 de noviembre de 2004 [RJ 2005, 23], 18 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 10059] y 10 de marzo de 2011 [RJ 2011, 2647]).

De igual forma la STS de 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 837) ha declarado que «la ponderación de la credibilidad de las declaraciones que testigos o acusados han formulado ante el Tribunal de los hechos no es revisable en casación, mientras el contenido de tales declaraciones no aparezca como objetivamente inaceptable por carecer de consistencia lógica, apartarse manifiestamente de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 21 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6927), 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1181), 17 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1731), 11 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9670), 26 de febrero de 1999 (RJ 1999, 882), 15 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1307), 23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2676), 28 de julio de 1999 (RJ 1999, 6664), 1 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8621), 11 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6891), 30 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3317) y 3 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3335).

Y es que, como ha advertido la STS de 2 de julio de 1994 (RJ 1994, 6414), si bien «la jurisprudencia es clara y pacífica en lo referente a la exclusión de las cuestiones de la veracidad de la prueba testifical del ámbito de la casación, ello no significa, como es obvio, que si un Tribunal determina su convicción sobre la base de criterios manifiestamente arbitrarios o aberrantes la cuestión no sea corregida por esta Sala en aplicación del artículo 9 CE».

Lo mismo ocurre con la prueba pericial, estando abierta la casación «cuando la ponderación de esta prueba sea manifiestamente arbitraria, por consiguiente, como vulneración del artículo 9.3 de la CE, es decir, por la vía de los artículos 5.4 LOPJ y 849.1 LECrim» (STS de 26 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2515]).

La posibilidad de que el Tribunal de Casación revise la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador tiene su campo preferente de aplicación en el ámbito de la prueba indiciaria, aunque como ya se ha visto, no puede descartarse excepcionalmente en supuestos de prueba directa. En efecto, como ponen de relieve las SSTS de 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329) y 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 943) «la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso casacional en lo que depende de la inmediación, pero es revisable en lo que concierne a la

estructura racional del discurso valorativo, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del alcance casacional utilizado. E incluso en la apreciación de testimonios, en cuya valoración el artículo 717 LECrim impone al Tribunal ceñirse a las reglas del criterio racional, cabe distinguir, en ocasiones, un primer nivel de apreciación dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y ajeno, en consecuencia, al control en vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha practicado la prueba, de un segundo nivel en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o acepta determinados resultados probatorios aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas, o en definitiva arbitrarias (artículo 9.1 de la CE y STS de 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9218]), como lo sería, por ejemplo y por situarnos en un supuesto límite, la que fundamentase la condena en un testimonio de cargo, descartando totalmente los de descargo, con la caprichosa fundamentación de que es más creíble el testimonio de un payo que el de un gitano, o el de un varón que el de una mujer».

Ya la STS de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1777) advirtió que «el juicio sobre la credibilidad de un testigo no se fundamenta exclusivamente en la percepción de su declaración, sino que se da también un elemento racional, que excluye la credibilidad de toda afirmación que aparezca como realmente imposible».

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080), 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 555), 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3073), 16 de julio de 2009 (RJ 2010, 1989), 21 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5750) y 5 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4057), para las que «la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 209/2004, de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur (STS 1030/2006, de 25 de octubre)».

La STS de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2025) concluye que el Tribunal de casación, operando con criterios objetivos, puede revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia, y que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión puede excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente. Pues «el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta» (SSTS 1579/2003, 1579/2003, de 21 de noviembre; y 677/2009, de 16 de junio).

Y en la misma dirección, la STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6958) ha advertido que «la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma. La inmediación constituye un medio de acceso a la información, pero no puede concebirse como una atribución del Juez para que seleccione o descarte los medios probatorios producidos en el plenario, prescindiendo de un discurso justificativo racional. La inmediación no blindo a la resolución de instancia contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior. La creciente trascendencia de la inmediación como atalaya valorativa que, en el caso de las sentencias absolutorias, incluso, priva al Tribunal de alzada de la posibilidad de subrogarse en la conclusión fáctica (SSTC 169/2002, 188/2003, 4/2004), transfiere al Juez de instancia una especial responsabilidad motivadora pues, precisamente, de su completa y racional justificación cognitiva depende la inmodificabilidad de sus conclusiones fácticas».

En la STS 644/2015, de 13 de octubre, en la que se dice que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales, las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, o los dictámenes periciales, ni a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada e inmediata del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta propia Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, razonablemente valorada.

Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba (SSTS 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril) o, en palabras contenidas en otros precedentes, siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables (cfr. SSTS 848/2999, de 27 de julio; 784/2009, de 14 de julio y 625/2008, de 21 de octubre). No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba (STS 636/2015, de 7 de octubre).

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas (STS 622/2015, de 23 de octubre).

En ocasiones, la Sala Segunda ha señalado (STS 67/2016, de 8 de febrero, por ejemplo), que en el recurso de casación la alegación según la cual se ha vulnerado la presunción de inocencia puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación:

– En primer lugar, que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él.

– En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica.

– Y, en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria (STS de 3 de octubre de 2005).

Ello no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada.

Cuando se trata de pruebas personales, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en la

STS 951/1999, de 14 de junio, que «... el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos».

#### **4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EL RECURSO DE APELACIÓN**

En el examen del recurso de apelación es necesario tener en cuenta la nueva regulación tras la modificación de la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que modifica los artículos 790 y 792 de forma muy relevante.

Hemos destacado también que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a LECrim, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no sólo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino también de la supervisión que realizaron de la valoración de la prueba hecha por el órgano de enjuiciamiento. Una verificación que entraña constatar que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/2001, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena. Aunque el control por parte del Tribunal de apelación sobre la coherencia del juicio probatorio del Tribunal de instancia no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han presentado, sí debe confirmar que el órgano de enjuiciamiento haya fijado con claridad las razones contempladas para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos.

De ese modo, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son sólo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el Tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo. Todo ello cribado por el tamiz de la racionalidad y solidez de la inferencia en la que se sustenta la prueba indiciaria, no sólo desde su cohesión lógica, esto es, que es irrazonable la conclusión si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él, sino desde su calidad concluyente, pues el desenlace propuesto nunca puede ser válido si la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa.

En todo caso, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, han proclamado que el control de la calidad concluyente de la inferencia debe de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo, y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que sólo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006, de 24 de abril, entre otras) (STS 341/2021, de 23 de abril).

En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba (STS 322/2021, de 21 de abril).

Cuando se invoca la vulneración del principio de presunción de inocencia en una sentencia de apelación nuestro control casacional es limitado. El recurso se estructura sobre una causa enjuiciada por un tribunal, que con inmediación ha percibido la prueba practicada. En una segunda instancia ha sido revisado, en los términos que las partes han querido invocar, sobre el contenido del derecho fundamental alegado u otros aspectos del enjuiciamiento o de la subsunción. De esta manera el contenido esencial del derecho queda satisfecho a partir de la valoración de la prueba por el tribunal de primera instancia y del tribunal de apelación con las posibilidades de reiteración de prueba que la ley dispone. En casación, ya no es posible la práctica de prueba, no concurre la precisa inmediación en la percepción de la prueba y, por lo tanto, el ámbito de revisión

sólo puede realizarse sobre lo que hemos denominado estructura racional de la prueba, que permite a la Sala constatar la existencia de la prueba y la correcta valoración de la prueba en los términos de racionalidad que establece el artículo 741 LECrim (STS 300/2021, de 8 de abril).

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del Jurado.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre o 163/2017 de 14 de marzo) (STS 290/2021, de 7 de abril).

#### **4.1. Los principios de inmediación y contradicción en la apelación frente a sentencias absolutorias**

Como recuerda la STS 733/2015, de 25 de noviembre, concorde con otras muchas, la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la STC 167/2002, así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para empeorar su situación tras una sentencia condenatoria, en tanto que viene a exigir que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de éstas ante el tribunal que resuelve el recurso. Y también que, desde la perspectiva del derecho de defensa, es igualmente necesario en esos casos dar al acusado la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquel.

Solamente, pues, es posible la rectificación de una sentencia absolutoria, o en general el empeoramiento de la posición del acusado, si el Tribunal que resuelve el recurso se basa en la infracción de ley por la indebida aplicación, inaplicación o interpretación de la norma (STS 522/2015, de 17 de setiembre).

En este sentido, el TEDH ha entendido que, cuando el Tribunal de apelación haya de proceder a una nueva valoración de la prueba que revele la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal de la prueba por parte del Tribunal a quem, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de las pruebas que acrediten la culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 [TEDH 1988, 10] –caso Ekbatani contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 44] –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 46] –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28–; 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 45] –caso Fejde contra Suecia, § 32–).

En definitiva, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Esta doctrina se inicia con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que se remite a la sentencia de 27 de junio de 2000 (TEDH 2000, 145) del TEDH –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– que declara que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 (TEDH 2000, 404) –caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96–, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

También en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici contra Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González contra España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll contra España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el artículo 6.1 del Convenio. Añadiendo el FJ 4: En el mismo sentido, el TEDH en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson contra Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del artículo 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde contra Suecia; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe contra Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González contra España, § 36).

También las SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios contra España (§ 41) y de 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández contra España (§ 34) declaran que «siendo las cuestiones tratadas de naturaleza fáctica, el Tribunal considera que la condena del demandante en apelación por la Audiencia Provincial después de un cambio en la apreciación de esos elementos de hecho, sin que el demandante hubiera tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio en el curso de una audiencia pública, no es conforme a las exigencias de un proceso equitativo tal como lo garantiza el artículo 6 § 1 del Convenio».

La utilización por el Tribunal Constitucional Español –STC 167/2002– de esos criterios jurisprudenciales para la solución del problema constitucional de la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación –concretamente en el procedimiento abreviado de la LECrim–, puede sin duda suscitar algunas dificultades a la hora de interpretar el artículo 795 en el marco de la Constitución.

«En realidad –dice la sentencia que se comenta– de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el artículo 795.2 LECrim (y habida cuenta que las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho), es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por esas limitaciones, y no, en principio, los otros dos («quebrantamiento de las normas y garantías procesales» o «infracción de precepto constitucional o legal»).

Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del TEDH que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, F 4;



120/1999, de 28 de junio, FF 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba... La Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación.

En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 120/1999, de 28 de junio, F 6, de que los demandantes de amparo no hubieran solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que el artículo 795.6 LECrim establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 68] –caso Cooke contra Austria, § 43–)».

En consecuencia, «como la única prueba constitucionalmente válida con la que poder enervar la presunción de inocencia era la declaración autoinculpativa de los demandantes de amparo, prestada ante la policía, ratificada ante el Juzgado de Instrucción y rectificadas después en el juicio oral; y si la Audiencia Provincial, por impedírsele los principios de inmediación y contradicción, no podía por sí misma valorar dicha prueba, al no haberse producido ante ella, es visto que su Sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia de los apelados absueltos; por lo que la Sentencia recurrida en amparo vulnera este derecho fundamental de los demandantes».

Esta doctrina se reitera en las SSTC 197/2002, 198/2002, 200/2002, todas ellas de 28 de octubre, y en la STC 212/2002, de 11 de noviembre, relativa esta última a la prueba testifical, a cuyo tenor «en el caso de una sentencia absolutoria en primera instancia que resulta revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria, existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías si la Audiencia Provincial procede a revisar y corregir la valoración y ponderación de las declaraciones prestadas ante el Juez de lo Penal, sin respetar por su parte los principios de inmediación y contradicción»; y así, «eliminadas las pruebas testificales por falta de inmediación en la nueva valoración que se hace por el Tribunal a quem no existen otras distintas a aquellas sobre las que pueda basarse el veredicto de culpabilidad,... por lo que existió también vulneración de la presunción de inocencia dado que las pruebas en que se sustenta la condena no se practicaron de conformidad con las garantías de inmediación, contradicción y oralidad».

Para la STC 1/2009, de 26 de enero «la garantía de inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. 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, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino 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».

El Tribunal Supremo, por su parte, ha ido precisando el alcance de esta doctrina limitativa de los recursos contra sentencias absolutorias, y ha precisado, de forma sintética, en la STS 733/2015, de 25 de noviembre, entre otras muchas, que la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la STC

167/2002, así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para empeorar su situación tras una sentencia condenatoria, en tanto que viene a exigir que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de éstas ante el tribunal que resuelve el recurso. Y también que, desde la perspectiva del derecho de defensa, es igualmente necesario en esos casos dar al acusado la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquel.

También en la STS 522/2015, de 17 de septiembre, se enfrentaba esta cuestión, resolviendo que la jurisprudencia de esta Sala, por todas la STS 773/2014, de 28 de octubre, ha considerado que no procede en casación la condena o el empeoramiento de la situación de un acusado que haya resultado absuelto en la instancia cuando ello requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, «... dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso».

En definitiva, conforme a la consolidada doctrina expuesta, cuando el tribunal de instancia haya establecido los hechos probados, tanto objetivos como subjetivos, sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de aquellos para dictar una sentencia condenatoria sobre un nuevo relato fáctico, requiere una audiencia pública en la que se pueda oír al acusado que niega la comisión del hecho imputado y en la que se practiquen las pruebas personales que han de ser valoradas.

Incluso cuando la rectificación de los hechos, objetivos o subjetivos, se base en pruebas de otra clase o en razonamientos o inferencias realizados sin necesidad de alterar el resultado probatorio sobre los indicios establecido en la instancia, el derecho de defensa exige que el acusado sea oído directamente por el Tribunal que resuelve el recurso.

Solamente, pues, es posible la rectificación de una sentencia absolutoria, o en general el empeoramiento de la posición del acusado, si el Tribunal que resuelve el recurso se basa en la infracción de ley por la indebida aplicación, inaplicación o interpretación de la norma.

## **4.2. Efectos**

Resumiendo con la STC 188/2009, de 7 de septiembre, la doctrina iniciada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre y seguida en numerosas sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, 24/2009, de 26 de enero y 108/2009, de 11 de mayo, indica que «el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. En aplicación de esta doctrina hemos reiterado que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. De manera que hemos enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, 164/2007, de 2 julio y 60/2008, de 26 de mayo). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) determina también el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena».

En el mismo sentido las SSTC 68/2003, de 9 de abril, 209/2003, de 1 de diciembre, 118/2003, de 16 de junio, 50/ 2004, de 30 de marzo, 75/2004, de 26 de abril, 94 y 95/2004, de 24 de mayo, 128/2004, de 19 de julio, 192/2004, de 2 de noviembre, 200/2004, de 15 de noviembre, 19/2005, de 1 de febrero, 27 y 31/2005, de 14 de febrero, 43/2005, de 28 de febrero, 59 y 65/2005, de 14 de marzo, 105, 112 y 116/2005, de 9 de mayo, 163, 166 y 168/2005, de 20 de junio, 178, 181 y 185/2005, de 4 de julio, 199 y 208/2005, de 18 de julio, 229/2005, de 12 de septiembre, 267/2005, de 24 de octubre, 282/2005, de 7 de noviembre, 307 y 324/2005, de 12 de diciembre, 24/2006, de 30 de enero, 95/2006, de 27 de marzo, 114/ 2006, de 5 de abril, 217/2006, de 3 de julio, 309/ 2006, de 23 de octubre, 11/2007, de 15 de enero, 29/ 2007, de 12 de febrero, 134/2007, de 4 de junio, 164/ 2007, de 2 de julio, 182/2007, de 10 de septiembre, 207/2007, de 24 de septiembre, 28/2008, de 11 de febrero, 36/008, de 25 de febrero, 64/2008, de 26 de mayo, 177/2008, de 22 de diciembre, 180/2008, de 22 de diciembre, 24/2009, de 26 de enero, 49/2009, de 23 de febrero, 54/2009, de 23 de febrero, 64/2009, de 9 de marzo, 103/2009, de 28 de abril, 118/2009, de 18 de mayo, 120/2009, de 18 de mayo, 144/2009, de 15 de junio, 150/2009, de 22 de junio, 173/2009, de 9 de julio, 214/2009, de 30 de noviembre, 215/2009, de 30 de noviembre, 1/2010, de 11 de enero, 30/2010, de 17 de mayo y 46/2011, de 11 de abril, en todos estos casos el efecto fue la anulación de la sentencia de condena, retornando la inicial absolucón.

Con otro matiz la STC 230/2002, de 9 de diciembre, usando los mismos fundamentos, considera vulnerados los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración por la Audiencia Provincial de la prueba testifical y de las declaraciones de los acusados en la instancia; no obstante, en este caso, al margen de estos medios de prueba «no susceptibles de valoración por esa razón», existe una prueba documental, respecto a cuya virtualidad probatoria nada corresponde decidir al Tribunal Constitucional; por lo que «procede retrotraer las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial, a fin de que dicte una nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en la que decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, resuelve revisarla».

Esta segunda solución adoptan también las SSTC 189/2003, de 27 de octubre, 10 y 12/2004, de 9 de febrero, 28/2004, de 4 de marzo, 40/2004, de 22 de marzo, 96/2004, de 24 de mayo, 14/2005, de 31 de enero, 78/2005, de 4 de abril, 130 y 136/2005, de 23 de mayo, 202 y 203/2005, de 18 de julio, 8/2006, de 16 de enero, 80/2006, de 13 de marzo, 91/2006, de 27 de marzo, 360/2006, de 18 de diciembre, 15/2007, de 12 de febrero, 142/2007, de 18 de junio, 213/2007, de 8 de octubre, 115/2008, de 29 de septiembre, 3/2009, de 12 de enero, 16/2009, de 26 de enero, 21/2009, de 26 de enero, 46/2009, de 23 de febrero, 80/2009, de 23 de marzo, 132/2009, de 1 de junio, 170/2009, de 9 de julio y 127/2010, de 29 de noviembre.

Cabe mencionar una tercera postura, mantenida por la STC 41/2003, de 27 de febrero, que reprocha a la Audiencia Provincial de Cáceres «el no haber oído personalmente los testimonios de referencia y la declaración del acusado, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir válidamente la efectuada por el Juzgado de lo Penal» (que había dictado sentencia absolutoria); procediendo a «retrotraer las actuaciones judiciales, a fin de que, con la tramitación pertinente y con el respeto de los principios de inmediación y contradicción, por dicha Audiencia Provincial se dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho fundamental conculcado», con lo que parece apuntar un efecto retroactivo de mayor alcance a la nulidad.

### **4.3. Excepciones**

En definitiva, tratándose de pruebas personales, según se lee en la STC 245/2007, de 10 de diciembre «la Constitución veda ex artículo 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido; esto es: sin inmediación en pruebas cuya valoración requiere la garantía de inmediación» (STC 112/2005, de 9 de mayo); de tal suerte que «forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen –sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio– y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo» (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, 111/2005, de 9 de mayo y 185/2005, de 4 de julio).

Como advierte la STC 118/2009, de 18 de mayo, «la garantía constitucional del artículo 24.2 CE para la condena en segunda instancia con modificación de hechos probados no requiere tanto la existencia formal de vista, cuanto la garantía material de audiencia e intermediación de los elementos de convicción personales (declaraciones de denunciante, denunciado, testigos y peritos), salvo que la decisión tenga su origen en un diverso juicio de valoración jurídica o de experiencia, independiente de pruebas personales».

#### **4.3.1. Prueba documental**

En cambio, no es de aplicación dicha doctrina cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de las pruebas documentales que, como señalan las SSTC 40/2004, de 22 de marzo, 119/2005, de 9 de mayo, 271/2005, de 24 de octubre y 46/2011, de 11 de abril, por su propia naturaleza pueden ser válidamente valoradas por el Tribunal ad quem sin que sea imprescindible un nuevo juicio penal probatorio con la finalidad de respetar los principios de intermediación, contradicción y publicidad.

Debe tenerse en cuenta, de todos modos, tanto respecto de la prueba documental como en relación con la prueba pericial, que, por imperativo del derecho de defensa, no es posible la condena sin dar al acusado la posibilidad de ser oído si la valoración de la prueba documental conduce a una modificación de los hechos probados, tanto objetivos como subjetivos. Así se decía en la STS 522/2015, de 17 de septiembre que incluso cuando la rectificación de los hechos, objetivos o subjetivos, se base en pruebas de otra clase [no personales] o en razonamientos o inferencias realizados sin necesidad de alterar el resultado probatorio sobre los indicios establecido en la instancia, el derecho de defensa exige que el acusado sea oído directamente por el Tribunal que resuelve el recurso.

#### **4.3.2. Prueba pericial**

La STC 75/2006, de 13 de marzo, tampoco consideró precisa la celebración de vista en segunda instancia, tratándose de prueba pericial, en relación con un delito de administración desleal, pues en ese caso «la Audiencia Provincial se limitó a recoger y valorar los datos y conclusiones facilitados por el Auditor en sus informes, elaborados a partir de informaciones procedentes también de fuentes documentales... limitándose aquel profesional a proporcionar a los jueces una máxima de experiencia o de herramientas para apreciar un hecho científico. Por otra parte, ya decíamos en nuestra STC 143/2005, de 6 de junio, referente a una condena por delito contra la hacienda pública, que la prueba pericial entonces practicada, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado, sí podría ser valorada en este caso sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los citados informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan. Circunstancia que también concurre en el presente caso, en el que la Audiencia valora la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta».

En el mismo sentido, la STC 120/2009, de 18 de mayo, si bien aclara que esto no es de aplicación 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, FJ 7; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4; y 21/2009, de 26 de enero, FJ 2).

#### **4.3.3. Calificación jurídica**

Tampoco es precisa la celebración de vista cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la sentencia de instancia también consideraba acreditados), para cuya valoración no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Así se pronuncian las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, 113 y 119/2005, de 9 de mayo y 43/2007, de 26 de febrero, que recuerdan que el TEDH (SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 45 y 46], caso Jan-Ake Andersson contra Suecia y caso Fedje contra Suecia), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988 (TEDH 1988, 10), caso Ekbatani contra Suecia, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». De igual modo se ha manifestado la STEDH de 5 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 72), en el asunto Hoppe contra Alemania, destacando que el artículo 6 CEDH «no siempre implica un

derecho a una audiencia pública, independientemente de la naturaleza de las cuestiones que se tienen que resolver».

En ese sentido la STC 8/2006, de 16 de enero, deniega el amparo porque «no cabe apreciar vulneración alguna de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia por el hecho de haber sido condenada en apelación, como autora responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318.1 del Código Penal, por razón de una diferente calificación jurídica por el Tribunal ad quem de los mismos hechos declarados probados por la sentencia dictada en instancia». Tampoco la agravación de la condena de faltas de amenazas por delitos de amenazas, al considerar la Audiencia que los hechos revestían suficiente gravedad en atención a las circunstancias concurrentes; supuesto contemplado en la STC 347/2006, de 11 de diciembre. Es también una cuestión de calificación jurídica la condena en apelación por imprudencia, al considerar que la conducta que mereció la inicial absolución –limpiar con agua jabonosa unos cacharros sobre la acera de una calle en pendiente– genera un riesgo previsible penalmente relevante, por lo que la STC 336/2006, de 11 de diciembre deniega el amparo. En el mismo sentido la STC 328/2006, de 20 de noviembre, extendiendo esta doctrina al recurso de casación, deniega el amparo por considerar que no se produjo la revisión fáctica de la sentencia absolutoria, «sino que la condena acordada en casación se ha basado en una distinta apreciación jurídica, y no de hecho, sobre la existencia de dolo eventual en la conducta del recurrente, la cual deriva de elementos de prueba de naturaleza documental que, legal y constitucionalmente, pueden ser valorados en casación».

También la STC 34/2009, de 9 de febrero, en que la Audiencia Provincial aceptando la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consideró que la calificación jurídica que había llevado a cabo el Juzgado de lo Penal al absolver de un delito contra la intimidad no era correcta, ya que el acusado sin consentimiento de la perjudicada vulneró el derecho a la intimidad de la misma accediendo a su agenda personal y en base a los datos que se reflejan en la misma a su correo electrónico, obteniendo de esa manera datos personales de ella y de su entorno, enviando e-mails, lo que constituye un delito del artículo 197.1 y 2 CP.

Lo mismo ocurrió en el caso de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, en un delito de impago de pensiones, pues la Audiencia Provincial, «aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, infiere de los mismos que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la sentencia de separación y de su obligación de pagar la pensión alimenticia, en tanto que en el proceso de separación los dos cónyuges estaban representados por el mismo Procurador, por lo que ha de entenderse que ambos tuvieron conocimiento de la resolución al mismo tiempo, sin que el acusado adujera lo contrario, de manera que cuando se ratificó la denuncia ante el Juzgado de Instrucción, ya se había producido el impago durante más de dos meses consecutivos, concurriendo, pues, los elementos integrantes del tipo penal finalmente aplicado»; y además «como el acusado no compareció al acto del juicio oral, el Juez a quo valoró la declaración vertida ante el Juez de Instrucción, de modo que, sin mayor dificultad, se deriva que, no habiendo existido intermediación judicial en la primigenia valoración probatoria –en tanto se valoró la declaración sumarial–, no es dable que la Audiencia hubiera quebrantado, con su apreciación del mencionado testimonio, una intermediación judicial inexistente por razones atribuibles a quien ulteriormente la reclama». En esta sentencia, sin embargo, se otorgó el amparo al considerar vulnerado el derecho de defensa, ya que el acusado no tuvo la oportunidad de ser oído por el Tribunal que lo condenó. Se decía en este sentido que aun tomando en consideración el dato de que, como se ha concluido en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad de ser oído en la fase de recurso, audiencia que, como se señala en la precitada STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 58, no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal.

En aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1.º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del factum permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria (STS 22/2016, de 27 de enero).

#### 4.3.4. Prueba indiciaria

En la STC 43/2007, de 26 de febrero, la Audiencia llegó a la conclusión condenatoria respecto del delito contra la seguridad del tráfico por el que había sido absuelto en primera instancia, partiendo del respeto de los hechos probados de esta sentencia, infiriendo que quien presenta pupilas dilatadas, olor a alcohol y andar vacilante y se niega a practicar la prueba de alcoholemia a pesar de que los guardias civiles actuantes le informan que con ello podría incurrir en delito, precisamente porque afirma que va a dar positivo, evidencia una afectación de sus facultades psicofísicas y de reflejos que le convierten en un peligro potencial para bienes jurídicamente protegidos, puesto que quien no es capaz de controlar su deambulación, difícilmente va a poder controlar una actividad más compleja como es la conducción de un vehículo a motor; y para llegar a esa deducción «no era necesario reproducir en la segunda instancia el debate procesal con inmediatez y contradicción, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción en un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso».

Referida a otro delito de conducción alcohólica, la STC 272/2005, de 24 de octubre deniega igualmente el amparo porque «lo que fue determinante para la condena por la Audiencia Provincial fue el cambio de valoración de una prueba documental, como es la identificación del aparato alcoholímetro y el número de calibración que constaban por medio del resguardo impreso de la medición efectuada, el cual había sido unido a la causa... La Audiencia, al dotar de relevancia al índice de alcoholemia obtenido merced a una diferente consideración de la prueba documental, le confiere valor inculpatario al ir acompañado de otros indicios, como la sintomatología que presentaba el acusado, tal como había sido considerada por el Juez, así como por la presencia de otros elementos, también indiscutidos y, en todo caso, de apreciación objetiva, como el modo de producción de la colisión y los cuantiosos daños ocasionados por ella».

También a otro caso de conducción alcohólica se refiere la STC 256/2007, de 17 de diciembre, denegando el amparo, toda vez que «el dato relativo a la influencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas en la conducción, no constituye un verdadero "hecho", aunque se incluyera como tal en la sentencia, sino una valoración jurídica de la prueba que podía ser modificada por la Sala al resolver el recurso y considerar que esa influencia sí que estaba acreditada, radicando en esta valoración el núcleo de la discrepancia entre ambas resoluciones judiciales y la base de la inicial absolución y posterior condena. La concurrencia de este elemento del tipo se infiere por parte de la Audiencia Provincial a partir de una serie de datos extraídos de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia ... Ciertamente, en la explicitación del razonamiento que le permite llegar a esa conclusión se hace referencia a las manifestaciones del acusado, acerca de que estaba muy cansado, porque no había dormido y que, pese a ello, ingirió alcohol. Pero la Audiencia Provincial no realiza una distinta valoración de la credibilidad de dicho testimonio, limitándose a destacar unos datos recogidos en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia y a modificar la valoración jurídica de los mismos llevada a cabo por el Juzgado, pues si para éste eran indiciarios de la existencia de otra posible causa de producción del accidente (el cansancio), para la Audiencia son indicativos de unas condiciones psicofísicas en las que la ingesta alcohólica multiplica el riesgo de pérdida de control y, por tanto, de la influencia de éste en la conducción».

Tal es también el criterio seguido por la STC 74/2006, de 13 de marzo, en la que se habla de prueba de indicios extraída de los propios datos de hecho declarados como probados en la sentencia recurrida, de los que se dedujo un dato de hecho influyente en la calificación del delito (tratarse de un edificio habitado en un delito de robo), para lo que no era necesario reproducir el debate procesal en la segunda instancia; e igualmente en la STC 170/2005, de 20 de junio, que admitió la inferencia de la existencia del elemento subjetivo del ánimo de apropiación de un dinero en un delito de apropiación indebida.

También deniega el amparo la STC 170/2005, de 20 de junio, porque «el órgano de apelación se limitó a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, estando ante una cuestión de estricta valoración jurídica que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que fuera necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediatez».

Pero en general, por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, el Tribunal Constitucional ha hecho especial incidencia en que también concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «cuando en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo, sin celebrar nueva

vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas» (SSTC 189/2003, de 27 de octubre, 114/ 2006, de 5 de abril, 217/2006, de 3 de julio, 213/2007, de 8 de octubre, 120/2009, de 18 de mayo, 144/2009, de 15 de junio, 127/2010, de 29 de noviembre y 46/2011, de 11 de abril).

Así, en el caso de la STC 80/2009, de 23 de marzo, «no se trató meramente de la rectificación de la inferencia llevada a cabo por el órgano judicial de instancia, sino de que los indicios en los que la Audiencia Provincial fundó su juicio de inferencia (sobre el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes adquiridos en un delito de receptación) determinante de la modificación del relato fáctico y de la condena no se tienen por acreditados en la sentencia de instancia y provienen de una nueva valoración de pruebas de carácter personal practicadas en el acto del juicio, sin haber celebrado nueva vista, ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente a los acusados, testigos y peritos en un debate público en el que se respetasen los principios de publicidad, inmediación y contradicción». Una declaración similar hace la STC 170/2009, de 9 de julio, en un caso de falsificación de prendas del artículo 274.2 CP.

Lo mismo ocurrió en el caso de la STC 24/2009, de 26 de enero, referida a un delito de conducción bajo la influencia del alcohol, en el que «el dato indiciario que resulta decisivo para la modificación del relato fáctico y de la condena (los síntomas que presentaba el acusado) proviene de una nueva valoración de una prueba de carácter personal (el testimonio de uno de los agentes de los Mossos d'Esquadra, a partir de la constancia del contenido escrito del mismo que facilita el acta del juicio) sin celebrar nueva vista ni haber podido examinar directa y personalmente al testigo en un debate público en el que se respetase la posibilidad de contradicción..., por lo que la exclusión del indicio extraído de la indebida valoración de la prueba personal convertiría la inferencia en ilógica o no concluyente».

#### **4.3.5. Otros supuestos**

Corolario de todo ello, según declaran las SSTC 272/2005, de 24 de octubre, 338/2005, de 20 de diciembre, 80/2006, de 13 de marzo, 15/2007, de 12 de febrero, 126/2007, de 21 de mayo, 196/2007, de 11 de septiembre y 1/2009, de 12 de enero, es que «la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia.

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia, serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida...».

En todo caso, como hemos visto, salvo en los casos en los que la rectificación sea exclusivamente jurídica, es decir, debida a una nueva valoración jurídica de los hechos probados, es preciso dar al acusado la oportunidad de ser oído, por imposición derivada de la efectividad de su derecho de defensa.

#### **4.3.6. Análisis en apelación de los criterios de credibilidad del testimonio**

«A la hora de enjuiciar si existió o no vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la nueva valoración de una declaración testifical que el órgano judicial no ha presenciado – se lee en la STC 338/2005, de 20 de diciembre–, resulta determinante precisar cuáles son los motivos por los cuales el órgano de apelación ha concedido a la declaración testifical una verosimilitud que el órgano de instancia le negó. A tal efecto es necesario distinguir entre aquellos supuestos en los cuales la nueva valoración de la declaración se funda o razona en la existencia de elementos añadidos o consideraciones adicionales que vienen a sustituir, sobreponiéndose a ella, la labor realizada por el órgano que enjuició los hechos con inmediatez, de aquellos otros en los que el órgano de apelación funda su criterio divergente respecto de la credibilidad de un testigo en el análisis crítico de los motivos o razones que sobre la credibilidad de ese mismo testigo ofrece la resolución judicial impugnada... No cabe descartar que la supervisión externa de los razonamientos que conducen a afirmar la falta de credibilidad de un testigo pueda llevar al órgano de apelación a concluir que tales razonamientos no son acertados, ejerciendo así el control propio de un recurso ordinario y pleno. Dicho de otro modo, en los supuestos en los cuales la crítica que se contiene en la sentencia de apelación y que, consecuentemente, determina la alteración de los hechos probados, no se realiza a base de sustituir al órgano de enjuiciamiento en la valoración de medios probatorios cuya apreciación requiere inmediatez, sino que se proyecta sobre la corrección o coherencia del razonamiento empleado en la valoración de la prueba, sobre tal modo de proceder no proyecta consecuencia significativa alguna la inmediatez en la práctica de tales pruebas. En consecuencia, la garantía de inmediatez no puede jugar en estos casos el papel limitador de las facultades del órgano judicial a quem que, como proyección del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, desempeña en los supuestos primeramente referidos de sustitución o sobreposición en la valoración de medios probatorios precisados de inmediatez para su análisis».

En suma, esta STC 338/2005 deniega el amparo porque «la alteración de los hechos probados que realizó el Juez de apelación fue consecuencia de la verificación externa de la razonabilidad y coherencia de los concretos motivos por los que el Juez de Paz no concedió verosimilitud a la declaración de un testigo»; y así, rebatidas esas razones «al Juez de Instrucción no le queda sino atender al contenido de esa declaración... Al proceder de este modo el Juez de Instrucción no se sobrepone o sustituye al Juez de Paz, sino que, depurada la lógica del razonamiento empleado por éste, continúa su razonamiento con presupuestos (verosimilitud de la declaración del testigo) corregidos sin vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías».

Sin embargo, en sentido contrario se pronuncia la STC 15/2007, de 12 de febrero, para la que «incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial ad quem a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediatez si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano a quo para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediatez; máxime cuando la asunción de la verosimilitud del testimonio de la parte acusadora conlleva por se la negación de la credibilidad de lo manifestado por el acusado, quien negó haber sido el autor de las llamadas. Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediatez, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 CE, como de hecho acontece en el presente caso». En el mismo sentido se pronuncia la STC 54/2009, de 23 de febrero.

Desde la perspectiva de sentencias condenatorias recurridas en casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dicho lo siguiente: STS 821/2015, de 3 de diciembre: La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le



compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

STS 56/2016, de 4 de febrero: La jurisprudencia también ha insistido en que la cuestión de la credibilidad de los acusados, testigos o peritos que deponen ante el Tribunal es una cuestión básicamente encomendada a la instancia, de manera que, cuando se trata de enervar la presunción de inocencia, se ha recordado (STS 861/2015, de 20 de diciembre), que el Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 133/2014, que la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, de forma que tal decisión solamente puede ser corregida en casación cuando se aprecie en ella una evidente y absoluta falta de racionalidad. En el mismo sentido, en la STS 851/2015, de 9 de diciembre, se dice, citando la STS 526/2014 de 18 de junio, que «la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia».

#### **4.4. La citación en apelación del absuelto como manifestación del derecho de defensa**

En todo caso, como señala la STC 45/2011, de 11 de abril, «la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso –como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal–, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte».

También la STC 184/2009, de 7 de septiembre, que del mismo modo sitúa la audiencia del acusado en apelación en el contexto del derecho de defensa, considerándola necesaria en todo caso, con independencia de la naturaleza –personal o no– de las pruebas que hayan de ser valoradas por el órgano judicial que conoce del recurso. Recuerda la doctrina del TEDH (SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec contra Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi contra Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll contra España, § 27), que resalta que tras la revocación de la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él.

En este caso, la cuestión se refiere a modificaciones que van más allá de cuestiones puramente jurídicas, pues se trataba de afirmar, en contra de lo dicho en la instancia, que el acusado tenía conocimiento de un determinado aspecto de hecho, lo cual se infería desde la valoración de pruebas documentales.

«Aun tomando en consideración el dato de que la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad de ser oído en la fase de recurso ... Así, debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y ... –que se trataba de una cuestión meramente jurídica–). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el

órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno.

(...) La Audiencia Provincial hubo de concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, sin que obste a tal conclusión el hecho de que aquél no solicitara la celebración de la vista en su escrito de impugnación del recurso de apelación, pues, en tanto consideró que no existían pruebas cuya práctica pudiera ser necesaria, y teniendo en cuenta el hecho de que había sido absuelto en la primera instancia, no tenía particulares razones para instar la celebración de una audiencia pública (SSTEDH de 15 de julio de 2003, caso Arnarsson contra Islandia, § 38; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll contra España, § 32). Esto es, en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que acudió pudiera satisfacer su pretensión (STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3), siendo posible, por lo demás, que la celebración de la vista se hubiera acordado de oficio (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11)». En consecuencia, declara la nulidad de la Audiencia con retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno...

#### **4.5. Consecuencias de la STC 167/2002 en la regulación de la apelación**

Interesa citar la STC 285/2005, de 7 de noviembre, que analiza la compatibilidad entre el precepto que regula el recurso de apelación (el actual artículo 790.3 LECrim) y la doctrina derivada de la STC 167/2002, de 18 de septiembre:

«Aparentemente entre el precepto legal y la doctrina de la STC 167/2002 parece existir una contradicción, pero ésta se salva fácilmente mediante una interpretación más favorable al derecho de acceso al recurso del artículo 795.3 LECrim y acomodada a las exigencias constitucionales. En primer lugar, cuando la STC 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído –ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación–; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el artículo 795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia».

Sobre esta misma cuestión la STC 16/2009, de 26 de enero, se remite a la sentencia de Pleno STC 48/2008, de 11 de marzo, que declara que la doctrina que se deriva de la STC 167/2002 no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él, tampoco comporta, obvio es decirlo, que no puedan practicarse pruebas en apelación; del mismo modo que este Tribunal no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro Ordenamiento jurídico, sino sólo a exigir que en su desarrollo se observen las garantías constitucionales, obvio es que tampoco ha venido a cuestionarlo por excesivo.

La comparecencia y declaración de los acusados en la apelación, pues, no supone en sí misma quiebra alguna del artículo 24.2 CE, al no constituir ni una práctica vetada por la Constitución ni el fruto de una interpretación intolerable de la LECrim. Es más: cuando se practique prueba en apelación, podrá resultar en ciertos casos constitucionalmente obligada aquella comparecencia como exigencia de la garantía de contradicción o del derecho de defensa ...

Además, la sentencia no pone obstáculo para poder valorar en apelación las declaraciones prestadas en el juicio si se da una reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración. «En lo que afecta a la garantía de inmediación, una reproducción tal de las declaraciones –a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente– permite su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma.

Así lo hemos afirmado en relación con un problema diferente, aunque análogo en lo que afecta a la garantía de inmediación, cual es el del valor probatorio de las manifestaciones sumariales que el declarante no reitera en el juicio, bien porque declare en sentido diferente, bien porque decida no declarar. Su valoración pasa por su reproducción en la vista oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera ... el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción ... Puede así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas ...; puede también con ello el órgano judicial valorar, en su caso, la decisión del declarante de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores ...».

En el presente caso, en la vista de la apelación el recurrente, que había resultado absuelto en la sentencia que se recurría, optó por limitarse a ratificar sus declaraciones previas «en autos», sin que fuera interrogado al respecto por quienes habían solicitado su comparecencia e interesaban una nueva valoración de las mismas —el Ministerio Fiscal y, por adhesión, el Abogado del Estado—, que tampoco solicitaron su lectura. Ello supone que no sólo no se dio una situación de inmediación plena del órgano de valoración en relación con las declaraciones que valoraba, sino que, en su defecto, tampoco se produjo la garantía que de un modo constitucionalmente suficiente procura la reproducción oral de aquéllas en la vista en presencia del declarante, por lo que se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías.

#### **4.6. Valor de la grabación del juicio oral en la apelación**

Las SSTC 120/2009, de 18 de mayo y 2/2010, de 11 de enero, han tratado sobre el valor que ha de darse en la apelación a la grabación del juicio oral, siendo idénticos sus fundamentos. La singularidad que presentan ambos casos es si las garantías de inmediación y contradicción han quedado colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia.

«Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal —incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto— viene dada por imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido ...

El repaso de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto que ... resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas ...

Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” —esto es, con inmediación— de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia tempo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o revisio prioris instantiae, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un novum iudicium, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de inmediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la STC 16/2009, de 26 de enero, tal déficit de inmediación viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del

acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma.

Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala – aunque falte en esta segunda instancia la inmediación y la contradicción, como consecuencia de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación– cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador» (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b).

En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de inmediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola contra Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría contra Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos –tales como «la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable»–, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los artículos 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista.

En ambos casos la Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez a quo había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos.

Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal –desde el prisma de la credibilidad de los declarantes– al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE».

El Tribunal Supremo ha admitido la grabación para acreditar la realización de determinadas diligencias, actuaciones o pruebas en el plenario. Así, en la STS 566/2015, de 9 de octubre, se tuvo en cuenta para estimar acreditado que se le había concedido al acusado la última palabra. «El visionado de la grabación en audio video de la vista, de los pasajes que cita el recurrente, evidencia que sí se concedió en los términos dichos la palabra al ahora recurrente, contestando conforme a lo reseñado por la sentencia recurrida y según refleja su acta».

Según la STS 125/2014, de 20 de febrero, el visionado de la grabación audio-visual no sustituye la inmediación que exige también interacción con los medios de prueba.

Más allá de que no haya que «sacralizar» la inmediación (especialmente en lo que respecta a la fiscalización de sentencias condenatorias: tal principio nunca puede ser la coartada para una motivación exigua, ni puede erigirse él mismo en única motivación, ni es por sí garantía de acierto), en la reproducción videográfica no hay propiamente inmediación. Es tan solo un sucedáneo.

No existe en nuestro ordenamiento, a diferencia de algún significado ejemplo de derecho comparado cercano, una prohibición dirigida a los jueces de casación de visionar la grabación del juicio oral. Hay que partir de esa permisibilidad (para lo que constituye suficiente base legal el artículo 899 LECrim). Pero eso no puede degenerar en una suerte de «transformismo» procesal convirtiendo la casación en un recurso de apelación.

En la STS 125/2014, de 20 de febrero, se precisa que la grabación audiovisual en la resolución de un recurso de casación puede satisfacer ciertas finalidades, pero no la que sugiere el recurrente:

a) Puede servir para constatar determinadas incidencias procesales: que se ha efectuado la oportuna protesta; que se consignaron unas preguntas; que no se cumplió el trámite de la última palabra... La grabación sustituye al acta del juicio oral.

b) Esa grabación puede igualmente ser consultada, como todo el conjunto de las actuaciones (artículo 899), a los efectos de verificar la existencia de prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia; o para llegar a la conclusión contraria.

c) Cuando estamos ante una grabación obtenida extra-procesalmente e introducida y utilizada como medio probatorio en el proceso penal (imágenes de unas vigilancias; grabación que constituye el objeto de un delito contra la propiedad intelectual o contra la intimidad...) se podrá utilizar como medio documental sobre el que edificar un recurso por error facti al amparo del artículo 849.2.º en la medida en que la sentencia se haya apartado de los datos objetivos que se desprenden de ese «documento», que acredita el contenido de la grabación no la realidad de las manifestaciones que puedan efectuarse (SSTS 513/2007, de 19 de junio ó 342/2010, de 15 de abril).

Sin embargo, hay que rechazar tajantemente que la grabación pueda servir para una plena y nueva valoración de la prueba en casación. Eso que sería armonizable con la apelación –especialmente cuando se trata de revisar sentencias condenatorias–; no es congruente con el ámbito y las funciones que está llamado a desempeñar el recurso de casación. En la fiscalización de sentencias condenatorias puede ser usada la grabación solo para comprobar que no concurrió prueba de cargo suficiente para desmontar la presunción de inocencia; pero no para valorar directamente las pruebas de carácter personal usurpando una función que está atribuida en exclusiva al tribunal de instancia. La STS 978/2010 de 30 de diciembre, invocada por el recurrente representa un islote y por eso no es significativa.

La posibilidad de reproducir la vista grabada no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia siempre que sea racional y razonada. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña claramente la STS 503/2008, de 17 de julio de 2008 (caso del 11-M).

#### **4.7.La doctrina de la STC 167/2002 en el recurso de casación**

Resulta de interés la STC 245/2007, de 10 de diciembre, referida al recurso de casación, por las especiales características del mismo, en el que «no cabe apreciar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ignorara la garantía constitucional de inmediación en la valoración de las pruebas testificales por la sencilla razón de que no procedió a una valoración de dichas pruebas. Se limitó, en el marco de su función casacional, a controlar si concurría infracción de ley (artículo 849.1 LECrim) porque «no había concurrido suficiente prueba de cargo» o porque la sentencia recurrida «adolecía de falta de motivación de la valoración de la prueba». Y para realizar tales tareas revisoras ni la ley ni, en lo que ahora importa, la Constitución exigen inmediación: no exigen que el Tribunal revisor asista en su día a la práctica de la prueba cuya valoración revisa posteriormente en cuanto a su adecuación a las reglas legales y constitucionales de valoración».

Así también la STC 91/2009, de 20 de abril, que reconoce que el Tribunal Supremo no entra a realizar una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, ni tampoco modifica los hechos probados,

sino que procede a otorgar una diferente interpretación del elemento típico del delito contra el medio ambiente consistente en la potencialidad de la conducta para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», considerando, frente a la Audiencia Provincial, que la conducta realizada por el recurrente cae dentro del sentido literal posible del precepto y es, por tanto, subsumible en el mismo. Ello se evidencia, además, si se repara en la naturaleza normativa del citado elemento típico y en el carácter valorativo de circunstancias como «perjuicio», «grave» o «equilibrio» de un sistema natural, las cuales, para su aplicación, precisan siempre de un juicio valorativo a efectuar por el órgano judicial, cuya revisión por un órgano superior no ha de suponer –como no supone en el presente caso– una distinta valoración de la prueba, sino un diverso entendimiento de tales elementos típicos. Expresado en otros términos, la cuestión relativa a si el grado de afectación al medio ambiente descrito en los hechos probados como un «valor 2- incidencia baja» supone o no «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» (artículo 325 CP) no es una cuestión de hecho, sino de derecho, que por tanto resulta perfectamente revisable por el Tribunal Supremo a través del cauce casacional del artículo 849.1 LECrim.

Además, «la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y, con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el artículo 849.1 LECrim, ha asumido que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica, y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación. Mas tal discordancia no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guio a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada. A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos ... Tal reestructuración de la sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el artículo 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional» (STC 91/2009, de 20 de abril).

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial se ha visto matizada y modificada en dos aspectos muy sustanciales. De un lado, se entiende, de una forma mayoritaria, que los elementos del tipo subjetivo, entre ellos la intención del sujeto, son también hechos. De naturaleza subjetiva, pero hechos al fin y al cabo. Y por ello, quedan comprendidos en el ámbito de la presunción de inocencia, aunque el sistema seguido para su acreditación presente ordinariamente aspectos inferenciales más fuertemente de lo que ocurre cuando se trata de hechos objetivos, que, en general, son más susceptibles de acreditación mediante lo que generalmente se conoce como prueba directa, aunque en sí misma también implique una inferencia. Pero el recurso a este medio de acreditación no los convierte en elementos de tipo jurídico, sino que conservan su naturaleza fáctica.

El Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones (STC 214/2009, entre otras), que «... la presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos (STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5)». Y la STC 126/2012, ha insistido en que «... también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que debe asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia».

De manera que la rectificación de hechos subjetivos requiere una consideración del proceso valorativo, e, incluso, de las pruebas practicadas. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, la verificación de la falta de racionalidad de la inferencia según la cual se acredita un hecho subjetivo requerido para la condena conducirá a la absolución por falta de prueba sobre el mismo. Por el contrario, la falta de racionalidad de la inferencia que niega la concurrencia de ese hecho subjetivo no conduce necesariamente a su afirmación y, correlativamente, a la condena, pues ese segundo paso requeriría una valoración de la prueba que, cuando se trata de pruebas personales, no ha presenciado el tribunal que resuelve el recurso (STS 840/2012, de 31 de octubre).

Con todo, el Tribunal Supremo ha extendido la doctrina del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, al ámbito del recurso de casación; recordando la STS de 5 de julio de 2006 (RJ 2006, 9330) la solución adoptada por el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 11 de julio de 2003

(JUR 2003, 205576), en el que se acordó que: «cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados».

En este sentido, la STS de 23 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8243) declara que «aunque las pruebas puedan ser abrumadoras para alcanzar la convicción de la culpabilidad del acusado, jamás el tribunal de casación podría condenarle sin haber gozado de la garantía de la inmediación en la práctica de tales pruebas»; ya que, según matiza la STS de 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7943) «al órgano de casación le está vedado llevar a cabo una nueva valoración de la prueba no percibida directamente, en cuanto supondría una falta de respeto a los principios de inmediación y contradicción, excediéndose en el ejercicio de las funciones al sustituir en su actividad soberana al tribunal provincial de instancia con la consiguiente vulneración de las garantías procesales (derecho a un proceso con todas las garantías), al faltar tales garantías en la valoración no directa de determinadas pruebas». De igual modo se pronuncian las SSTs de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2297), 5 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2814), 13 de abril de 2004 (RJ 2004, 2993), 22 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 496) y 4 de julio de 2005 (RJ 2005, 6899).

El Tribunal Supremo sintetiza esos precedentes en su STS de 14 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7843), y precisa que «la doctrina que proscribe la revocación de sentencias sobre la base de nueva valoración de las pruebas sin atender a la garantía constitucional de los principios de publicidad, inmediación y contradicción que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, del artículo 24 CE, se refiere a sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves que los solicitados por el recurrente y en base a la necesidad inexorable de que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción ... pero no al supuesto contrario que fue el planteado ante el TSJ en el previo recurso de apelación: vulneración de la presunción de inocencia de la acusada en orden a la concurrencia de los presupuestos determinantes de la agravante de ensañamiento, supuesto en que en el control de la actividad probatoria desarrollada en la instancia no se proyecta en su totalidad la garantía de la inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido razonablemente valorada y si el resultado de su valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de casación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las denominadas pruebas de carácter personal».

La sentencia que se comenta, tras repasar la jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional, concluye con la STC 123/2005, de 12 de mayo, que «la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena (o de la absolución), cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo (o absolutivo), la declaración de culpabilidad (o de inocencia) y la imposición de la pena (o su no imposición)».

Finalmente, la STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5159) caso «atentados del 11M», considera que «el visionado de la grabación del juicio no constituye en sí mismo auténtica inmediación, sino una reproducción por medios técnicos de la inmediación de la instancia. Efectivamente, la grabación es una forma, distinta de la escrita y más completa, de extender el acta del juicio, y dadas sus características constituye una herramienta, generalmente de mayor utilidad, para que el Tribunal de casación pueda llevar a cabo su labor revisora sobre la legalidad de lo actuado, sobre posibles errores en la apreciación directa de lo realmente ocurrido e incluso en relación con la racionalidad del razonamiento valorativo. Pero no permite un nuevo juicio sobre la prueba personal practicada con inmediación sustituyendo al Tribunal de instancia, que la ha percibido directamente y ha podido intervenir en ella, por el órgano de casación, que sólo la percibe de forma limitada y pasiva a través de la grabación, en su caso».

La STS 726/2020, de 11 de marzo, examina de forma extensa la problemática relativa a la rectificación de sentencias absolutorias o, en general, el empeoramiento de la posición del acusado en vía de recurso, con cita abundante de sentencias. Entre otros aspectos, se dice en ella: Si los elementos subjetivos (...) forman parte de la *quaestio facti* rige también respecto de ellos la prohibición de revisión contra reo en fase de

recurso sin previa audiencia directa de los acusados y reproducción de la prueba personal que haya basado la convicción –o falta de convicción– de la Audiencia.

La proyección a los elementos subjetivos de las limitaciones que pesan sobre la revisión de absoluciones en vía de recurso está también afirmada en múltiples resoluciones. La STS 70/2014, de 3 de febrero dirá al respecto: El panorama es sustancialmente similar cuando lo que se busca es modificar la valoración de un elemento interno como, en este caso, el ánimo de matar. Hasta hace unos años ningún obstáculo existía para hacer valer en casación esa pretensión a través del artículo 849.1.º LECrim. Hoy esa vía está también cerrada salvo casos singulares en que en verdad lo que late detrás de la pretensión impugnatoria no es una modificación de la valoración sobre ese elemento de hecho sino un tema de subsunción jurídica (vid STC 205/2013, de 5 de diciembre). No es ese el supuesto que se ventila ahora. Se quiere que se sustituya lo que el jurado da por probado (que «el acusado tenía ánimo de herir») por otra inferencia fáctica distinta («el acusado tenía ánimo de matar», o «conciencia de que podía causar la muerte», lo que expresamente se dio por no probado).

La doctrina jurisprudencial tradicional entendía que esos elementos inter-nos no son propiamente hechos, sino deducciones que deben derivarse de circunstancias externas; que la posición del Tribunal en casación es semejante en ese punto a la de la Audiencia y que, por tanto, era factible la revisión.

Esa doctrina nació en un marco en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS en casación era muy angosto. Pero desde que se abrió la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdía parte de su sentido por más que se haya perpetuado hasta fechas bien cercanas. Las intenciones, los elementos internos, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se le llama inferencias: a la fijación de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la *quaestio facti*. Abierta al control casacional la prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y reglas del artículo 386 LECiv, se diluye la indudable utilidad que pudo tener en su día la doctrina del TS (inferencias revisables por el cauce del artículo 849.1.º LECrim pero que, además, permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia).

En esos casos el Tribunal de Casación resolvía pudiendo dictar una sentencia condenatoria sin oír directamente al imputado, y sin existir, por tanto, intermediación respecto de tal medio probatorio.

La revisión de la suficiencia del juicio de hecho a través de la presunción de inocencia es factible. Con ello desaparecieron algunas de las causas que estaban en las raíces de esa tesis clásica que cristalizó en una atmósfera en que la rigidez de la casación invitaba a arbitrar válvulas de escape. Pero las inferencias no son más que una forma de prueba indirecta de hechos internos. Prueba indiciaria y legitimidad de las inferencias se miden por parámetros o juicios similares. Son hechos anímicos, pero «hechos» aunque con una peculiaridad: han de acreditarse a través de elementos externos, deducirse de éstos.

Esa deducción es prueba indirecta: de unos hechos externos se infieren otros internos.

Esa doctrina era inconciliable con las pautas marcadas desde Estrasburgo. Puede considerarse abandonada; especialmente a partir del acuerdo ya citado del Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012. Los elementos internos se ubican en la cuestión fáctica. La jurisprudencia del TC que había consentido con otra interpretación (vid SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, 60/2008, de 26 de mayo, y 124/2008, de 20 de octubre) ha sido desautorizada por el Tribunal de Estrasburgo y abandonada por el propio TC (STC 157/2013).

La STEDH de 25 de octubre de 2011, caso *Almenara Álvarez contra España*, tras recordar varios precedentes (sentencias *Bazo González*, de 16 de diciembre de 2008; el asunto *Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barrios contra España*, de 21 de septiembre de 2010; y el ya citado *García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010) proclama la indispensabilidad de una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. Para el TEDH en el caso *Almenara Álvarez* la Audiencia no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica. Se pronunciaba sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad en el momento



de vender algunos inmuebles como presupuesto de una condena por el delito de alzamiento de bienes. La apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico.

La STEDH de 13 de diciembre de 2011 –asunto Valbuena Redondo– condenaría nuevamente a España. El TEDH remarca otra vez la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no escapa a la cuestión de hecho.

Las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero (cuyo precedente era la STC 328/2006, de 20 de noviembre), de 20 de marzo de 2012, (caso Serrano Contreras) y de 27 de noviembre de 2012 (caso Vilanova Goterris y Llop García) se refieren a resoluciones de casación: tampoco puede llegarse a una primera sentencia condenatoria o una agravación al conocerse de la casación contra el pronunciamiento absolutorio, ni siquiera con el subterfugio de reconducir las inferencias sobre elementos subjetivos al ámbito de la cuestión jurídica. En la STEDH Serrano Conteras se analiza un supuesto que había comenzado con la absolución del acusado por delitos de estafa y falsedad por la Audiencia Provincial. La STS 1435/2005, de 14 de octubre condenó estimando el recurso de casación. El recurso de amparo contra ella no fue admitido a trámite. En criterio del TEDH los órganos nacionales con esas actuaciones no se habrían atendido a las exigencias del Convenio. Argumenta así: «el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47). Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (Lacadena Calero, antes citada, § 48). El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación».

Tres más recientes pronunciamientos del TC –SSTC 36/2108, 37/2018, de 23 de abril y 59/2018, de 4 de junio– pueden añadirse al largo listado de sentencias sobre esta cuestión.

Las dos primeras anulan sendas sentencias de este Tribunal. Una Sala de casación no está autorizada para realizar inferencias sobre elementos inter-nos que perjudiquen a los acusados. Sin oírlos directamente no es posible. Careciendo la casación de un trámite hábil para ello (que sería además incompatible con la naturaleza de este recurso), la conclusión es obvia. Nunca puede ser estimado por razones de fondo un recurso de casación interpuesto por una acusación que propugne revisar las deducciones o inferencias sobre los elementos psicológicos o internos determinantes de la tipicidad o de la culpabilidad.

La STC 59/2018, de 4 de junio, analiza un supuesto con especiales semejanzas con el que ahora examinamos recopilando toda la evolución jurisprudencial. Revisten singular interés estos párrafos:

«Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito –que serán como se dirá decisivos para la resolución del presente caso– se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reside en verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamenta en elementos de prueba que exijan inmediación (por todas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3). O, por el contrario, se vincula con pruebas que no tengan carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados. En este último caso, la citada Sentencia 167/2002 argumenta que se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (además y entre otras, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3, o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del TEDH. Y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del

delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó «que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)».

## 5. VALOR DEL ACTA DEL JUICIO ORAL

«Cuando el juzgador ha visto y oído (se lee en la STS de 16 de junio de 1999 [RJ 1999, 5691]), gracias a la inmediación de la que no podrá beneficiarse ningún otro órgano jurisdiccional, la declaración prestada por el testigo directo e inmediato de los hechos enjuiciados (el testigo de cargo), relatando el hecho acaecido y la forma en que éste ha tenido lugar, así como la actuación del acusado, ese Tribunal hace una valoración de esa prueba testifical y obtiene de la misma un resultado que plasma en el factum de la sentencia. Ni el Tribunal juzgador, ni el Tribunal Supremo en casación, están vinculados a los estrictos términos semánticos con que se recoge en el Acta del juicio oral aquella declaración, pues la experiencia nos demuestra que en la mayoría de los casos, ni en el Acta se registra la totalidad de lo manifestado, ni tampoco concuerdan exactamente lo declarado con lo que figura en el documento, lo que, por lo demás, es perfectamente comprensible dada la mecánica con que se desarrolla esta labor. Es la declaración inculpativa en sí misma la que se configura como prueba de cargo y no las concretas expresiones terminológicas que se hagan constar en el Acta –a veces dispares de las apreciadas por los juzgadores–, puesto que, de otro modo, sería el Secretario del Tribunal quien se convertiría en Juez. De tal manera que el Tribunal forma su convicción a partir de la prueba testifical en su conjunto, valorándola de modo unitario.

En trance de casación, a la Sala Segunda sólo le cabe comprobar la existencia de prueba de contenido inculpativo, cuya concreta ponderación –se insiste– habrá de efectuarla en exclusivo el juzgador según lo visto y oído por éste en el juicio oral, pero sin estar constreñido por la estricta literalidad de los términos que figuren en el acta, la cual “hará constar sucintamente cuanto importante hubiera ocurrido en aquel acto” (artículo 743 LECrim), razón por la cual, cuando las partes o el Tribunal lo estimen oportuno, se interesa la constancia literal en ella de lo declarado, mientras que, en general, el Acta se limita a dar cuenta de manera esquemática y resumida del desarrollo de las sesiones de la Vista. Por ello, cuando se aduce falta de prueba de cargo de algún elemento determinante de la culpabilidad del acusado, a aquél le bastará con confirmar la concurrencia de prueba de naturaleza inculpativa al respecto, sin necesidad de diseccionar microscópicamente la literalidad del Acta analizando las particulares expresiones allí contenidas y su incidencia en el resultado probatorio, pues ello supondría una intromisión constitucional y procesalmente prohibida en el ámbito privativo de la valoración de la prueba que al Tribunal de instancia le está atribuido».

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2828) y 28 de junio de 2000 (RJ 2000, 5805), la última de las cuales insiste en que «la omisión en el acta de una determinada expresión o cualquier otro detalle, no condiciona la función de valoración de las pruebas por el juzgador, pues éste no juzga en función de lo que conste en el Acta, sino de la propia percepción de las pruebas practicadas a su presencia, de lo que los jueces sentenciadores ven y oyen por sí mismos, y en esto consiste precisamente la soberana facultad del juzgador de valorar en conciencia las pruebas practicadas (artículo 741 LECrim) sobre las que forma su convicción acerca de los hechos enjuiciados». Luego, como declara la STS de 11 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7882) «en línea de principio debe darse prevalencia a la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia en sentencia y sólo en aquellos casos en que en el acta se revelen hechos absolutamente incompatibles con lo expresado por los magistrados podrá suscitarse en rigor cuestión acerca de su veracidad».

Por otra parte, la STS de 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 6316) tras declarar que «la legibilidad del acta está en relación con la presunción de inocencia y su examen casacional», recomienda a los órganos jurisdiccionales que «cuiden de que tal acta se expida en condiciones de legibilidad, para facilitar la labor de defensa y la posterior impugnación de la resolución dictada en la instancia. No podemos dejar de poner de manifiesto también esta preocupación en esta sentencia, interpretando el precepto contenido en el artículo 743 LECrim, cuando expone que el Secretario del Tribunal extenderá acta de cada sesión que se celebre, y en ella hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido, y que tales actas deben ser obviamente legibles. Sin embargo, dicha norma procesal también dispone que al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el Tribunal en el acto las estima procedentes, razón por la cual debemos desestimar este motivo, fundado en quebrantamiento de forma, pues la defensa, al firmar el acta, como también prescribe el último párrafo del mencionado artículo 743, no hizo objeción alguna a la misma».

Radicalmente contraria es la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 92/ 2006, de 27 de marzo, otorga al acta del juicio un carácter funcional «para posibilitar la verificación de la existencia de prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena penal, dado que el control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que, conforme a los artículos 280 y 281 LOPJ, ha de documentar fehacientemente el acto y contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice, por lo que no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba en virtud del hecho de que se haya hecho alguna alusión a su contenido si la reproducción mediante su lectura no queda reflejada en el acta del juicio, único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, F 3; 118/1991, de 23 de mayo, F. 3; 140/1991, de 20 de junio, F. 3; 82/1992, de 28 de mayo, F. 3; 307/1993, de 25 de octubre, F. 2; 32/1995, de 6 de febrero, F. 6). En definitiva, el acta del juicio oral es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar a cabo el control externo que nos compete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e intermediación».

En el caso no hubo prueba de que el acusado usara un cuchillo para perpetrar uno de los robos imputados, porque el acta no reflejaba que lo hubiera manifestado alguno de los intervinientes en el juicio.

«No cabe oponer que el testigo sí se refirió a este extremo en el juicio, y que si no se hizo constar así en el acta fue porque en ella no queda reflejado sino en forma fragmentaria lo que en verdad acontece en el juicio oral, ya que tal razonamiento conduce a la formulación de una mera suposición (en tanto que afirmación no contrastada en forma objetiva) de que en verdad se practicó prueba de cargo suficiente, suposición esta que resulta de todo punto incompatible con el derecho a la presunción de inocencia. Dicho de otra manera: lo que no se dice en el acta del juicio que en ese momento se produjo es como si no se hubiese producido, aun cuando en verdad se produjera, no pudiendo en cualquier caso presumirse in malam partem dicha producción. La conclusión que de todo ello se desprende resulta evidente: no hubo en el proceso prueba de cargo suficiente de que, en uno de los robos atribuidos al demandante de amparo, éste hubiese hecho uso de un arma peligrosa... por lo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia».

El Tribunal Constitucional examina en la STC 55/2015, de 16 de marzo, la queja de un recurrente que alegaba que no pudo disponer de la grabación del juicio oral, lo que le había causado indefensión al recurrir en defensa de sus derechos. Decía el Tribunal Constitucional en el FJ 2.º de esta sentencia: c) La doctrina de este Tribunal ha resaltado la importancia de la documentación de la vista en orden a la verificación de la existencia de prueba de cargo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE): «El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que... ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente» (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 4). Esta doctrina, dictada a propósito del acta escrita, resulta predicable sin dificultad dialéctica alguna a la grabación audiovisual como soporte de documentación.

También la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas. Así, el derecho a la correlación entre acusación y defensa respecto de la Sentencia, en cuanto al enjuiciamiento del hecho punible (principio acusatorio, artículo 24.2 CE), y el deber de congruencia de la Sentencia (derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE) en cuanto al objeto de la acción civil acumulada, donde este Tribunal ha dicho por ejemplo: «Como acertadamente le indicó al recurrente el Juez de apelación... ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice (STC 118/1991, por todas), y en este caso no dice que, en el acto del juicio, tuvieron lugar las alegaciones que ahora pretende hacer valer» (STC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 2).

Según se evidencia de lo expuesto, debe concluirse que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC 4/2004, de 14 de enero, FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso.

Tras el examen de lo ocurrido en el caso, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente: Por tanto, si las periciales no documentadas cuya valoración se propone en apelación no cuestionan la credibilidad de los testigos, ni lo declarado por los propios acusados, y teniendo en cuenta la absoluta lógica de la inferencia judicial, la conclusión que cabe extraer desde nuestra función de control externo, es que la defensa del recurrente no aporta una argumentación verosímil sobre la indefensión que dice sufrir por no poder contar en apelación con el registro audiovisual de dichas declaraciones periciales, de modo que lo manifestado por los peritos carece de toda relevancia para cambiar la relación de hechos probados de la Sentencia de instancia, tanto en lo referido a la velocidad de ambos vehículos, como a la fase semafórica, cuando fueron atropelladas las víctimas.

### **C) EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

«El principio in dubio pro reo opera a distintos niveles en el sistema de justicia penal. Es un principio general de los que vertebran el sistema penal de cualquier sociedad democrática, teniendo relación con el principio de presunción de inocencia. Es asimismo un principio que desarrolla toda su vigencia en el campo de la prueba, y finalmente es un criterio interpretativo dirigido a los jueces y Tribunales en la fase de valoración de la prueba de suerte que si ante la valoración crítica del acervo probatorio de un caso concreto, el Tribunal sentenciador no traspasa el umbral de la probabilidad sin llegar al de la certeza, esa duda debe resolverse en favor de la tesis más favorable para el acusado» (STS de 5 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 1979]).

...el principio in dubio solo es invocable en casación en su función estrictamente normativa; es decir, en cuanto obliga a dictar sentencia absolutoria en caso de duda; o a optar por la versión de los hechos más favorable al acusado cuando no existe certeza sobre cuál de las posibles se ajusta a la realidad. En esa perspectiva ninguna vulneración del in dubio se detecta: la Sala de instancia condenó porque, según se deriva de la extensa motivación fáctica plasmada en la sentencia, alcanzó certeza exenta de dudas sobre la realidad de los hechos que narra en el apartado correspondiente. Por tanto, no hay quiebra del in dubio que solo habría sido burlado si el Tribunal, pese a exteriorizar inseguridad o vacilación, decide condenar (vertiente normativa). Dicho de otra forma, el principio in dubio no obliga a dudar, sino a absolver en caso de duda. Solo en esa segunda faceta es argüible en casación. El mandato de absolución en caso de duda (in dubio) no va dirigido al Tribunal de casación: quien tiene que dudar para que proceda la absolución es el juez en la instancia o, con algún matiz, en la apelación (STS 309/2021, de 12 de abril).

### **1. NATURALEZA**

Para que pueda dictarse una resolución condenatoria (se lee en la STS de 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9659]) es necesario que «el órgano juzgador disponga de un acervo probatorio de signo evidentemente inculpativo, actuando para ello con absoluta libertad de valoración, si bien debe expresar y razonar su proceso valorativo para no caer en la arbitrariedad. El grado de certeza absoluto es difícilmente alcanzable, por las especiales características del proceso penal, pero siempre es posible llegar a una aproximación a los hechos enjuiciados que permitan conformar una convicción basada en pruebas directas o indirectas de contenido inculpativo. Nunca se puede traspasar la barrera de la duda razonable ya que ello nos llevaría al mundo de la inseguridad jurídica y material que no es admisible en el curso de enjuiciamiento delictivo. Llegado al punto de duda o la falta de claridad de los elementos probatorios, un principio democrático y

progresista que rige el proceso penal, impone a los jueces y tribunales la obligación de pronunciarse, en el caso de duda, por una solución absolutoria».

Como apunta la STS de 12 de abril de 2000 (RJ 2000, 3707) «el principio in dubio pro reo es una regla vertebral de valoración dirigida exclusivamente a los jueces y tribunales del orden penal, en virtud de la cual en aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una indestructible duda racional derivada de la valoración de las pruebas de cargo y de descargo, deben adoptar el criterio más favorable al reo. Por ello el destinatario natural del principio es el Tribunal sentenciador que debe valorar la prueba».

«Repetidamente la jurisprudencia ha subrayado que el principio in dubio pro reo no puede ser entendido como un derecho del acusado a que los Tribunales duden en ciertas circunstancias. De ello se ha derivado una clara consecuencia. La ausencia de una duda en la decisión del Tribunal de la causa no puede fundamentar una infracción de ley que habilite un recurso de casación» (STS de 18 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 7165]). En este mismo sentido, las SSTS de 16 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9908), 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 6349), 3 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 580), 21 de junio de 2006 (RJ 2006, 3769) y 6 de mayo de 2011 (JUR 2011, 184220) nos dicen que el principio in dubio pro reo nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

Como declara la STS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998, 7002) «el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el artículo 741 de la LECrim, pero esa doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos muestre dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo».

Así, según explican las SSTS de 21 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5750), 11 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7882) y 28 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7636), aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación.

Por lo tanto, «el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda». Así se lee en forma un tanto gráfica en la STS de 1 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9054), y en similares términos se pronuncian las SSTS de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9553), 21 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4538) y 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329).

«Su invocación sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado» (SSTS de 11 de noviembre de 2009 [RJ 2009, 7882] y 28 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7636]).

También la STS de 23 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7580) afirma que «se vulnera el principio in dubio pro reo cuando el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptan la versión más perjudicial al mismo». Esto es lo que ocurrió en el caso enjuiciado, en que la Audiencia estimó que el hecho de que el registro domiciliario constara efectuado en hora anterior a la de expedición del mandamiento pudo tratarse de un error sin mayor trascendencia; sin embargo, dice el Tribunal Supremo, «la Audiencia hace prevalecer una suposición que es la más perjudicial para la acusada, vulnerándose de esa manera el principio in dubio pro reo», en consecuencia estima el recurso y absuelve a la procesada.

Del mismo tenor es la STS de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1165): «El Tribunal a quo no ha podido determinar si el acusado se encontraba o no en una fase aguda, pero sí que al día siguiente del hecho estaba afectado por ella y así lo ha expuesto en los fundamentos jurídicos. En la medida en la que la Audiencia no pudo alcanzar una convicción categórica sobre el momento en el que comenzó la fase aguda de la esquizofrenia, comprobada inmediatamente después de la comisión del hecho, y simplemente pudo afirmar que no podía presumir «que en el momento de los hechos el acusado se encontrara en uno de esos intervalos», es evidente que debió aplicar el principio in dubio pro reo, que le impedía, en la duda, inclinarse por la hipótesis más perjudicial para el acusado. Consecuentemente, debió declarar la inimputabilidad del acusado». A un caso parecido se refiere la STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8093) la que, ante el desconocimiento del momento concreto en que el acusado tomó las sustancias estupefacientes, por in dubio pro reo debe considerarse que actuó con su imputabilidad disminuida, aplicando la eximente incompleta denegada por el Tribunal a quo.

Las mismas consideraciones hace la STS de 2 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1451), aunque en este caso el Tribunal a quo no expresó ninguna duda, pues la frase que usó la sentencia al relatar el hecho probado: «al parecer», no indica dubitación de la Sala, porque esas palabras «son locuciones conjuntivas que, como enseña el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, explican el juicio o dictamen que se forma en una materia según lo que ella propia muestra o la idea que suscita. Por lo tanto, se trata en este caso de un simple giro retórico, expresivo no de una duda, ni de una mera posibilidad carente de certeza, sino del propio juicio o idea de la Sala acerca del hecho a que se refiere».

El principio in dubio pro reo, no alude a las dubitaciones o sospechas que pueda suscitarse a las partes; sino a que el Tribunal no debe inclinarse por la ocurrencia fáctica más desfavorable para el reo cuando, teniendo dudas acerca de lo realmente sucedido, las pruebas practicadas, tras su valoración, no le permitan resolverlas racionalmente, con sujeción a la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (SSTS 712/2015, de 20 de noviembre y 805/2015, de 17 de diciembre).

El principio in dubio pro reo «nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (SSTS 709/1997, de 21 de mayo y 1667/2002, de 16 de octubre, entre otras muchas)» (STS 428/2021, de 20 de mayo).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto, no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (...) (STS 324/2021, de 21 de abril).

Por último, no resulta ocioso señalar, con la STS de 14 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1176), que el principio in dubio pro reo no es de aplicación en el aspecto de la responsabilidad civil derivada del delito, el cual «cede ante el principio de protección a las víctimas».

## **2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

Como se lee en la STS de 20 de abril de 1990 (RJ 1990, 3289), «la presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el hecho delictivo y la participación de una o varias personas en él. Es decir, cuando existe un vacío probatorio, una laguna, desde el punto de vista jurídico procesal, de actividad probatoria. Por ello, cuando esto acontece, no hay otro camino que absolver. Pero si existe actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo y entre las primeras se producen evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia, conforme al artículo 741 de la LECrim, y es en esa fase cuando, si en el ánimo del juzgador en la instancia se introduce la duda al comparar lo que hay de positividad y de negatividad en las pruebas de cargo y de descargo, es decir, de ponderar todo el material probatorio resolverá conforme al principio in dubio pro reo».

...la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (STC de 31 de mayo de 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio in dubio pro reo, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (artículo 741 LECrim).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del in dubio pro reo es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS 45/1997, de 16 de enero).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el artículo 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia «subjetiva» del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir «en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda» (SSTS 70/1998, de 26 de enero, 699/2000, de 12 de abril) (STS 453/2021, de 27 de mayo).

«El sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho, basado en principios que reconocen derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables. Si bien la falta de identificación de los autores de un delito, con más razón cuando se trata de un delito grave, puede considerarse un fracaso del sistema, la absolución de los acusados, una vez descartada la arbitrariedad y el error, no puede valorarse como tal fracaso, sino como una consecuencia de la reafirmación de los principios, aunque en el caso concreto pueda resultar difícil de aceptar, especialmente por quienes se han visto directamente afectados por el hecho delictivo» (STS de 11 de octubre de 2006 [RJ 2006, 7663] caso «Padre coraje»—).

Por tanto, «la significación del principio in dubio pro reo en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal, por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el artículo 741 de la LECrim, llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución. Como precisa la STS de 27 de abril de 1998 (RJ 1998, 3817) el principio in dubio pro reo, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

(...) La aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas... Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de

existir dos versiones contrapuestas –como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole– a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por él directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que sólo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados» (SSTS de 15 de julio de 2005 [RJ 2005, 5566], 28 de junio de 2006 [RJ 2006, 9329], 21 de octubre de 2009 [RJ 2009, 5750], 11 de noviembre de 2009 [RJ 2009, 7882] y 28 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7636]).

En la jurisprudencia constitucional la distinción se efectúa con gran precisión en las SSTC 44/1989, 133/1994 y 16/2000, de 31 de enero y en el voto particular que formula el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 136/1999, de 20 de julio, del que se extraen los siguientes párrafos:

«Existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de jugar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida en que la presunción de inocencia ha sido configurada por el artículo 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso.

Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en cuanto que la presunción de inocencia es también una «regla de juicio» a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpatorio. El que ahora el principio pro reo pueda tener un más sólido fundamento constitucional no permite que pueda confundirse el principio in dubio pro reo con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ni tampoco convertir el proceso de amparo en una nueva instancia en que pueda discutirse el resultado valorativo de una actividad probatoria de cargo realizada en el juicio oral y con todas las garantías. Aunque sí corresponde a este Tribunal, y para la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria «inculpatoria» es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado, o más exactamente, si las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas (SSTC 140/1985 y 175/1985), de forma que «los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado» (STC 174/1985).

De lo anterior se sigue que la presunción de inocencia se conculca cuando la prueba considerada para enervarla carece objetivamente de contenido incriminatorio, pero no cuando, existiendo algún contenido incriminatorio sobre las circunstancias objetivas y/o subjetivas del hecho punible, el Tribunal ordinario no adquiere una convicción más allá de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado. Este último extremo no es revisable por este Tribunal, pues afecta al in dubio o, si se quiere, concierne a la valoración de la prueba. En otras palabras: Un Tribunal ordinario puede y debe absolver en virtud de sus dudas sobre la culpabilidad de uno o varios acusados, aun cuando exista un mínimo probatorio de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, si condena en tales circunstancias –existiendo prueba de cargo, pero con dudas sobre la culpabilidad– no se puede decir, en sentido estricto, que tal condena sea contraria a la presunción de inocencia, sino que ha generado una violación del principio in dubio pro reo. Cuestión distinta –a la par que insólita– sería que el Tribunal ordinario, mediando prueba de cargo, exteriorizase sus dudas sobre la existencia del hecho o sobre su autoría y, no obstante, condenase. Entonces lo que habría sería una vulneración flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), no del derecho a la presunción de inocencia».

«De este modo –se lee en la STC 137/2005, de 23 de mayo–, desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en vía de amparo, el principio in dubio pro reo, en



tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas». En el mismo sentido se pronuncia la STC 147/2009, de 15 de junio.

Esta Sala ha recordado que el principio *in dubio pro reo* sólo se infringe y puede dar lugar a la casación, cuando el Tribunal, a pesar de sus dudas sobre la prueba de la autoría, ha dictado sentencia condenatoria. Por el contrario, se ha señalado en múltiples sentencias que el principio *in dubio pro reo* no constituye el fundamento de un derecho del acusado a que el Tribunal dude (fuera de su vertiente en el ámbito de la presunción de inocencia). En este sentido, el principio *in dubio pro reo* tiene un campo de acción más reducido que el de presunción de inocencia (cfr. STS 825/1999, de 26 de mayo). La doctrina de esta Sala de Casación es constante al señalar que, siendo el ámbito propio del principio *in dubio pro reo* el de la valoración de la prueba, carece de expreso reconocimiento constitucional y de acceso a la casación (véanse, entre otras, SSTS de 18 de noviembre de 1985, 3 de noviembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 31 de octubre de 1995), subrayándose que, en cualquier caso, no cabe apreciar la infracción del principio cuando la Sala sentenciadora no expresa duda alguna en la valoración de la prueba practicada, declarando probada de manera clara y terminante la participación del acusado en el hecho enjuiciado, toda vez que para que la duda pueda y deba resolverse en beneficio del reo, es imprescindible que exista (STS 623/2015, de 13 de octubre).

#### **D) MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

Enlazamos así esta cuestión con la de la necesidad de que el juzgador exteriorice el razonamiento, o iter lógico seguido para llegar al convencimiento de la culpabilidad del acusado en cualquier caso, pero con más razón si la prueba de ella no fuere directa, sino indiciaria o circunstancial (SSTC 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre); aunque también en el supuesto de prueba testifical (ATS de 24 de enero de 1995).

La necesidad de motivar las resoluciones judiciales se desprende del artículo 24.1 que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del que se incluye el de obtener una resolución suficientemente motivada, y del artículo 120.3, ambos de la Constitución. El nivel exigible para considerar satisfecha esta exigencia es inferior al que corresponde a la presunción de inocencia, pues es suficiente si es posible acceder a los motivos o razones del sentido de la resolución. Motivación, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho (STS 452/2015, de 14 de julio).

En relación con la necesidad de motivación del resultado de la prueba en la sentencia, que el Tribunal Constitucional ligó inicialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 61/1983, de 11 de julio), el Tribunal Supremo ya en STS de 6 de abril de 1990 (RJ 1990, 3187) resaltó su trascendencia, «habida cuenta de la importancia fundamental que los hechos probados tienen en las sentencias condenatorias, de modo que si no se razona sobre las pruebas tenidas en cuenta para la fijación de los mismos, es evidente que queda sin motivar aquello que es lo básico en tal clase de resolución judicial, razonamiento que debe constar en forma expresa en el propio texto de la sentencia, pues la apreciación en conciencia de que habla el artículo 741 LECrim no equivale a secreto, siendo obligada tal expresión a fin de que pueda aparecer ante cualquier ciudadano como una resolución fundada en verdaderas y auténticas pruebas, pudiendo conocer las partes el criterio del Tribunal en este punto para poder argumentar el recurso correspondiente con la necesaria base, lo que, además, permite al órgano judicial ad quem enjuiciar la resolución recurrida con la debida fundamentación». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 12 de julio de 1989 (RJ 1989, 6203), 26 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1620), 18 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6380), 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 5937), 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5595) y 30 de abril de 2009 (RJ 2009, 3488).

Hoy día «está asentada con evidente reiteración –se lee en la STS de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 3332)– la necesidad de que en toda sentencia penal condenatoria exista un análisis de los medios de prueba que se han utilizado como fundamento de la condena o condenas impuestas. Afortunadamente ya ha pasado la época en que la motivación de la sentencia sólo tenía que cubrir el aspecto jurídico, esto es, la calificación o subsunción del hecho en la normativa jurídica correspondiente. El relato de hechos probados es el elemento esencial de una sentencia penal, particularmente si es condenatoria, y con el sistema preconstitucional, que prescindía del examen de la prueba en el texto de la sentencia, ese elemento esencial quedaba huérfano de argumentación. Ahora venimos exigiendo, como un aspecto más del derecho a la presunción de inocencia, no sólo que haya prueba de cargo suficiente y obtenido lícitamente, sino también que se razone en el propio

texto de la resolución condenatoria sobre la realidad de esa prueba. El deber de motivación del artículo 120.3 CE, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del propio Texto Constitucional, no se cumple con el razonamiento sobre la subsunción (motivación jurídica), sino que necesita de la llamada motivación fáctica, o expresión razonablemente argumentada de la prueba de cargo utilizada como justificación de lo que se afirma como realmente ocurrido en el relato de los hechos probados, al menos en sus dos grandes rasgos, para que quede de manifiesto que no ha sido caprichosa la fijación de esos hechos y que, además, no responde sólo a una mera convicción subjetiva. La necesidad de hacer un análisis de la prueba utilizada sirve para que en la instancia el propio órgano judicial decisor pueda comprobar si, aparte de sus impresiones personales, en verdad existe una prueba de la que pueda dar razón. Sirve también para que las partes y la sociedad puedan conocer si la condena está o no justificada, y asimismo para que el órgano que haya de resolver, en su caso, el correspondiente recurso devolutivo (con facultades más o menos amplias según se trate de apelación ordinaria, apelación restringida o casación), lo mismo que cuando se recurra en amparo ante el Tribunal Constitucional, tenga elementos de juicio para valorar la suficiencia o razonabilidad de la prueba utilizada para condenar».

Para el Tribunal Constitucional la exigencia de motivar la prueba es mayor porque se conecta, no sólo con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también con la presunción de inocencia. «El déficit de motivación en una sentencia penal condenatoria, en relación con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos probados, supondría, de ser apreciado, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia» (SSTC 124/2001, de 4 de junio, 209/2002, de 11 de noviembre, 65/2003, de 7 de abril y 143/2005, de 6 de junio y 111/2008, de 22 de septiembre). Como declara la STC 249/ 2000, de 30 de octubre «la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al respecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado. De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo –presunción de inocencia– y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica. Dicho de otro modo, con palabras de la STC 139/ 2000, de 29 de mayo, los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia».

Siendo así resulta relevante destacar –como hemos dicho en STS 577/2014, de 12 de julio– que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, como se afirma en la STC 145/2005, de 6 de junio, existe una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (...) (STS 313/2021, de 14 de abril).

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en las SSTS de 11 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7882) y 6 de mayo de 2011 (JUR 2011, 184220), según las que «la sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela

judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorado el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego “fundamentarlo” con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos. Tal planteamiento, no podría ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del artículo 9.3.º CE». También la STS de 16 de junio de 2010 (RJ 2010, 6666).

El respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige ponderar los distintos elementos probatorios, tanto de cargo como de des-cargo, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice necesariamente de un modo pormenorizado, abordando todas las alegaciones de descargo expuestas por la defensa, incluso las más inverosímiles, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo únicamente el control casacional verificar que se ha sometido a valoración la prueba de descargo practicada a instancia de la defensa y que se aprecie una explicación razonable para el rechazo de su resultado, en contraste con las pruebas de cargo (SSTC 242/2005, de 10 de octubre; 187/2006, de 19 de junio; 148/2009, de 15 de junio; y 172/2011, de 19 de julio, SSTS 1527/2013, de 25 de septiembre o 1372/2012, de 9 de julio).

Ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el rechazo del resultado de una prueba de descargo puede realizarse de modo directo o expreso, o de modo indirecto o implícito, lo que se producirá cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una prueba incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (STS 757/2015, de 30 de noviembre).

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza –más allá de toda duda razonable según la jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido la STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas–, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo. Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001, de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa. En dicha sentencia, esta Sala estimó que «... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta admisible es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada ...».

Así, como señalan las SSTS de 16 de julio de 2009 (RJ 2010, 1989) y 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 7342) caso «Latin Kings» «la motivación es especial-mente exigible cuando hayan sido controvertidos los hechos; reforzándose su necesidad cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos».

No obstante, «la exigencia constitucional derivada del artículo 120.3 no es incompatible con una economía de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta o sucinta, porque la suficiencia del argumento no conlleva necesariamente una determinada extensión, un determinado rigor lógico o una determinada elegancia retórica» (SSTS de 18 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6380] y 18 de abril de 1996 [RJ 1996, 2885]); o «apoyos académicos que están en función de su autor» (STS 14 de abril de 2009 [RJ 2009, 5970]). Así, «el Tribunal no tiene por qué hacer expresa referencia en la sentencia a todas y cada una de las pruebas

practicadas, con expresión del valor probatorio que las reconoce en particular» (STS de 29 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7672]), sino que «únicamente debe explicar cuáles han sido las que ha tenido en cuenta como fundamento de sus hechos probados, razonando suficientemente al respecto» (STS de 7 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1942]); es decir, «basta con que se recojan razonamientos jurídicos pertinentes para la resolución del caso» (STS de 19 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6744]). Como expresa la STS de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1307) «basta que la motivación cumpla el doble objetivo de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos».

Así pues, si bien en la apreciación de la prueba el Tribunal obra con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 LECrim, la sentencia no puede omitir «la consideración crítica de las pruebas practicadas, así como el razonamiento lógico que le lleva a la admisión y configuración de las conclusiones incorporadas al *factum* y, en definitiva, a la admisión de culpabilidad y subsiguiente responsabilidad del procesado» (STS de 14 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2474]). Ello es así porque, como reconoció la STS de 19 de enero de 1988 (RJ 1988, 383) «la observancia de las reglas de lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al fundamento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que es sólo posible al Tribunal de instancia en virtud de la intermediación y la oralidad. La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado, no encuentra obstáculo alguno en el artículo 741 LECrim. No sólo porque de acuerdo a las premisas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debe entender que ésta es la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 741 y 717 LECrim, sino también porque sólo de esa manera es posible mantener la adecuada diferenciación entre libre convicción y arbitrariedad, impuesta por el principio del Estado de Derecho...»; o como dice la STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 702) «la infracción de las reglas de la lógica, así como el apartamiento de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos son fundamento suficiente para apreciar una vulneración del artículo 9.3 de la Constitución y, a través de éste, del artículo 24.2 de la misma».

De forma explícita las SSTC 5/2000, de 17 de enero y 249/2000, de 30 de octubre, extienden la necesidad de motivación a la prueba directa, «pues también ésta para ser conectada con los hechos probados, requiere, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación».

No obstante, la STS de 28 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2249) parece limitar la necesidad de motivación de la prueba directa al caso de que «existan pruebas contradictorias que contrastar»... pues «cuando los hechos probados se fundan de forma directa e inmediata en las declaraciones básicamente iguales que los testigos presenciales han prestado en el juicio oral, siendo además los hechos asumidos en lo sustancial por el acusado, la convicción del Tribunal se asienta directamente en la intermediación y no es exigible de modo imprescindible motivación expresa pues no existe ningún razonamiento deductivo que explicitar... la sentencia es absolutamente razonable en lo fáctico, al limitarse a relatar lo que de modo coincidente han expuesto los testigos presenciales del hecho en presencia del Tribunal, sin que sea necesario explicitar lo que es obvio». En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC de 19 de junio de 1995 (RJ 1995, 5315), 5 de junio de 2006 (RJ 2006, 6296) y 25 de abril de 1996 (RJ 1996, 2930); la última de las cuales señala que «tratándose de pruebas directas basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento»; ya que «el razonamiento va implícito en la descripción de aquellas pruebas directas» (STS de 15 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 429]); y como se lee en la STS de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2746) «la prueba directa habla por sí misma *res ipsa loquitur*».

Y también, como declara la STS de 6 de mayo de 2005 (RJ 2005, 7480) «las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes».

Podemos así concluir diciendo, en palabras de la STS de 28 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2244), que las funciones del Tribunal de Casación cuando se alega infracción del fundamental derecho del acusado a ser presumido inocente se extienden, no sólo «a verificar que el juzgador de instancia contó con prueba de signo acusatorio suficiente para dictar fallo condenatorio, a que esa prueba se obtuvo en correctas condiciones procesales de publicidad, intermediación y posibilidad de contradicción, así como sin violentar derechos o libertades fundamentales, lo que determinaría su nulidad e ineficacia», sino también «a comprobar que la prueba fue valorada de acuerdo con principios de lógica y decantada experiencia que han de reflejarse en

correctos razonamientos en la preceptiva motivación que las sentencias han de contener». En similares términos se pronuncian las SSTS de 24 de julio de 2001 (RJ 2001, 6512), 20 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9381) y 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329).

La obligación de motivar –como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable– supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis solo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE (SSTS 485/2003, de 5 de abril; 540/2010, de 8 de junio; 1016/2011, de 30 de septiembre; y 249/2013, de 19 de marzo) (STS 63/2016, de 8 de febrero).

En la STS 535/2015, de 14 de septiembre, se examina la obligación de motivar, el concepto de arbitrariedad a estos efectos, la diferencia entre la motivación que exige el derecho a la tutela judicial efectiva y el que corresponde a la presunción de inocencia, y los efectos posibles de la estimación de la queja relativa a su incumplimiento. En ella se dice: «Como recuerda la constante jurisprudencia, constitucional y de esta misma Sala, de las que son ejemplo las 470/2015, de 7 de julio, 157/2015, de 9 de marzo o 1024/2013, de 12 de diciembre, se exige para estimar cometida esa vulneración una plena ausencia de toda motivación o el carácter patente de arbitrariedad en la argumentación. Así en la STS 908/2013, de 26 de noviembre, recordábamos que el contenido de dicha garantía constitucional no ampara la mera discrepancia con la retórica argumentadora de la resolución que se impugna. Con tal laxitud el artículo 852 LECrim abriría la casación a todo el espectro de posibilidades de refutación propias de la más amplia concepción de la apelación.

El Tribunal Constitucional reconduce el amparo bajo tal alegato a los supuestos de clara arbitrariedad o indiscutible irracionalidad en la motivación dada por el acto del poder jurisdiccional, o bien, obvio es, a la total falta de todo esfuerzo en la exposición de las razones asumidas por quien dicta dicha resolución, tanto para afirmar premisas de hecho como para afirmar la subsunción de esos hechos en la norma jurídica (SSTC 147/1999, 25/2000, 87/2000, 82/2001, 221/2001, 55/2003, 223/2005, 276/2006, 177/2007, 134/2008 y 191/2011). La arbitrariedad puede reprocharse, tanto cuando la sentencia parte de premisas que sean de manera patente erróneas, como cuando está ausente toda coherencia en la vinculación de esas premisas con las conclusiones afirmadas, o dicha vinculación de manera evidente no se ajusta a pautas de lógica y experiencia.

El Tribunal Constitucional, como recordaba nuestra STS 138/2013, de 6 de febrero, afirmó que existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 244/1994, 160/1997, 82/2002, 59/2003 y 90/2010)».

Y, más adelante señala lo que sigue: «En nuestra STS 252/2015, de 29 de abril, con cita de la 1036/2013, de 26 de diciembre, dijimos que el Tribunal Constitucional establece, por un lado, que lo que denomina la “cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada” afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el grado de incumplimiento de la obligación de motivar. El derecho a la tutela judicial se satisface con un grado mínimo. Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero si éste no se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la presunción de inocencia (SSTC 9/2011, de 28 de febrero y las ahí citadas; SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5)».

No obstante, en otras sentencias, pese a que reprocha a la decisión jurisdiccional una «ostensible falta de motivación», estima que lo vulnerado es el derecho a la presunción de inocencia (STC 12/2011, de 28 de febrero). Pero entonces, al considerar el alcance del fallo que resuelve la pretensión de amparo, ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior al dictado de la sentencia para que se dicte otra «en la que se observen las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia» reiterando doctrina ya establecida en casos análogos (SSTC 175/1985 y 92/2006).

Igual solución se adopta en el caso de la STC 8/2006, de 16 de enero, porque el Tribunal que condenó al recurrente en amparo elude razonar por qué prescindió de pruebas de descargo y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar la resolución judicial para que se pronuncie una nueva en la que

se enjuicie la imputación por este concreto delito en forma respetuosa con el mencionado derecho fundamental que en ese caso estimó era el derecho a un proceso con todas las garantías.

Excluye esa retroacción y establece que el amparo consistirá en la anulación de la sentencia contra la que aquél fue solicitado (STS 37/2010, de 19 de julio; 57/2010, de 4 de octubre) cuando, por vulneración de normas sustantivas detectada en la decisión jurisdiccional, estima que la sentencia que se dictara nunca podría ser condenatoria.

Ya hemos indicado en diversas ocasiones que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. La suficiencia de la prueba de cargo, núcleo esencial para la desactivación del derecho a la presunción de inocencia, al evidenciarse a través de una motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial, quebrantado cuando el órgano de enjuiciamiento no justifica la respuesta que se ofrece a las pretensiones de las partes (STS 341/2021, de 23 de abril).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC 2009/2002, de 11 de enero, 169/2004, de 6 de octubre, 143/2005) (STS 313/2021, de 14 de abril).

Por otro lado, en cuanto al alcance de la obligación de motivar, expresada en el artículo 120.3 de la Constitución, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado, de forme reiterada que comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Asimismo, ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Ante la ausencia de motivación, este Tribunal puede examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva. (STS 835/2015, de 23 de diciembre).

## **E) LA CARGA DE LA PRUEBA**

«Entre las múltiples facetas del concepto poliédrico de presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la acusación penal, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por el Tribunal Constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquélla encaminada a fijar el hecho inculpativo que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo del sumario: Averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes (artículo 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa. Por su parte, la prueba de descargo tiene una finalidad opuesta a la antedicha y su manifestación más conocida, muy antigua por lo demás, es la coartada o excepción del alibi o negación de lugar (negativa loci), cuya raíz está en la imposibilidad de la

bilocación, correspondiendo su carga a quien la opone» (STC 209/1999, de 29 de noviembre). También la STC 33/2000, de 14 de febrero.

Y como advierten las SSTC 233/2005, de 26 de septiembre y 267/ 2005, de 24 de octubre, «con independencia del tipo de delito de que se trate, «en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure. La primera modalidad de presunción iuris tantum no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988, produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el artículo 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción iuris et de iure, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia» (por todas, STC 87/2001, de 2 de abril, F. 8)».

En cuanto a la discusión acerca de la legitimidad de determinados medios de prueba de cargo, en la STS 700/2014, de 29 de octubre, se afirma que al igual que en relación a eximentes o atenuantes, no cabe invocar la presunción de inocencia en materia de legitimidad de una prueba para declarar tal medio inutilizable (!). Con todos los matices –que no son pocos– con que se puede hablar en esos términos en el proceso penal, la carga de la prueba sobre la ilegitimidad de un medio probatorio corresponde a quien la alega. Las dudas, si no son serias o razonables o probables, habrán de ser resueltas a favor de la utilizabilidad del medio de prueba. Está en juego el derecho fundamental a valerse de los medios de prueba pertinentes que no puede ser limitado sin una base probatoria mínimamente seria.

En lo que se refiere a la valoración del silencio del acusado, la STS 487/2014, de 9 de junio, sigue la doctrina generalmente aplicada según la cual, el silencio no constituye prueba de cargo, aunque pueda ser útil para reforzar un razonamiento apoyado en otras pruebas, ya suficientes en sí mismas, cuando siendo posible, el acusado omita una explicación que pudiera debilitar o dejar sin efecto su valor inculpatario.

Dice esta sentencia que de la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo «suficiente» para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

También se ha dicho, en relación con mensajes transmitidos a través del teléfono móvil por empresas de mensajería instantánea que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido. (STS 754/2015, de 27 de noviembre).

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del

acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS de 29 de octubre de 2001) (STS 507/2020, de 14 de octubre).

Ciertamente una jurisprudencia clásica venía proclamando que las eximentes, atenuantes u otros hechos excluyentes de la responsabilidad penal para ser apreciadas han de estar «tan acreditadas como el hecho mismo» no quedando abarcadas por el principio in dubio. Las dudas o la falta de prueba habrían de solventarse en favor de su no apreciación. Esta fórmula recibió las bendiciones del Tribunal Constitucional: la presunción de inocencia no se proyecta sobre eximentes, o atenuantes u otras circunstancias extintivas o excluyentes de la responsabilidad penal. A esa doctrina se acoge el Fiscal.

Pero tal axioma, no solo no es suscribible hoy sin muchos matices que acaban por contradecirlo, sino que está ya diluyéndose en la jurisprudencia en la que se percibe como el comienzo de un viraje que ya se reclamaba desde ámbitos doctrinales y que ha llegado a ser asumido expresamente en algunos precedentes (por todas, SSTS 639/2016, de 14 de julio o 802/2016, de 26 de octubre).

Y es que, siendo cierto que en materia de eximentes o error lo ordinario será que la carga de su alegación (carga de aportación –burden of production– en la concepción anglosajona) corresponda a la defensa por razones que no son estrictamente dogmáticas sino más bien experienciales; no es verdad, en cambio, que las dudas hayan de resolverse en contra de su apreciación (carga persuasiva –persuasive burden–), sino por parámetros que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, sí que se le aproximan enlazando con el principio in dubio. Las dudas razonables sobre la presencia de legítima defensa, por ejemplo, no han de conducir a la condena, sino a la absolución. Cuando es probable o posible, aunque no seguro, que quien mató a otro estuviese en situación de legítima defensa, la respuesta canónica ha de ser la absolución y nunca la condena.

Si en el momento de decidir el Juzgador mantiene dudas, habrá de inclinarse por la solución más favorable también cuando se trata de eximentes, atenuantes o del error. Rige el principio in dubio (STS 722/2020, de 30 de diciembre).

(...) Hemos indicado que la carga de la prueba respecto de los hechos en los que se apoyan las causas excluyentes de la responsabilidad corresponde a la parte que pretende su aplicación y que deben quedar tan acreditados como los propios hechos objeto de punición. Y hemos dicho en alguna ocasión que la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad (SSTC 209/1999, de 29 de noviembre; 133/1994, de 9 de mayo; 36/1996, de 11 de marzo; 87/2001, de 2 de abril o 335/2017, de 11 de mayo). No existe ninguna presunción constitucional de que alguien ha podido ser atacado ilegítimamente, cuando este acometimiento no se refleja como elemento negativo del tipo de lesiones. Y aun cuando la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016, de 19 de julio; 335/2017, de 11 de mayo o 690/2019, de 11 de marzo) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del principio in dubio pro reo cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de anti-juridicidad material de la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre), no solo exige que la alegación de descargo no haya sido sorpresiva y que se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirla en debate contradictorio, sino que se haya presentado una base probatoria de suficiente intensidad como para sustentar de manera fundada la probabilidad de la realidad que se sustenta, en un juicio que sobrepasa la mera posibilidad y que conduce a otorgar una fuerte e inequívoca credibilidad a esa coyuntura. Decíamos en la STS 690/2019, de 11 de marzo «Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio in dubio pro reo, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia» (STS 341/2021, de 23 de abril).

## **1. HECHOS IMPEDITIVOS Y EXTINTIVOS**

Un importante sector de la doctrina penalista y procesalista mantiene la tesis de que la presunción de inocencia debe alcanzar no sólo a los hechos constitutivos del delito sino a los impositivos. Así, la STS de 2 de febrero de 2011 (RJ 2011, 76512) señala la falta de simetría en la distribución de la carga probatoria en los órdenes penal y civil. «En aquél no es trascendente la diversificación de hechos según su calificación de constitutivos o extintivos para establecer la consecuencia de la situación caracterizada por falta de certeza



tras la actividad probatoria. En el orden penal esa falta de certeza, o firmeza en el convencimiento sobre la verdad de la proposición a acreditar, ha de traducirse como regla de decisión en la no proclamación de las perjudiciales para el acusado. Ora se trate de hechos que fundan la imputación penal, ora se trate de los que dan lugar a la extinción de la responsabilidad penal».

No obstante, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no lo ha entendido así con rotundidad, pues si bien con carácter general se ha declarado que en virtud de esa presunción la carga de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa (STC 70/1985, de 31 de mayo), verificándose un desplazamiento de tal carga hacia las acusaciones, que han de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, «sin que por tanto pueda constitucionalmente exigirse a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos» (SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, 140/1991, de 20 de junio, 138/1992, de 13 de octubre, 102/1994, de 11 de abril y 133/1995, de 25 de septiembre y SSTS de 29 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 9344] y 3 de abril de 1990 [RJ 1990, 3052]); en otras resoluciones se excluye de su ámbito de cobertura no sólo a los hechos impeditivos y extintivos, sino también a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto que la prueba de su existencia recae sobre el acusado de acuerdo con los principios procedentes del Derecho Procesal «onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat y afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sun probanda» (SSTS de 18 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8537] y 5 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 1927]); y así, en la STS de 29 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1347) se afirma que «la presunción de inocencia en forma alguna despliega su eficacia sobre algo en principio anormal, cual una circunstancia de inimputabilidad». La STS de 28 de abril de 1993 (RJ 1993, 3291) afirma que «cuando se trata de un hecho impeditivo o de naturaleza contraria es a la parte acusada a quien corresponde la carga de la prueba, sin que ello contrarie en nada el espacio operativo de tal derecho fundamental»; y la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9574) expresa «que la presunción de inocencia favorece a todo acusado de un delito y se extiende a los presupuestos o elementos descriptivos y normativos del mismo, a la participación y a las circunstancias de agravación, pero no sirve de cobertura a las circunstancias de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal» (en el mismo sentido las SSTS de 8 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8859] y 7 de abril de 1994 [RJ 1994, 2896]); por lo que «parece obvio reconocer que corresponde a la parte acusada, que la alegue, probar la concurrencia de todos los requisitos precisos para la estimación de la circunstancia eximente de que se trate» (STS de 22 de mayo de 1993 [RJ 1993, 4232]). Como se lee en la STS de 22 de enero de 1998 (RJ 1998, 201) «supondría un dislate imponer a las partes acusadoras la obligación de acreditar que todas y cada una de las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad criminal no han concurrido en el caso, ya que la prueba de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios del derecho procesal, en virtud del cual incumbe la carga de la prueba a quien afirma algo».

(...) El acusado viene obligado a probar los hechos impeditivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado (STS 366/2020, de 2 de julio).

«Lo que dispensa o libera de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma, se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la acusada, si introduce en la causa un hecho extintivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo, pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario –que bastaría la alegación de un hecho impeditivo– privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar indefensión» (STS de 19 de abril de 1996 [RJ 1996, 2887]).

No se invierte la carga de la prueba cuando se recuerda que a la acusación incumbe la prueba de los hechos –objetivos y subjetivos– sobre los que se construye el juicio de tipicidad. Al Fiscal no incumbe la contraprueba de la falta de veracidad de los hechos extintivos o impeditivos alegados por la defensa. Es la parte pasiva quien asume el desafío probatorio de acreditar la realidad de una tesis alternativa que, de concurrir, neutralizaría la realidad de los elementos fácticos que dan vida al juicio histórico (STS 744/2013, de 14 de octubre).

Así, en el delito de detención ilegal corresponde a la defensa «la prueba de que el autor de la detención liberó a la víctima antes de los tres días y sin haber logrado su propósito, señalando y probando éste» (STS de 17 de abril de 1997 [RJ 1997, 2989]).

En el delito de tráfico de drogas, corresponde al acusado la prueba de su adicción, en cuanto hecho que puede desvirtuar el indicio del destino al tráfico de la sustancia aprehendida, como ha apuntado la STS de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8539).

En el delito de malversación «no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados por el reo hayan sido aplicados a usos propios, porque sería casi siempre una prueba imposible, siendo por ello suficiente que el recaudador no aporte el dinero recibido o los recibos de pago ni haya dado parte oportuno de sustracción, pérdida o destrucción» (STS de 10 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1171]).

En los delitos de apoderamiento patrimonial se presume el animus lucrandi, correspondiendo a los infractores acreditar que fue otro el propósito que les inspiró (STS de 16 de marzo de 2004 [RJ 2004, 2712]).

Recapitulando, las SSTS de 15 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1416) y 5 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1927) recuerdan que «la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a probar a cada parte aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el onus de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impeditivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de exención de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas».

Siguiendo en la misma línea, la STS de 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 803) distingue entre hechos negativos e impeditivos, declarando «que una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos... por lo que no es admisible su pretensión de que se aplique la presunción de inocencia para admitir un error de prohibición, cuya existencia le correspondía probar a él...».

Es de interés, dada la nueva regulación del decomiso, la sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 2008, Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido En esa sentencia se examina la aplicación de la Ley inglesa de 1994 contra el Tráfico de Drogas, y en concreto la inversión de la carga de la prueba que propicia y autoriza el texto legal a la hora de confiscar los bienes adquiridos los últimos años previos al delito, una vez que se ha probado la autoría de un delito grave de tráfico de drogas. El TEDH acaba concluyendo que no considera «en ningún caso que sea incompatible con el concepto de juicio equitativo, de conformidad con el artículo 6, invertir la carga de prueba sobre el demandante, una vez que ha sido condenado por un delito grave de tráfico de drogas, correspondiéndole a él demostrar que la fuente de la que procede el dinero o los activos que se ha probado que ha poseído en los años precedentes al delito era legítima». Y en el mismo sentido, no cabe estimar que la exigencia de que una persona relacionada con el tráfico de estupefacientes acredite el origen lícito de cuantiosos e injustificados incrementos patrimoniales debidamente acreditados, o su procedencia de fuentes ajenas a dicho tráfico, pueda ser contrario a lo dispuesto en el referido art 6.º del Convenio.

En este mismo sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado en la STS 338/2015, de 2 de junio, que «existiendo una razonable probabilidad de la vinculación o conexión con actividades criminales o con grupos o personas relacionadas con las mismas, podría deducirse como conclusión razonable y en absoluto, arbitraria o caprichosa, que los bienes del patrimonio del afectado proceden directa o indirectamente del delito, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones presentando en su descargo pruebas acreditativas a la legitimidad de su adquisición o posesión. Pero debe quedar claro que no se trata de subvertir las reglas del proceso penal ni de trasladar la carga de la prueba al acusado para que demuestre su inocencia».

Debe destacarse que los hechos impeditivos, las eximentes o las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal (SSTS 1395/1999, de 9 de octubre o 435/2007, de 16 de mayo), a diferencia de lo que ocurre con los pronunciamientos absolutorios en cuyo favor opera el derecho fundamental a la presunción de inocencia, requieren de una acreditación plena, correspondiendo la carga de su prueba a la parte que esgrime su concurrencia (STS 197/2017, de 24 de marzo).

## 2. ERROR DE PROHIBICIÓN Y ERROR DE TIPO

Es necesario comenzar recordando que el dolo supone conocimiento y voluntad de realizar el hecho injusto. Actúa dolosamente quien conoce lo que está haciendo y, además, quiere hacerlo. El delito doloso es una agresión consciente contra el bien jurídico. En términos más académicos el dolo es conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo. El dolo tiene un componente intelectual de forma que el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica y tiene un componente volitivo que concurre cuando el sujeto quiere realizar esa acción. Hay ausencia de dolo cuando el sujeto tiene un conocimiento equivocado sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, situación que se conoce como «error de tipo».

En cambio, el error o la ignorancia sobre la antijuridicidad de la conducta se desenvuelven en la esfera de la culpabilidad. El reproche que supone ésta sólo tiene sentido si el sujeto tiene conciencia de la prohibición establecida por la ley penal, de ahí que cuando el sujeto actúa con error de prohibición, pensando que su actuación es lícita o sin siquiera plantearse su ilicitud, su actuación no será punible si ese error es invencible, y será punible de forma atenuada si el error es vencible, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 14.2 CP.

Pero la distinción entre error de tipo y error de prohibición se muestra problemática cuando el error recae sobre elementos normativos de carácter jurídico del tipo o sobre las leyes penales en blanco a que se remiten algunos tipos o sobre las causas de justificación, como elementos negativos de la antijuridicidad.

La doctrina ha ensayado muchos criterios para tratar de precisar qué clase de error debe aplicarse en cada uno de estos supuestos (teoría causal, teoría estricta o restringida de la culpabilidad, teoría de los elementos negativos del tipo, etc.). En lo que a nuestro Código Penal se refiere, la controversia dogmática tiene su origen en la propia literalidad del artículo 14 CP, que en su primer apartado relativo al error de tipo se refiere a un «error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» mientras que el apartado tercero, relativo al error de prohibición, se refiere al «error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal». Parecería que la literalidad de la norma distingue entre el error en lo fáctico y en lo jurídico y desde ese enfoque el error sobre los elementos normativos sería un error de prohibición.

Sin embargo, semejante planteamiento no resuelve los difíciles problemas dogmáticos que suscita este tema. Una parte de la doctrina considera que el error sobre los elementos normativos del tipo no es un error de prohibición, sino de tipo ya que el dolo del autor debe abarcar todos los elementos típicos del delito, sean descriptivos, valorativos o normativos (STS 625/2019, de 17 de diciembre). Otro sector doctrinal entiende, por el contrario, que el error sobre los elementos normativos de carácter jurídico del tipo, están tan estrechamente vinculados con la antijuridicidad que debe ser tratado como un error sobre la misma antijuridicidad, como un error de prohibición previsto en el artículo 14.3 CP (STS 18/2021, de 15 de enero).

La jurisprudencia, igualmente, tras destacar la dificultad de determinar la existencia del error, por pertenecer a lo más íntimo de la conciencia de cada individuo, afirma que no basta su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (Cfr. SSTS de 3 de enero de 1985; 28 de marzo de 1994; 30 de julio de 1994; 13 de noviembre de 1989; 13 de junio de 1990; 22 de enero de 1991; 985/1997, de 7 de julio).

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, de 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (artículo 14 CP 1995) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso –recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre–, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que, además, y esto es lo importante, no es permisible su

invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.

Por otra parte, como afirma la STS 990/2012, de 18 de octubre, el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, y corresponde a quien lo sostiene incorporar las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concorra el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por efecto del error (STS 525/2014, de 17 de junio).

Al error de prohibición se refirió también la STS de 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7111), manifestando igualmente en esta ocasión que «los temas referentes a la creencia errónea del recurrente sobre la licitud de su actuación salen del ámbito de la imputación objetiva en que se mueve la presunción de inocencia». También las SSTS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4232), 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8317) y 18 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7531) ponen la carga de su prueba de lado de quien alega su existencia, declarando esta última que «el error de prohibición no será acogible cuando en un orden de pensar normal, conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social, no existan motivos para concluir que el agente se hallase desprovisto de la normal conciencia de antijuridicidad o, al menos, de la fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho».

Así, conforme a la STS de 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 437) «la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error». Para la STS de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 6227) «la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprendan para ser conocido el mismo por el sujeto activo».

Así, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 314/2021, de 15 de abril).

Aunque, como se lee en la STS de 3 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7046) «no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente... no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente». En expresión de la STS de 4 de junio de 1997 (RJ 1997, 5156) «en aquellas infracciones que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud»; o como dicen las SSTS de 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8535) –Causa especial 840/96– y 10 de julio de 2001 (Rec. 819/00) «en las infracciones de carácter elocuentemente opuestas al Derecho, cuya ilicitud resulta evidente para cualquier persona aún sin conocimientos jurídicos»; añadiendo la STS de 18 de abril de 2006 (RJ 2006, 3312) que, «en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada». En el mismo sentido expuesto, la STS 338/2015, de 2 de junio.

Tan evidente es que su invocación no puede prosperar en la violación de una prostituta, pues «nadie puede considerar ajustado a derecho el abuso de una mujer como si fuera un objeto o una pertenencia» (STS de 23 de enero de 1997 [RJ 1997, 341]); ni tampoco en la violación de la propia esposa cuando, como ocurrió en el caso enjuiciado, el yacimiento va acompañado de amenazas y se desarrolla con la mayor brutalidad (STS de 29 de abril de 1997 [RJ 1997, 3380]). Reiterando, «aunque sea fácil comprender que el encausado pudiera tener la idea de que las prestaciones sexuales dentro del matrimonio son derechos y obligaciones recíprocas, lo que ninguna persona normal (y el imputado lo es) puede pensar es que esas prestaciones han de ser

impuestas por la fuerza y a punta de navaja ante la negativa de la mujer, máxime cuando la vida en común ya no existía» (STS de 30 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9951]).

Como declara la STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 764) «nadie ignora por elemental que sea su formación cultural la ilicitud del mantenimiento de relaciones sexuales con una persona sin contar con el libre consentimiento de ésta. No es preciso conocer los detalles de la tipicidad penal que sanciona este proceder como un primario valor incorporado al acervo cultural mínimo de nuestra sociedad, que las relaciones sexuales constituyen una íntima manifestación de la libertad de cualquier persona, y que absolutamente nadie –cualquiera que sea la relación que le une con ella (la víctima era la esposa)– queda fuera del ámbito de protección de este derecho a la autodeterminación sexual inherente a su propia libertad personal. Esto es algo tan obvio en la actualidad que no hay posibilidad de ignorar o desconocer la intrínseca ilicitud del mantenimiento de una relación sexual con quien no presta su libre consentimiento. La conciencia sobre la antijuridicidad de tan reprobable comportamiento está en el común patrimonio moral de quienes conviven en una sociedad civilizada, salvo padecimientos de alteraciones relevantes que deter-minen una merma de su imputabilidad y por tanto de su capacidad para percibir la necesidad de observar tan elemental norma de comportamiento en el respeto a la libertad personal ajena».

(...) Se ha de partir de que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vendría determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las conductas psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos o también la naturaleza del hecho, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido por el sujeto activo. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerares hombre medio, combinando así los criterios subjetivos y objetivos, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se cometa mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 813/2016, de 28 de octubre).

Bien entendido que los criterios de evitabilidad del error se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción. No obstante, para que el error comporte la exención de la responsabilidad, no basta con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso (SSTS 199/2017, de 27 de marzo; 181/2019, de 2 de abril), siendo esencial que sea probado por quien lo alegue, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS 926/2016, de 14 de diciembre). Así:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma manera y en otras palabras, que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, o cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente (STS 571/2016, de 29 de junio) (STS 725/2020, de 3 de marzo).

Tampoco puede admitirse el error en el delito de malversación, pues «es obvio que a todo el mundo le consta que está prohibido apropiarse del dinero ajeno, por lo que no puede concebirse que alguien crea erróneamente que obra lícitamente cuando dispone en su propio beneficio de un dinero que no le pertenece, no pudiendo calificarse como error el desconocimiento exacto de la tipificación delictiva en que se incurre, cuando se conoce sobradamente que el propio comportamiento es delictivo» (STS de 30 de abril de 1998 [RJ 1998, 4253]).

Y la STS de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1549), también en un supuesto de malversación (caso Fondos Reservados) afirma que «cuesta tomar en serio la concurrencia de un error de derecho, porque la hipótesis de un político de la relevancia y la experiencia del acusado (Secretario de Estado-Director General de la

Seguridad del Estado) ignorante de que el uso del dinero público está reservado para fines compatibles con el orden jurídico, y sujeto a ciertas reglas de uso y fiscalización, carece francamente de toda plausibilidad, por irreal».

La STS de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 6227) lo excluyó también porque «es evidente para cualquier ciudadano –cuanto más para un funcionario encargado de la prevención y persecución del delito– que obtener con engaño un lucro no justificado está tipificado, como estafa, en el Código Penal. Aun en el supuesto de que fuese cierto que algunos compañeros del recurrente actuaron de la misma forma en ocasiones análogas, ello no lo habría podido engañar sobre la naturaleza jurídica de los actos que perpetró. En tal caso, sencillamente habría tenido conciencia de que aquéllos también habían realizado actos penalmente típicos».

Tampoco se aceptó al condenado por delito de utilización de artefactos técnicos de escucha y grabación del sonido, en el supuesto de la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6440) caso CESID – porque «para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del CESID, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y sólo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en el artículo 55 de la propia Constitución».

La STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2244) tampoco aceptó la alegación de desconocimiento de la ilicitud, hecha por el condenado por delito de descubrimiento de secretos, al haber instalado un programa en el ordenador que le permitía acceder a las comunicaciones de su esposa, ya que «parece evidente que cualquier persona sabe que el acceso a las comunicaciones íntimas y personales de otra afecta a su intimidad, e igualmente, que la esfera más íntima del sujeto está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados. Asimismo, es notorio que las cuestiones relativas a la vida sexual de la persona constituyen parte del núcleo del concepto de intimidad. Es evidente también que la relación conyugal, o las equiparables a ella, incluso aunque no se encuentre en trámites previos a la separación, no autoriza el acceso a los secretos del otro integrante de la pareja».

La STS de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7917) lo excluyó también en un delito contra la intimidad, en el caso de una grabación subrepticia (se trataba de la relación sexual mantenida entre el director de un conocido periódico y una mujer), que forma parte del plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo.

Y la STS de 17 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8049) revoca la absolución en un delito contra la ordenación del territorio, ya que «el error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Una persona que vive en los lindes de una zona de dominio público marítimo-terrestre desde hace años y que conoce la existencia de criterios diferentes sobre la calificación del paraje que ocupa su vivienda, sabe perfectamente que tiene que solicitar las preceptivas licencias para hacer una construcción, ... tenía plena conciencia de la ilicitud de lo que estaba llevando a cabo, por lo que no cabe la absolución basada en la inexistencia de dolo».

Con vocación de generalidad, la STS de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7531) excluye la aplicación del error de prohibición al delito de tenencia ilícita de armas, pues «cualquier persona en nuestro país –la información sociológica y el cotidiano reflejo en los medios de comunicación lo abonan de consuno–, máxime si es portador de una cultura media, se halla lejos de la creencia en la inocuidad legal de la posesión de un arma de fuego sin los requisitos documentales legitimadores de aquélla. Cualquier sondeo estadístico corroboraría la generalizada persuasión de que un arma de fuego no puede poseerse y portarse impunemente sin las autorizaciones legales y reglamentarias».

Por el contrario, la STS de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9242) estimó el recurso del condenado, apreciando el error de prohibición evitable, fundado en la creencia de la validez en España de la autorización

para portar el arma que a aquél le fue otorgada en Portugal, en donde residía, porque «la cuestión jurídica que está en la base del error alegado es de tal complejidad que no puede ser resuelta por cualquier persona de cultura media».

En cuanto al delito de tráfico de drogas, la STS de 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8318) ha excluido el error de prohibición, considerando suficiente «que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito», sin que sea necesario «que el reo conozca que la sustancia que posee (se trataba de 50 pastillas de Eva –MDEA metilendioxietilamfetamina–) se halla incluida en alguna de las listas del Convenio de Viena correspondiente. Si así fuera, sólo podría delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión jurídica o técnica, tiene relación con esta clase de materias...».

Tampoco es admisible la invocación del error sobre el carácter gravemente nocivo para la salud de los consumidores de los productos anfetamínicos con los que traficaba el acusado, pues «en el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las drogas blandas, causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicótrópos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad, a no ser que lo hubiera demostrado» (STS de 27 de enero de 1999 [RJ 1999, 828]).

De igual modo, la STS de 11 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6514), recordando que la prueba del error incumbe a quien lo alega, y que la doctrina del dolo eventual es aplicable en el campo del delito sanitario, rechaza la alegación de los condenados de que no sabían que la droga que les fue aprehendida causara grave daño a la salud.

La doctrina expuesta es igualmente extensiva al error de tipo, pues, «en cuanto hecho impeditivo, supone en quien lo alega la carga de su existencia» (STS de 24 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4089]). Por ello la STS de 18 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4020) rechaza la alegación del error de tipo sobre la edad del comprador de la droga, porque el error «no ha quedado probado por el acusado, que era a quien correspondía, por tratarse de una causa de excepción de la acción, su desconocimiento de ser menor de dieciocho años de edad la persona que le adquiría los cuatro trozos de resina de hachís en que consistió la operación concertada entre ambos»; y la STS de 18 de julio de 2000 (RJ 2000, 7461) rechaza el error sobre la notoria importancia de la cocaína transportada porque «no basta razonar, como hace la Sala a quo, que no consta acreditado que la acusada conociera el peso exacto de la droga que transportaba, pues lo que exige el hecho impeditivo precisamente es acreditar un hecho positivo, es decir, que si hubiese conocido el peso superior al límite establecido no habría ejecutado el transporte o habría limitado la cantidad».

En definitiva, «el problema del error en sus vertientes de tipo o prohibición ha sido resuelto por la jurisprudencia en el sentido de la necesidad de la probanza por parte de quien pretende la exculpación alegando dicho error en cualquiera de sus modalidades»..., siendo así que la Audiencia no apreció ningún dato fáctico en que pudiera basarse el error invocado por el recurrente de obrar en la creencia de que el frasco con speed que le entregó F. S. S. era en realidad un producto de farmacia (STS de 10 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7571]).

En los supuestos donde se puede aplicar, siempre en teoría, se exigirá una adecuada probanza por el autor de que era cierta, consistente y creíble esta alegación, sin tener por qué exigirse que esta posibilidad se predique de personas de bajo nivel cultural sin más, ya que su apreciación se hará siempre teniendo en cuenta sus circunstancias y las del caso concreto, ya que en caso contrario solo los conocedores de la norma jurídica podría entenderse que podría ser sujetos activos del delito, además de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien «no lo conociera». Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de «suficiencia cognoscitiva», podríamos denominarlo (STS 380/2020, de 8 de julio).

Ciertamente una jurisprudencia clásica venía proclamando que las eximentes, atenuantes u otros hechos excluyentes de la responsabilidad penal para ser apreciadas han de estar «tan acreditadas como el hecho mismo» no quedando abarcadas por el principio in dubio. Las dudas o la falta de prueba habrían de solventarse en favor de su no apreciación. Esta fórmula recibió las bendiciones del Tribunal Constitucional: la

presunción de inocencia no se proyecta sobre eximentes, o atenuantes u otras circunstancias extintivas o excluyentes de la responsabilidad penal. A esa doctrina se acoge el Fiscal.

Pero tal axioma, no solo no es suscribible hoy sin muchos matices que acaban por contradecirlo, sino que está ya diluyéndose en la jurisprudencia en la que se percibe como el comienzo de un viraje que ya se reclamaba desde ámbitos doctrinales y que ha llegado a ser asumido expresamente en algunos precedentes (por todas, SSTS 639/2016, de 14 de julio o 802/2016, de 26 de octubre).

Y es que, siendo cierto que en materia de eximentes o error lo ordinario será que la carga de su alegación (carga de aportación –burden of production– en la concepción anglosajona) corresponda a la defensa por razones que no son estrictamente dogmáticas sino más bien experienciales; no es verdad, en cambio, que las dudas hayan de resolverse en contra de su apreciación (carga persuasiva –persuasive burden–), sino por parámetros que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, sí que se le aproximan enlazando con el principio in dubio. Las dudas razonables sobre la presencia de legítima defensa, por ejemplo, no han de conducir a la condena, sino a la absolución. Cuando es probable o posible, aunque no seguro, que quien mató a otro estuviese en situación de legítima defensa, la respuesta canónica ha de ser la absolución y nunca la condena.

Si en el momento de decidir el Juzgador mantiene dudas, habrá de inclinarse por la solución más favorable también cuando se trata de eximentes, atenuantes o del error. Rige el principio in dubio (STS 722/2020, de 30 de diciembre).

### **3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

La STS de 29 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2120) ha establecido una excepción a este régimen general de la carga de la prueba cuando se trata de causas de justificación; y así, declara que «ninguna duda puede caber en orden a que la fijación de los datos fácticos relativos a una causa de justificación o a lo que por la doctrina científica se llama elementos negativos del tipo pueden y deben estar amparados por la presunción de inocencia. Ciertamente es que en doctrina civilística no se trataría de simples hechos negativos, sino impeditivos; y por ello, en principio, su aportación a la causa correspondería en carga probatoria, con arreglo a la norma contenida en el artículo 1214 del Código Civil a la parte que los alega, mas tal doctrina general no supone, por el efecto irradiante de los derechos fundamentales que establece el artículo 53.1 de la Constitución, que deba estimarse ajeno a este espacio impugnativo la alegación de carácter positivo sobre elementos básicos para la apreciación de una causa, completa o incompleta, de justificación...»; consiguientemente, estima el recurso y aprecia la eximente incompleta de legítima defensa.

Por ello la presunción de inocencia abarcaba la demostración de la autoría del hecho delictivo y de la realidad material del acto que ha sido enjuiciado y que la concurrencia del elemento culpabilístico que autoriza la aplicación de los tipos delictivos pertenece a la libertad de criterio de la Sala siempre que actúe sobre bases fácticas que previamente lo configure. Los elementos subjetivos culpabilísticos en el sentido técnico-penal del término y la inferencia de los mismos pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y no están cubiertos por la presunción constitucional, más que en el concreto punto de que si han de estar probados los hechos o datos objetivos sobre los que las valoraciones actúen, sin que el principio constitucional sirva de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto la concurrencia y prueba de las causas de justificación no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alega (SSTS de 21 de enero de 2002, 20 de mayo de 2003, 12 de mayo de 2010). Es decir que el acusado viene obligado a probar los hechos impeditivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado (STS 366/2020, de 2 de julio).

De igual modo la STS de 14 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7832) confirmó la absolución decretada por la Audiencia al considerar que la duda esencial sobre la concurrencia de la legítima defensa justifica la aplicación del principio in dubio pro reo.

Más matizada es la respuesta dada en la STS 277/2014, de 7 de abril. Sin necesidad de profundizar en cuestiones que siguen teniendo aspectos controvertidos, es claro que tanto la presunción de inocencia como el principio in dubio pro reo, juegan un papel diferente en el supuesto de alegación de circunstancias eximentes. Como señalan las SSTS 139/2008, de 28 de febrero, y 493/2005, de 2 de abril, entre otras, no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia «a modo de presunción en sentido inverso como si a la



acusación correspondiera la carga de probar la inexistencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal».

Como regla general, la presunción de inocencia no extiende su tutela con la misma amplitud a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, por lo que, en principio, según afirmación tónica de la jurisprudencia, estas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo.

Todo ello sin perjuicio de que cuando la defensa consigue introducir una base razonable acerca de la concurrencia de una circunstancia eximente, pueda ésta ser acogida.

Los elementos subjetivos culpabilísticos en el sentido técnico-penal del término y la inferencia de los mismos pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y no están cubiertos por la presunción constitucional, más que en el concreto punto de que si han de estar probados los hechos o datos objetivos sobre los que las valoraciones actúen, sin que el principio constitucional sirva de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto la concurrencia y prueba de las causas de justificación no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alegan (SSTS de 21 de enero de 2002, 20 de mayo de 2003, 12 de mayo de 2010). Es decir que el acusado viene obligado a probar los hechos impositivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado.

No obstante, esta doctrina ha sido objeto de alguna matización, así la jurisprudencia ha declarado en distintas ocasiones que en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8), y viene afirmando (STC 8/2006, de 16 de enero, FJ 2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el artículo 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpa-bilidad (STC 87/2001 de 2 de abril), esto es, como dice la STS 724/2007, de 26 de septiembre: si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista (STS 366/2020, de 2 de julio).

#### **4. PRESCRIPCIÓN**

Tampoco la prescripción se somete a la regla general de la carga de la prueba, pues conforme a la doctrina jurisprudencial, la consecuencia de la falta de prueba no puede imputarse a la parte que la invoca en su favor, «de suerte que si no se desprende de los hechos probados, con certidumbre, la fecha del delito y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para fundar la prescripción, esta situación de duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio general de la carga de la prueba irreconciliable con las estructuras del proceso penal, sino resolverse con sujeción al principio in dubio pro reo, dado que el acusado no asume nunca la carga material de la prueba» (SSTS de 10 de junio de 1990 [RJ 1990, 5252] y 5 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4958]). Como afirma la STS de 25 de abril de 1998 (RJ 1998, 3790) «ante la omisión en la sentencia de los elementos fácticos que resultan imprescindibles para poder hacer un pronunciamiento sobre la prescripción..., no puede mantenerse una lectura contraria a los intereses del acusado y procede absolverle». La STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 599) señala que la prescripción puede ser apreciada de oficio. En sentido contrario se pronuncia la STS de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1464).

Considera esta Sala en numerosos precedentes –STS 414/2015, de 6 de julio–, que la prescripción presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS 839/2002, de 6 de mayo; 1224/2006, de 7 de diciembre; 25/2007, de 26 de enero; 793/2011, de 8 de julio y 1048/2013, de 19 de septiembre) y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su

aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir dentro del trámite del recurso casacional (SSTS 1505/1999, de 1 de diciembre, 1173/2000, de 30 de junio, 1132/2000, de 30 de junio, 420/2004, de 30 de marzo y 1404/2004, de 30 de noviembre).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta – lapso de tiempo correspondiente o paralización del procedimiento– aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto – como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, artículo 666.3 LECrim, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, artículo 786.2 LECrim, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión de la Ley, tiene extinguida su posible responsabilidad penal– (SSTS 387/2007 de 10 de mayo y 762/2015, de 30 de noviembre).

## **5. MENOR DE EDAD**

El Tribunal Supremo ha resuelto reiteradamente que el cómputo de la edad en materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento; habiendo declarado la STS de 26 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5258) que «si no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado (in dubio pro reo), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo».

## **6. AGRAVANTES Y CIRCUNSTANCIAS CUALIFICADAS**

La presunción de inocencia se proyecta, «no sólo al hecho principal en sí, sino también a los hechos periféricos determinantes de figuras agravadas constitutivas de una distinta modalidad delictiva, asesinato frente al homicidio, o de un subtipo penal como sucede en el artículo 529 del Código Penal, por ejemplo, y en tantos otros» (STS de 6 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 7953]).

### **6.1. Robo y hurto**

Como expone la STC 24/1997, de 11 de febrero, «la destrucción de la presunción de inocencia, que es una presunción iuris tantum, ha de venir referida a un determinado hecho configurador de un tipo penal en el que deben incluirse las circunstancias que por mandato legal tienen que concurrir en el mismo. Probada, por ejemplo, una sustracción simple, la presunción de inocencia cede frente al delito de hurto, pero si no se ha probado la fuerza capaz de transformar ese ilícito en robo, la presunción debe actuar respecto de este último delito».

Y es que, como ya señaló la STC 93/1994, de 21 de marzo, «cuando se trata de condenar a una persona por un delito de robo, la presunción constitucional de inocencia no se satisface si la actividad probatoria versa únicamente sobre la sustracción. Requiere que esa actividad verse sobre los elementos que configuran el delito de robo, propiciando una mayor severidad en la reacción penal, de tal modo que, si la actividad probatoria no versa sobre la existencia de un apoderamiento lucrativo empleando la fuerza en las cosas, la condena por robo constituiría una violación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE». En consecuencia, otorga el amparo con el efecto de admitir sólo una condena por hurto, al no haber prueba del forzamiento del maletero del vehículo.

### **6.2. Reincidencia**

En orden a la agravante de reincidencia, la STS de 12 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3581) declaró que «la cancelación o cancelabilidad de los antecedentes penales, en cuanto hecho impeditivo, corresponde acreditarlo a quien alegue su existencia», apartándose así de anteriores precedentes en los que, en caso de duda sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para la cancelación, prescindía de aplicar la agravante de reincidencia, absteniéndose de ordenar la cancelación, como establecía el artículo 118 del Código Penal derogado y exige ahora el artículo 136 del nuevo. Por el contrario, las SSTS de 28 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6646), 24 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7855), 25 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2002), 20 de abril de 1996 (RJ 1996, 2890), 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3893), 15 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7140), 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1178), 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2816), 21 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3396) y 5 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 544), siguiendo esta última doctrina

estiman que la duda sobre la existencia de los requisitos necesarios para que opere la rehabilitación debe jugar a favor del acusado, prescindiendo de aplicar la referida agravante de reincidencia.

El tema llegó a la jurisdicción constitucional, resolviendo la STC 80/1992, de 28 de mayo, que «la duda razonable que acerca de la vigencia de los antecedentes penales del condenado se infería de los datos concretos y específicos aportados por el recurrente, debió determinar al Tribunal sentenciador a rechazar la aplicación de la citada agravante con base en lo dispuesto en el artículo 10.15 del Código Penal (ordenando o no la cancelación de los antecedentes), en línea con una constante y precisa doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo al respecto»; otorgando en consecuencia el amparo solicitado.

Pero el Tribunal de Casación ha ido más allá, llegando a prescindir de la agravante cuando la sentencia de instancia, pese a apreciar la existencia de antecedentes penales, no los mencione en el factum con la precisión exigida de fecha de la firmeza de la sentencia precedente –cuando se utiliza la expresión «ejecutoriamente condenado» debe entenderse equivalente a sentencia firme conforme al artículo 141 LECrim–, fecha de cumplimiento de las penas, fecha del acaecimiento de los hechos implicados en la cuestión, abonos de prisión preventiva o de redención de penas por el trabajo en su caso, remisión condicional y período de suspensión, también en su caso, al objeto de poder apreciar su vigencia o caducidad (SSTS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9180], 30 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9220], 8 de julio de 1999 [RJ 1999, 6204] y 25 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7657]); «... ya que no sería viable construir una circunstancia agravante en perjuicio del reo sobre hipótesis que no han sido debidamente acreditadas» (STS de 24 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6749]). En el mismo sentido se ha pronunciado la STS de 26 de febrero de 1997 (RJ 1997, 2211). Ni siquiera es posible, según afirman las SSTS de 11 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8960), 8 de julio de 1999 (RJ 1999, 6204) y 25 de abril de 2000 (RJ 2000, 3721), una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1, acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la LECrim «pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo».

En este sentido, en la STS 426/2014, de 28 de mayo, se recordaba que esta Sala ha establecido, SSTS 632/2004, de 13 de mayo y 1090/2005, de 15 de septiembre, entre otras, que, siendo necesario excluir la posibilidad de cancelación de los antecedentes penales, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la sentencia los siguientes datos: en primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria anterior; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual. En ocasiones, tampoco será preciso conocer la pena concretamente impuesta, siempre que la fecha de la firmeza de la sentencia hubiera impedido en todo caso la cancelación.

De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del artículo 136, es el de firmeza de la sentencia anterior (SSTS 1370/2003, de 20 de octubre y 1543/2003, de 18 de noviembre, entre otras muchas).

Para despejar toda duda es preciso que en los antecedentes de hecho de la sentencia consten todas las circunstancias que sean necesarias para precisar la existencia de antecedentes penales no cancelados. Con tal finalidad, la Instrucción 3/1992, de 23 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, cuya observancia ha sido recordada por la Comunicación de 6 de marzo de 1997, ordena a los Fiscales que adopten las siguientes cautelas:

«1.º En la conclusión primera de su calificación provisional, especificarán detalladamente los antecedentes penales de los acusados (delito, pena, fecha de sentencia y si los mismos están o no cancelados).

2.º Cuando de la hoja histórico penal no se pueda deducir si dichos antecedentes están o no cancelados, pedirán en el momento procesal oportuno que se aporten a la causa los correspondientes testimonios de las ejecutorias, a los que se refieren dichos antecedentes, para acreditar dicho dato.

3.º Si algún Tribunal sigue al redactar sus sentencias la práctica que pretende corregir esta instrucción, los Fiscales pedirán la aclaración de esas sentencias, citando la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo, y si no se diese lugar a dicha aclaración, prepararán el correspondiente recurso de casación por quebrantamiento de forma por el artículo 851, número 1 LECrim y, en casos excepcionales, por las dos vías procesales del artículo 849».

## **7. CALIFICACIÓN, GRADO DE EJECUCIÓN, PARTICIPACIÓN, CULPABILIDAD Y JUICIOS DE VALOR SOBRE INTENCIONES**

La presunción de inocencia no abarca a la calificación del comportamiento en cuanto a la tipicidad del hecho y subsunción o incorporación en uno u otro precepto, ni al grado de perfeccionamiento, ni tampoco, en su caso, en orden a la modalidad de participación (SSTS de 14 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7103], 25 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8556], 22 de enero de 1992 [RJ 1992, 291], 27 de enero de 1995 [RJ 1995, 261], 21 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2044]). «La subsunción legal pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria» (STS de 22 de febrero de 1997 [RJ 1997, 3818]).

En definitiva, como expone la STS de 29 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2671), «la presunción de inocencia, como verdad interina constitucionalmente garantizada, afecta al aspecto fáctico de la existencia del hecho ilícito imputado y la participación en el mismo del acusado, esto es, al aspecto de la culpabilidad en su sentido anglosajón de responsabilidad por la ejecución del delito y no en el normativo de reprochabilidad por tal ejecución» (SSTS de 9 de mayo de 1989 [RJ 1989, 4152], 12 de mayo de 1993 [RJ 1993, 4073], 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 7098], 21 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1417], 4 de marzo de 2002 [RJ 2002, 3491] y 24 de septiembre de 2008 [RJ 2008, 5598]); «precisión que se hace obligada dada la polisemia del vocablo culpabilidad en lengua española, a diferencia de la inglesa» (STS de 15 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1728]); por lo que, a contrario sensu, cae fuera de su ámbito de aplicación y pertenece al de legalidad ordinaria el juicio jurídico penal sobre el elemento de la culpa-bilidad del delito en sentido técnico jurídico (STS de 9 de febrero de 1995 [RJ 1995, 803]). «La culpabilidad como reproche jurídico por el acto contrario a Derecho realizado, forma parte ya del juicio a emitir por el juzgador de la instancia» (STS de 22 de febrero de 1997 [RJ 1997, 3818]).

En materia de delitos culposos, la presunción de inocencia es de excepcional aplicación y rara vez se invoca en casación. Así, en la STS de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 6010) se dice que «es no solamente insólita, sino hasta cierto punto desconcertante, puesto que su invocación puede conducir a una distorsión o subversión de la esencia y función de la mentada presunción, generando una patente confusión entre el acreditamiento y comprobación de los hechos de autos y su calificación jurídica». La razón estriba en que, como dice la STS de 20 de abril de 1990 (RJ 1990, 3289), «en los delitos de imprudencia y, por supuesto, en las faltas de esta naturaleza, la prueba ha de recaer sobre los hechos previstos en la Ley penal y sus autores, siendo ya un problema de legalidad ordinaria valorar el comportamiento y decidir si hay infracción penal, ilícito civil, caso fortuito o fuerza mayor». En el mismo sentido las SSTS de 3 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2437), 15 de enero de 1986 (RJ 1986, 133), 18 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4094), 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8627), 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 9325), 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 9337), 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1930), 14 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2482), 28 de junio de 1990 (RJ 1990, 5735), 26 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7250), 9 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7921) y 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8308). Como precisa la STS de 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7106), «si bien no existe norma alguna que impida su aplicación a las actuaciones no dolosas, claro está que lo será tan sólo en la materia que le es peculiar, esto es, en lo referente a la determinación de los hechos probados y no a la precisión y concreción de si existe o no imprudencia y de qué entidad, lo que supone un juicio de valor ajeno totalmente al ámbito de dicha presunción de inocencia, ya que como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 141/1986, de 12 noviembre y 92/1987, de 3 junio) esta presunción versa tan sólo sobre hechos y no sobre su calificación jurídica».

Los juicios de valor sobre intenciones no pueden someterse a las exigencias de la presunción de inocencia por ser circunstancias inaprehensibles por los sentidos, razón por la cual sólo los hechos en sí, sobre los que se base la inducción, pueden ser objeto de la prueba... por lo que la presunción no cubre los elementos subjetivos de la culpabilidad o la intencionalidad del agente (STS de 17 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1183]); o dicho en palabras de la STS de 17 de enero de 1992 (RJ 1992, 172), «la presunción de inocencia no ampara o cubre el elemento subjetivo del injusto en cuanto que éste procede de una deducción realizada por la Sala sentenciadora que plasma de alguna manera en el hecho probado después de haber sentado y afirmado la existencia de unos hechos que le sirvieron de antecedente». En el mismo sentido se han pronunciado las SSTS de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1969), 24 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9514),

22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10257), 29 de abril de 1995 (RJ 1995, 3027), 11 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7226) y 14 de abril de 2000 (Rec. 3311/98).

Tales juicios de valor sobre intenciones o juicios de inferencia sobre pensamientos, querer o deseos escondidos en el intelecto humano, no son hechos en sentido estricto porque no constituyen datos aprehensibles, por ello no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera de la garantía constitucional, si bien son revisables por la vía casacional del artículo 849.1 LECrim (STC 195/1993, de 14 junio y SSTC de 23 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1559], 29 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2670], 2 de junio de 1994 [RJ 1994, 6003], 29 de junio de 1994 [RJ 1994, 5163], 3 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7046] y 14 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7843). Como declara la STS de 9 de julio de 1998 (RJ 1998, 5834) «alcanzando la presunción de inocencia a la existencia del hecho y a la participación del acusado, una vez que esto se acredita, la apreciación de los elementos subjetivos y las deducciones que el juzgador realice son de su competencia con la sola limitación de los puntos referentes a la verificación de la existencia de prueba respecto a los extremos en que las inferencias se fundan y la corrección lógica del proceso deductivo seguido al efecto».

En conclusión, como dice la STS de 20 de abril de 1990 (RJ 1990, 3289) «la presunción de inocencia afecta a los hechos, no a su valoración judicial». También las SSTC 6/1987, de 28 de enero y 92/1987, de 3 de junio.

Esa doctrina ha sido matizada por cuanto, como se lee en la STS de 14 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7843) «el derecho a la presunción de inocencia no tolera en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito –en este caso el ensañamiento en el asesinato– se presuma en contra del acusado, y la jurisprudencia (por todas STC 87/2001 de 2 de abril), viene afirmando que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. Pues si bien, el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el artículo 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad» (STC 8/2006 de 16 de enero), esto es, como dice la STS 724/2007 de 26 de septiembre: «si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal ánimo tendencial o finalista». De igual forma se pronunció la STS de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010, 662).

Por ello únicamente debe considerarse prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia «aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad» (SSTC 33/2000, de 14 de febrero y 171/2000, de 26 de junio). En igual dirección la STS 545/2010, de 15 de junio «... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio, 87/2001, de 2 de abril, 233/2005, de 26 de septiembre, 8/2006, de 16 de enero, 92/2006, de 27 de marzo, 91/2009, de 20 de abril)».

Así, conforme a la STS de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010, 662) «el elemento subjetivo del delito debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, artículo 852 LECrim, en relación con el artículo 5.4 LOPJ, como por la del artículo 849.1 LECrim, por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados». Por eso la STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 4714) afirma ahora que la invocación de vulneración de la garantía de presunción de

inocencia es el cauce adecuado cuando se combate en casación la falta de lógica de la inferencia que lleva a la afirmación de que concurre el ánimo de matar, mejor que el ordinal 1.º del artículo 849 LECrim. Del mismo modo la STS de 17 de mayo de 2011 (JUR 2011, 194428).

«El Ministerio Fiscal parte de la consideración según la cual los elementos subjetivos del tipo no tienen carácter fáctico y que, por lo tanto, las afirmaciones realizadas en la sentencia de instancia en relación a su inexistencia pueden ser rectificadas en casación por la vía del artículo 849.1.º LECrim, como si se tratara de un supuesto de infracción de ley, con la finalidad de afirmar su concurrencia y sobre esa base, dictar una sentencia condenatoria.

Ésta es, sin embargo, una forma de entender esta cuestión que ha sido abandonada hace ya tiempo por esta Sala, que, en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 987/2012) se ha inclinado de forma definitiva por establecer que los elementos subjetivos como el conocimiento o el ánimo o intención del sujeto tienen naturaleza fáctica (STS 644/2014, de 7 de octubre y las que en ella se citan) y otros, aun refiriéndose a un concepto jurídico (dolo o culpa) al menos presentan una base fáctica, cuya existencia o inexistencia es una cuestión de hecho y que, consecuentemente, para afirmar su presencia en perjuicio del acusado es necesario que sobre ese aspecto quede enervada la presunción de inocencia. Dicho con otras palabras, la presunción de inocencia se extiende a los elementos del tipo subjetivo, de manera que su valoración jurídica, discutible en casación a través del artículo 849.1.º LECrim, requiere que previamente se disponga de pruebas suficientes que acrediten su existencia. El Tribunal Constitucional, ha dictado ya varias sentencias en las que considera vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse apreciado por los tribunales ordinarios elementos subjetivos del delito sin prueba suficiente para ello; y también ha dictado otras en las que, aunque no estime el amparo, sí examina la cuestión de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito desde el prisma de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sobre toda esta materia: SSTC 68/1998, de 30 de marzo; 171/2000, de 26 de junio; 137/2002, de 3 de junio; 189/2003, de 27 de octubre; 267/2005, de 24 de octubre; 137/2007, de 4 de junio; 36/2008, de 25 de febrero; y 142/2011, de 26 de septiembre, tal como recordaba la STS 773/2014, de 28 de octubre» (STS 522/2015, de 17 de setiembre).

## **8. CONSECUENCIAS PECUNIARIAS**

### **8.1. Responsabilidad civil**

Tampoco es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil (STS de 13 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7377]); ni, obviamente, puede encajar en la presunción de inocencia la responsabilidad civil subsidiaria «que no proviene de hechos penales del responsable, sino de los realizados por el procesado y en virtud de la vinculación o dependencia entre ambos» (STS de 30 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4963]).

No obstante, la STS de 18 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4094) ha declarado que «la presunción de inocencia es invocable si se impugnan por falta de toda prueba los hechos objetivos en que se basa la responsabilidad civil, sea directa o subsidiaria, tanto más cuanto que en esta última, tales hechos alcanzan particular relieve en la medida que tiende a objetivarse cada vez más la mentada responsabilidad. Por otra parte, nada empece a la índole civil de la responsabilidad de que se trata. Ciertamente que el principio constitucional parece estar pensado, prima facie, en la redacción del artículo 24.2, para la persona que es objeto de acusación en un proceso penal. En todo caso y cualquiera que sea la posibilidad de entrada de la presunción de inocencia en las demás jurisdicciones que no sean la criminal a virtud del principio de vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos y de todos los Tribunales en cuanto integrados en el Poder Judicial, en especial si se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 53.1 de la Constitución), es lo cierto que el responsable civil subsidiario está también legitimado como acusado en el proceso penal y por ello amparado por los principios constitucionales que de modo primordial y directo se refieren a tal proceso; tanto más que se responde por hecho ilícito de otro, de tal modo que la participación material del autor del hecho punible queda suplantada o equivale para él, a una responsabilidad objetiva, basada en la pura facticidad de unos condicionamientos exigidos en el precepto penal que le es aplicable (artículos 21 y 22 del Código Penal)...». Por su parte el Tribunal Constitucional en su STC 12/2011, de 28 de febrero, reitera que la condena a título de responsabilidad civil derivada de delito no guarda relación directa con el derecho a la presunción de inocencia ya que «este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador y no a la responsabilidad indemnizatoria subsidiaria en el

ámbito civil, aunque esta responsabilidad se derive de un delito declarado en sentencia penal, porque una vez apreciada la prueba en relación con la infracción criminal, la responsabilidad civil subsidiaria se produce como consecuencia de ciertas relaciones jurídicas o de hecho con los autores del delito (vid. en este sentido, entre otras: SSTC 72/1991, de 8 de abril, FJ 6; 257/1993, de 20 de julio, FJ 2; 367/1993, de 13 de diciembre, FJ 2; y 59/1996, de 15 de abril, FJ 1; y ATC 347/2006, de 9 de octubre, FJ 2)».

Las pretensiones no penales no pierden sus características y perfiles esenciales por ejercitarse en el proceso penal, ni quedan informadas por principios que les son ajenos pues son propios en exclusiva de las pretensiones penales.

Así, en materia civil no rige el principio acusatorio, sino el de rogación que tiene fundamento, consecuencias y sentido diferente. Tampoco la presunción de inocencia se proyecta sobre las consecuencias civiles del delito (SSTS 302/2017, de 27 de abril y 639/2017, de 28 de septiembre). El proceso –y es otro ejemplo– puede seguir hasta su conclusión respecto del enajenado sobrevenido solo en cuanto a los temas civiles (artículo 383 LECrim). En ese territorio hay que situar la posibilidad mediante un recurso devolutivo de revisar contra reo pronunciamientos no estrictamente penales.

La STS 639/2017, de 28 de septiembre, lo admite abiertamente haciéndose eco de algún pronunciamiento anterior (STS 726/2020, de 11 de marzo de 2021).

## **8.2. Multa**

### **8.2.1. La prueba de la situación económica del reo**

«La presunción de inocencia supone el derecho a que nadie sea considerado culpable sin prueba, sin que pueda englobarse en tal garantía constitucional el derecho a no ser considerado solvente económicamente sin prueba». Así lo declara la STS de 17 de julio de 1999 (RJ 1999, 6683), saliendo al paso de la queja de que la condena del acusado en lo referente al importe de la multa se realizase sin prueba de cargo.

Como señalan las SSTS de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001, 280) y 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 9008), el artículo 50.5 del Código Penal no implica que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

En este sentido, la STS 434/2021, de 20 de mayo, declara que «los estándares probatorios que han de manejarse al indagar la capacidad económica para establecer la multa no son los mismos que rigen a la hora de decidir sobre la comisión de un delito o la participación del acusado en él –vid. por todas, STS 722/2018, de 23 de enero–. La posibilidad, por tanto, de integrar el razonamiento individualizador por presunciones derivadas de la vida social es compatible con el respeto al derecho a la libertad, cuando de lo que se trata, en efecto, es de situar la cuota en tramos no mínimos pero bajos de la escala –STC 196/2007–. Lo que explica que, ante la alta probabilidad de que se salvaguarde el equilibrio entre retribución y capacidad de pago, no se exija una especial motivación justificativa –vid. STS 230/2019, de 8 de mayo–.

Además, en estos supuestos de muy razonable correspondencia entre multa impuesta y capacidad de pago puede plantearse, también, una cuestión de límites indagatorios de dicha capacidad derivados del principio de proporcionalidad. Esto es, si resulta razonable investigar con todos los medios previstos en la ley, toda la realidad patrimonial de una persona con la única finalidad de fijar una cuota de escasa cuantía que se sitúa en la parte baja de la escala. La fórmula estimativa prevista en el § 40.3 del Código Penal alemán (Los ingresos del autor, su patrimonio y otros elementos pueden estimarse para la fijación del importe diario) ha generado un alto nivel de coincidencia entre los tribunales y la doctrina de aquel País en el sentido de que es una expresión del principio de proporcionalidad que permite limitar las diligencias de investigación sobre el patrimonio atendiendo a su efecto estigmatizador, a la gravedad del hecho y al número e importe de las cuotas fijadas.

(...) En el caso (...) no identificamos que la cuota diaria impuesta, diez euros con una extensión temporal de nueve meses, comprometa la regla de adecuación a la capacidad económica del artículo 50.5 CP».

Así también, la STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1453) declara que «la motivación exigida en el artículo 50.5 del Código Penal debe entenderse dentro de un margen de racionalidad con el fin de atemperar el hecho a las circunstancias personales económicas del culpable. Una multa cuya cuota diaria puede estar entre 200 y 50.000 pesetas diarias, y que se fija a razón de 1.000 pesetas/día se ha impuesto en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podía recorrer. Tan próximo está al límite mínimo, y tan alejado se encuentra del límite máximo, que el importe fijado, una 50 parte del total autorizado, no supone infracción alguna en la individualización punitiva cuando se desconoce la solvencia del acusado. La innecesidad en tales casos de imponerse exactamente la cifra de 200 pesetas/día ya fue declarada por esta Sala en su Sentencia de 7 de abril de 1999 (RJ 1999, 3137), cuyo criterio se reitera en esta resolución».

Por tanto, el hecho de que se desconozca la situación económica del reo no implica que necesariamente tenga que imponerse el límite mínimo de la cuota multa (dos euros), porque, como señalan el ATS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999, 6202) y las SSTS 11 de julio de 2001 (RJ 2001, 5961), 14 de julio de 2001 (RJ 2001, 7268), 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 9008), 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1076) y 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 3100) «si así fuera se vaciaría de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días/multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales». Aunque no faltan excepciones en esa doctrina; así, la STS de 12 noviembre 2001 (RJ 2001, 9701) que, teniendo en cuenta el incumplimiento en la sentencia recurrida del mandato de motivación y al no constar dato alguno que permita conocer las posibilidades económicas del acusado, resuelve imponer la cuota mínima, considerando que una cuota de 1.000 pesetas puede ser en ciertos casos excesivamente gravosa.

Para las citadas SSTS de 11 de julio de 2001 (RJ 2001, 5961) y 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 9008) «el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo... Aplicando el criterio establecido en el ATS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999, 6202) si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 pesetas de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 pesetas cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 pesetas, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil pesetas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 pesetas diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales».

En definitiva, se lee en esta STS de 11 de julio de 2001 (RJ 2001, 5961) «para cuotas elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo, como por ejemplo la cuota de 1.000 pesetas diarias, es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto de 200 pesetas».

En consecuencia con tal doctrina, la STS de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1453) considera correcta una cuota diaria de 1.000 pesetas, «que está comprendida en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podía recorrer»; y la STS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9549) estima adecuada esa misma cifra de 1.000 pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización prudencial propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal, tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia, la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales. También la STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3577) estima acertado el razonamiento de la Audiencia para elegir una cuota de 1.000 pesetas «al tratarse de una media estándar que



se presupone adecuada al nivel de ingresos de un ciudadano medio en este momento histórico dentro de nuestro país»; y la STS de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4475) considera que «la cuota de 1.000 pesetas/día por aproximarse al mínimo del mínimo no necesita especial justificación y procede establecerla en ausencia total de datos económicos».

Para la STS de 11 de julio de 2001 (RJ 2001, 5961) «la imposición de la cifra mínima de 1.000 pesetas diarias de multa, muy alejada del máximo de 50.000 pesetas diarias previsto por el legislador, resulta proporcionada, «a no ser que pretendamos privar de contenido efectivo a este tipo de sanciones, que constituyen una legítima opción adoptada soberanamente por el Legislador. Sanciones que no pueden ser boicoteadas con interpretaciones maximalistas que supriman su contenido efectivo e impongan el retorno al derecho administrativo sancionador, donde las penas pecuniarias, incluso por meras infracciones de tráfico, se imponen por cuantías fijas. Cuantías muy superiores a las que resultarían para los delitos y las faltas si se generalizase este recurso efectista al mínimo legal absoluto ante la dificultad, bastante frecuente, de efectuar una indagación exhaustiva de la situación económica del acusado. Indagación, por otra parte, que puede resultar desproporcionada e innecesaria –así como dilatoria– en caso de infracciones menores en las que se aplican cuotas moderadas muy próximas al mínimo legal».

También la STS de 14 de julio de 2001 (RJ 2001, 7268) ha considerado que «no puede calificarse de arbitraria, abusiva o desproporcionada una cuota diaria de 2.000 pesetas –que está situada en la mitad inferior del primer décimo de la cifra legalmente prevenida–»; y la STS de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 3100) que «la fijación en mil pesetas diarias de la cuota integrante de la sanción pecuniaria no puede tacharse, en modo alguno, de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales».

Y por fin la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 9008), en un recurso de casación en el que la Audiencia había fijado en 200 pesetas la cuota diaria al no estar acreditada en autos la solvencia del acusado, hace una observación adicional: «la pena resultante por la falta de amenazas a la que fue condenado (2.000 pesetas en total) «es absolutamente irrisoria para una infracción penal, inferior a la que se impondría con carácter absoluto por cualquier infracción administrativa, incluso de aparcamiento, con lo que la tutela penal del bien jurídico protegido queda vacía de contenido efectivo... La pena no alcanza a cumplir la función de prevención general positiva atribuida por el Ordenamiento a la sanción penal, y más que un refuerzo de la norma se convierte en un incentivo para reincidir en comportamientos similares, vista la escasa entidad de la respuesta otorgada por el sistema penal».

En cualquier caso, «la ausencia total de motivación sobre los criterios de determinación de las cuotas diarias de multa redundan en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, cuyo restablecimiento impone la anulación de la sentencia en lo tocante a la cuantificación de la cuota a fin de que el órgano sentenciador resuelva de nuevo sobre tal extremo en forma debidamente motivada» (STC 108/2005, de 9 de mayo).

### **8.2.2. Multa proporcional**

La STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3669) ha establecido que «al no existir en el vigente Código Penal un precepto como el artículo 74 del Código derogado de 1973 que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por el delito, cuando con arreglo al Código actual no consta acreditado el valor económico de la droga objeto del tráfico ilícito, no resulta legalmente posible cuantificar la multa que, según el artículo 368, debe determinarse a partir de tal dato y, en consecuencia, debe prescindirse de dicha pena».

Tampoco existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia por el hecho de que no conste un informe pericial referido al valor de la droga, situado por la sentencia cuestionada en 50 euros el gramo. La determinación de la multa a partir del valor de venta en el mercado de la droga aprehendida –decíamos en las SSTS 73/2009, de 29 de enero y 889/2008, de 17 de diciembre, entre otras– no está exenta de dificultades. La idea de que su fijación ha de ser objeto de prueba pericial es, cuando menos, discutible. Su conocimiento no exige estar en posesión de especiales «... conocimientos científicos o artísticos», cuya carencia es la que da sentido y justifica la práctica de una prueba pericial –artículo 456 LECrim–.

Es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos

parámetros son difundidos (cfr. Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.

Aun así, no se trata de aceptar de forma incontrovertible que estamos en presencia de un hecho notorio y, como tal, exento de prueba. La posibilidad de impugnación de esa cuantía está fuera de dudas. El principio de contradicción, cuya naturaleza estructural le convierte en vehículo indispensable para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, ha de permitir, siempre y en todo caso, ofrecer al órgano jurisdiccional una prueba alternativa encaminada a cuestionar el valor ofrecido por el Ministerio Fiscal. Cuestión distinta es que la defensa alegue sobrevenidamente, en fase casacional, que aquellas cifras no se ajustan a la realidad. O que el valor de la droga haya sido fijado por el órgano decisorio con visible distancia respecto de lo que son aquellos valores oficiales (STS 744/2013, de 14 de octubre).

## **F) EL IMPULSO PROBATORIO: EL ARTÍCULO 729.2.º LECRIM**

«El artículo 729.2 LECrim, como ha destacado la doctrina es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de justicia. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación» (SSTS de 28 de junio de 2000 [RJ 2000, 6600] y 16 de julio de 2004 [RJ 2004, 5127]).

Desde esta perspectiva, se ha apuntado la necesidad de distinguir entre carga de la prueba e impulso probatorio; así, en la STS de 1 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9226) (Ponente: Ramón Montero Fernández Cid) se dice que «la carga supone una precisión de actuar si se quiere evitar la producción de un perjuicio para el propio interés; en tanto que el impulso es, simplemente, algo a priori desconectado de las pretensiones en forma abstracta. Se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o simplemente, para contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes. En este caso se halla la posibilidad conferida al órgano jurisdiccional por el artículo 729.2.º de la Ley Procesal. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la comprobación. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contrastar, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 LECrim en que tal precepto se inserta. Así, la prueba acordada se presenta como neutral y no supone vulneración alguna del principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Se trata de la que podría denominarse prueba sobre la prueba y por ello mismo su finalidad resulta descomprometida y no afectante a la imparcialidad objetiva... ya que lo realmente relevante es la posibilidad de contradicción, y ésta se produce sea quien sea el productor de la prueba».

Sin embargo, en otra sentencia de ese mismo día 1 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9225) (Ponente: José Hermenegildo Moyna Menguez), se afirma que «una lectura constitucional del artículo 729.2.º conduce a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales con la sanción de privación de efectos que impone el artículo 11 de la LOPJ...» ya que «al ser aportada de oficio, pone en entredicho los principios acusatorios, de imparcialidad y de proscripción de toda indefensión», cuestionando así la constitucionalidad del referido artículo 729.2.º de la LECrim.

Esta última orientación siguió la STS de 23 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6756), referida a un supuesto en que el Tribunal de instancia había adoptado el acuerdo de recibir declaración a un testigo propuesto por el Ministerio Fiscal de modo extemporáneo, por cuanto no se hizo en el escrito de conclusiones ni en el trámite prevenido para el procedimiento abreviado en el artículo 793.2 de la LECrim, considerando la sentencia «que la aportación de prueba supliendo al Ministerio Fiscal y que sea inequívocamente de cargo, es en principio inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio».

También la STS de 7 de abril de 1999 (RJ 1999, 2304) en la que, tras el informe del letrado defensor en el acto del juicio, se decidió y practicó una diligencia, acordada por el presidente del Tribunal al amparo del artículo 729.2 LECrim, consistente en la reproducción de la declaración autoinculpatoria del acusado mediante su lectura por el fedatario y siguiente interrogatorio del mismo acusado por el presidente. «Se

aprecia en el caso presente –se lee en la sentencia– que la decisión de hacer leer la declaración en sede policial de un acusado, cuya petición con fines probatorios había sido omitida por la acusación al formular sus conclusiones, y aunque viniera determinada por el deseo de dar publicidad en el juicio a su contenido, descubre una posición del juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora ayudándola para suplir la omisión de una prueba cuya carga le correspondía frente al acusado, que fue luego interrogado sobre el contenido de la declaración leída sin que gozara de la posibilidad de instrumentar una meditada y bien preparada defensa ante la inesperada prueba que se realizó tras pronunciar su defensa el informe correspondiente. No sólo ha de ser el efecto de tal forma de proceder la nulidad a efectos probatorios de la prueba así realizada, sino que al haberse privado al acusado de su derecho a ser juzgado por un Tribunal que no reunía en el caso la necesaria imparcialidad objetiva... es preciso que se vuelva a repetir el juicio ante un Tribunal compuesto por otros jueces...».

Esta postura adopta la STS de 2 de febrero de 2011 (RJ 2011, 457), que estimó el recurso del condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo, al que la Magistrada Presidente preguntó si condenaba la violencia de ETA, acogiéndose el acusado a su derecho a no declarar, a lo que aquélla respondió «ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta»; pues por las circunstancias del caso demostraba que dicha Presidente estaba expresando un prejuicio en contra del acusado acerca de cuál era el sentido que debía otorgarse a las frases y expresiones que se le atribuían y al valor que podía reconocerse a sus explicaciones, y, por lo tanto, que exteriorizaba un prejuicio acerca de la culpabilidad; vulnerándose así el derecho a un Juez imparcial, por lo que acuerda la retroacción de las actuaciones a la fecha anterior al señalamiento del plenario para que por un Tribunal compuesto por Magistrados distintos de los que firmaron la sentencia anulada se celebre un nuevo juicio oral en el que resolverán con libertad de criterio.

Por el contrario, la STS de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8045) en la línea de la primera solución, estimó correcto el uso por el Tribunal, de oficio, del mecanismo previsto en el artículo 714 LECrim para depurar las contradicciones entre la declaración sumarial y la prestada por el testigo en el juicio oral, declarando que «no existe obstáculo para que, ante la pasividad o inadvertencia de las partes, pueda el Tribunal asumir la iniciativa al respecto... nos hallamos ante un acuerdo de impulso, siendo su designio la mejor comprobación de los hechos, la facilitación de la labor valoradora encomendada al Tribunal, y la contribución al asentamiento de la verdad real o material hacia cuya meta se encamina en indeclinable esfuerzo. Nada más lejos del quebrantamiento del principio acusatorio de que se trata de tachar al órgano judicial. Es más, y pese a que se parta de una lectura de actuaciones, la solicitud de la Presidencia no anda lejos de la potestatividad reconocida en el artículo 708, párrafo 2.º LECrim, para dirigir a los testigos las preguntas que se estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Como ha dicho la STS de 28 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7235), el derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume por la circunstancia de que el Presidente del Tribunal pueda efectuar preguntas al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, no suponiendo ello atentado alguno al principio acusatorio que gobierna el proceso penal. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados –por conocedores directos– relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante».

También la STS de 28 de junio de 2000 (RJ 2000, 6600) consideró correcta la decisión del Tribunal de admitir como prueba el análisis de la droga efectuado por organismo oficial, pese a que el Fiscal no había incluido los folios en los que se recogía en la documental de su escrito de calificación, pero en el juicio oral sí solicitó la lectura de tales folios, siendo así que la defensa, que sí la había propuesto en su escrito de calificación, renunció en su totalidad a la prueba documental.

«Si el Ministerio Fiscal no la había propuesto y la defensa la había renunciado –se lee en la sentencia–, no estaba propuesta por ninguna de las partes en ese momento, que es cuando el Tribunal ordena que por la vía del artículo 729 hace propia la prueba del Ministerio Fiscal y acuerda su lectura, decisión que a pesar de la desafortunada expresión de “hacer propia” fue legal y constitucionalmente inobjetable».

En este sentido favorable se pronuncia también la STS de 14 de abril de 2009 (RJ 2009, 3197) que declara que cualquier intervención del Presidente del Tribunal o del Ponente tratando de aclarar conceptos o de profundizar en la obtención de datos está permitida por nuestra ley procesal. Ahora bien, se advierte reiteradamente por la jurisprudencia que el uso de esta facultad debe hacerse con moderación y sin romper el equilibrio con la parte a la que perjudique la indagación.

El principio de intervención mínima del Presidente del Tribunal debe ser una pauta normal de comportamiento, pero ello no quiere decir que la ley imponga una absoluta pasividad en la averiguación de los hechos bajo pena de perder la imparcialidad. El artículo 708 LECrim no es el único que regula la actuación del Presidente o incluso de los componentes del Tribunal en las sesiones del juicio oral. En primer lugar, el artículo 693 establece que la Presidencia hará las preguntas sobre la conformidad con claridad y precisión y exigirá contestación categórica. Ello quiere decir que, por el principio de buena fe procesal no puede convertirse el trámite en una rutina sino que se debe matizar, aclarar y explicar las razones que han justificado la calificación jurídica de los hechos y, sobre todo, las bases fácticas que constituyen el objeto de la acusación e incluso se debe advertir de las posibles alternativas con objeto de que, el consentimiento o conformidad sea absolutamente consciente e informado, lo que le lleva necesariamente a adoptar una postura que pudiera sugerir cuál sería la posición de la Sala respecto de la causa.

En los artículos 701 y siguientes LECrim se regula el examen de los testigos que deberán contestar sobre lo que les fuere preguntado sin que la ley haga mayores precisiones. El artículo 708, después de establecer el orden del interrogatorio, termina concediendo a la Presidencia la facultad, no restringida, de dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en advertir que se debe hacer un uso moderado de esta posibilidad que también se extiende al Magistrado o Magistrado ponente. El Tribunal Constitucional advierte (STC 188/2000, de 10 de julio) que esta iniciativa probatoria de oficio no debe encubrir una actividad inquisitoria.

El artículo 14.1 del PIDCP habla de un Tribunal imparcial y, más adelante en el apartado 3, del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo o de descargo, lo que abre un espacio para la intervención de la Presidencia sin que ello autorice a realizar de manera sorpresiva una averiguación inquisitiva. Del mismo modo, el artículo 6.1.º del CEDH sanciona la exigencia de un proceso equitativo e imparcial, lo que implica una llamada de atención sobre la no excesiva involucración de la Presidencia o del Tribunal en la fase del juicio oral.

En el caso enjuiciado, «se ha limitado a preguntar sobre aspectos relativos a la identificación de los acusados por parte de un testigo que estaba declarando por videoconferencia, por lo que era necesario adoptar medidas encaminadas a la mejor visualización de los imputados. Por lo que se refiere a las preguntas encaminadas a identificar a las personas que esperaban a la testigo en el aeropuerto, se limitaron a concretar este aspecto ante el silencio del Ministerio Fiscal en relación con este punto. Por consiguiente, en absoluto se adoptó una postura inquisitiva encaminada a la averiguación de aspectos ocultos hasta ese momento, sino de precisar datos que ya se conocían en las actuaciones y que convenía reforzar con su corroboración en el acto del juicio oral sin ninguna otra connotación inquisitiva»; por lo que desestima el motivo del recurso.

Por su parte el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 729.2 LECrim en la STC 188/2000, de 10 de julio, ha declarado que «en la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia (artículo 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (artículo 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el artículo 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto». Y en el caso enjuiciado fue correcta la decisión de la Juez de lo Penal de llamar a declarar a un testigo que no había sido propuesto ni por el Fiscal ni por la Acusación Particular, por ser persona repetidamente citada en un informe de la Policía Judicial y en la declaración del querellante, lo que incluso motivó la suspensión del juicio para su citación, a lo que las acusaciones mostraron su conformidad.

«Cuando –como aquí es el caso– se adopta una iniciativa probatoria ex officio iudicis, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida».

En el mismo sentido la STC 334/2005, de 20 de diciembre, referida al caso de preguntas formuladas por parte del órgano judicial al acusado o testigos en la vista oral, ha declarado que «no cabe apreciar vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías, cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, pues puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta y de ellas no se derive ninguna indefensión permitiéndose alegar respecto de las mismas (STC 229/2003, de 18 de diciembre)».

En definitiva, cabe afirmar que el artículo 729.2 LECrim no es per se lesivo del derecho al Juez imparcial y al principio acusatorio (STS de 31 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 823]), si bien haya casos excepcionales de uso indebido, por lo que, como afirma la doctrina, habrán de examinarse las concretas circunstancias de cada supuesto.

En el mismo sentido, la STS de 4 de diciembre de 2002 declara en relación con el artículo 729.2.º LECrim que una lectura constitucional de esta posibilidad de practicar prueba por decisión directa del Tribunal, debe impedir que sea posible condenar en base a una prueba de cargo practicada a instancia del propio Tribunal sentenciador –SSTS de 21 marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 7 de abril y 11 de mayo de 1999–. Por el contrario, cuando la prueba propuesta por el Tribunal tenga por objeto verificar o contrastar otras pruebas aportadas por las partes –es decir, prueba sobre la prueba y en expresión que recoge la STS 1179/2001, de 20 de julio en el FJ vigésimo primero–, se estaría en el ejercicio de la facultad de iniciativa concedida por el artículo 729.2.º desde el respeto al derecho al juez imparcial (STS 427/2012, de 31 de mayo).

En la STS 707/2015, de 24 de noviembre, luego de afirmar que el ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el artículo 729 de la LECrim, puede ser objeto de control casacional, se dijo que el artículo 729, en sus apartados 2.º y 3.º, de la LECrim, constituye el cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates (STS 1100/2002, de 13 de junio). El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala –como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio– ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el artículo 729 LECrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del artículo 741 de la LECrim, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la STS 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del artículo 729 LECrim. Entre otras, SSTS de 22 de enero de 1992, 2709/1993, también de 1 de diciembre, 21 de marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 4 de noviembre de 1996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1998, 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

Por último, con respecto a la aplicación del artículo 729.2 LECrim (...), la cuestión carece de interés casacional, ya que sobre la iniciativa probatoria del Tribunal existe abundante jurisprudencia de esta Sala Segunda, por todas podemos citar la reciente STS 180/2020, de 19 de mayo, en la que afirmamos que «De igual modo, la jurisprudencia constitucional, admite ampliamente la posibilidad del tribunal de acudir a dicha

iniciativa probatoria»; y así las SSTC 188/2000, 130/2002, 229/2003 y la 123/2005; resolución esta última de 12 de mayo de 2005, que expresa: en relación con la iniciativa probatoria de oficio por parte de los órganos judiciales penales, se ha reiterado en la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, que si bien «la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (artículo 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (artículo 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el artículo 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio» (STS 574/2020, de 4 de noviembre).

Sobre esta cuestión se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional precisando que «en la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la finalidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes (...) De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto» –en el mismo sentido, SSTC 130/2002, 229/2003–. Este tribunal de casación también ha incidido en la idea de la autorrestricción fuerte, en el uso moderado de dichas facultades probatorias, bajo la explícita invocación del riesgo de lesión del derecho al juez imparcial –vid. por todas, STS 79/2014 de 18 de febrero–.

Ahora bien, para determinar si se ha infringido o no dicho estándar de autorrestricción deben tomarse en cuenta las concretas circunstancias del caso e identificar en qué medida se han afectado o comprometido los principios y valores en juego. Porque una cosa es el fundamento acusatorio del proceso, con la ineludible carga que le incumbe a la parte que afirma los hechos de la acusación de proponer las pruebas tendentes a su acreditación –STC 9/2004– y otra muy diferente es que el juez de la decisión renuncie a obtener la mayor y mejor información probatoria, siempre que ello no suponga subrogarse en la función o en las cargas probatorias que incumben a las partes, en particular a las acusaciones (STS 246/2021, de 17 de marzo).

## **G) APRECIACIÓN DE OFICIO DE CIRCUNSTANCIAS FAVORABLES**

Si con arreglo a las normas sobre la carga de la prueba, corresponde a la Defensa la prueba de los hechos impositivos, extintivos y de las circunstancias atenuante, cosa distinta es que el Tribunal pueda apreciar de oficio tales circunstancias, que estime probadas, sin alegación de parte.

Tal posibilidad ha sido admitida por la STS de 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1051), referida a un supuesto en que la Audiencia apreció el error de prohibición sin que hubiera sido alegado por la Defensa. El Tribunal de Casación comienza reconociendo que, en principio, ello supone una irregularidad, toda vez que «si la Acusación particular no conoció alegato alguno en relación con el error, no participó en prueba dirigida a acreditar la presencia de tal elemento apreciativo de la situación fáctica enjuiciada y, en consecuencia, se vio privada de contraargumentar en fase oportuna, así como de proponer prueba en defensa de su tesis excluyente del error (dado que tal consecuencia subjetiva se sostiene sobre un soporte fáctico que exige acreditación), deberían tenerse por violentados los principios constitucionales de igualdad ante la Ley, contradicción procesal y defensa, porque, a la postre, razones de titularidad y de contenido constitucional cancelarían la posibilidad de apreciación de oficio del error».

Sin embargo, pese a esa declaración de principios declara que «la obligada introducción en el debate judicial a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe es de inexcusable observancia cuando de circunstancias de agravación se trata por el riesgo de indefensión que comportaría su planteamiento ex novo... Sin embargo, en los casos en que el relato de los hechos presta puntual y suficiente base para la apreciación de una circunstancia de atenuación

o favorable al reo (como esa del error) ha de hacerse una excepción a dicha regla general, dado que, aun sin proposición de parte, si la narración fáctica de la sentencia contiene todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada, el Tribunal, aún de oficio, viene obligado a aplicarla».

Con nuevos argumentos la STS de 12 de julio de 1997 (RJ 1997, 6065) ha entendido que no se vulnera el derecho de la Acusación a la tutela judicial efectiva, por la aplicación por el Tribunal de instancia de la semieximente de legítima defensa sin alegación de la Defensa.

«El principio de investigación de la verdad material obliga al Tribunal a enterarse de los supuestos de hecho con fidelidad histórica, al paso que la verdad formal se encierra y reduce a la verdad específica del proceso y ello conduce al principio de inmutabilidad o de no disponibilidad de las partes, no pudiendo quedar a la voluntad de las mismas la solución del proceso.

La función punitiva del Estado sólo puede hacerse valer contra el que real-mente ha cometido el delito y la verdad material a la que debe tender el proceso penal debe servir para fundamento de la sentencia. La verdad material es la identidad con lo realmente ocurrido, no lo que las partes afirmen como verdad. Ello conduce, asimismo, al principio de libre convencimiento judicial.

Ello presenta trascendencia. No puede condenarse a aquel acusado, con independencia de que se defienda adecuadamente o no, al que las pruebas practicadas in facie iudicis patentizan su inocencia e igualmente en los casos de condena atenuada, cuando se demuestra una menor responsabilidad, con independencia de que se haya o no alegado por la defensa.

El principio acusatorio está limitado por la protección del acusado, pero no se vulnera cuando se aprecia atenuación legal en su conducta, derivada de los hechos probados, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y el respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar al inocente que no alegó tal dato o a condenar más grave-mente a una persona, como en este caso, colocada en una real situación de legítima defensa, aunque sea incompleta, tan sólo porque no fue aducida por su Abogado defensor.

(...) Se faltaría precisamente a la lealtad y buena fe procesales si se condenara a un inocente como culpable, no siéndolo, tan sólo porque no lo alegó o se conformó con la calificación adversa y en el mismo sentido, al que la prueba patentiza su minoración de culpabilidad por concurrencia de atenuantes, hayan sido o no alegadas por su defensa».

Los mismos argumentos utiliza la STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7657) para dejar de apreciar la agravante de reincidencia que había sido tenida en cuenta en la sentencia recurrida, pese a que sólo se cuestionó por la Defensa su concurrencia en el recurso de casación y no en la instancia. Y la STS de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5707), si bien estima el recurso del Fiscal y deja de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, aplicada de oficio por la Audiencia, porque no se daban las condiciones de fondo para su apreciación.

En la STS 795/2015, de 10 de diciembre, se establece que cuando el Fiscal aprecia una atenuante la defensa no está obligada a probar sus bases fácticas dado que el Tribunal está obligado a apreciarla. Se dice: «resulta evidente que se genera indefensión cuando el Tribunal sentenciador prescinde de una atenuante que ha sido solicitada por la acusación. La estrategia defensiva del investigado ha de contar anticipadamente con la seguridad que proporciona el hecho de que el propio Fiscal reconozca la existencia, como sucede en el presente caso, de una alteración de la imputabilidad por concurrencia de la atenuante de drogadicción (artículo 21.2 CP). El desafío probatorio de la defensa no es el mismo, desde luego, cuando el relato de hechos sobre los que se construye la acusación del Fiscal ya incluye una disminución de la culpabilidad. Y esa relajación de la defensa para la aportación de elementos de descargo sobre tal aspecto, no puede ser inesperadamente resuelta con el rechazo por el Tribunal de la atenuante que el propio Fiscal admite en sus conclusiones definitivas».

## **H) EL DERECHO A LA PRUEBA**

El punto de partida en el examen del derecho a la prueba, conforme a la doctrina constitucional, es el reconocimiento de que el artículo 24.2 CE establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica que opera en todo tipo de proceso con el fin de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (SSTC 173/2000, de 26 de junio y 131/1995, de 11 de septiembre). Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal del artículo 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental (STC 43/2003, de 3 de marzo).

En cuanto al primer aspecto, la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* (SSTC 147/2002, de 15 de junio, 70/2002, de 3 de abril, 165/2001, de 16 de julio y 96/2000, de 10 de abril), ya que la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad, vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el artículo 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero).

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento Jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio y 167/1988, de 27 de septiembre). En tal sentido, es preciso, por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, 147/2002, de 15 de junio, 165/2001, de 16 de julio y 96/2000, de 10 de abril); y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (SSTC 147/2002, de 15 de junio, 109/2002, de 6 de mayo, 70/2002, de 3 de abril, 165/2001, de 16 de julio, y 78/2001, de 26 de marzo).

Por último, se trata de un derecho constitucional de carácter procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre).

En la STS 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que el Tribunal Constitucional ha afirmado sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE), (SSTC 86/2008, de 21 de julio y 80/2011, de 6 de junio), que constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un «juicio justo» con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (artículo 24.2) y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de octubre de 1995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 36/1.983, de 11 de mayo, 89/1986, de 1 de julio, 22/1990, de 15 de febrero, 59/1991, de 14 de marzo y SSTC de 7 de marzo de 1988, 29 de febrero de 1989, 15 de febrero de 1990, 1 de abril de 1991, 18 de septiembre de 1992, 14 de julio de 1995 y 1 de abril de 1996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad (STS 797/2015, de 24 de noviembre).

El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere



el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1.º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto.

Es, pues, un derecho fundamental. Pero no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba «pertinentes», de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas que considere pertinentes, rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril y SSTS 634/2015, de 28 de octubre; 418/2018, de 24 de setiembre y 337/2021, de 22 de abril).

## **1. PRUEBA PERTINENTE Y PRUEBA NECESARIA**

El derecho a la prueba tiene una estrecha relación con el derecho al proceso debido; así lo señaló la STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 918) al decir que «el artículo 24.2 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la defensa en juicio y, consecuentemente, el de valerse de los medios de prueba pertinentes...».

«Está por tanto fuera de dudas que el derecho a la prueba goza del rango constitucional que le confiere el artículo 24.2 de la CE, sin que su vigencia pueda condicionarse al acatamiento de meras exigencias formales» (STS de 20 de mayo de 2008 [RJ 2008, 4387]).

Pero, conforme a lo establecido en ese artículo 24.2 de la CE, 14.3, b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.3, d) del CEDH, el derecho a la prueba no es un derecho incondicional y absoluto, sino modulado por la pertinencia y la necesidad (STS de 4 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1888]).

«La pertinencia de las pruebas, en la terminología de la jurisprudencia constitucional, es la relación que las mismas guardan con la ratio decisionis y, por lo tanto, con el objeto del proceso, definido por el delito que se enjuicia» (STS de 18 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9661]); «de tal forma que aquellos medios que sirvan al esclarecimiento y constancia de las conclusiones fácticas alegadas por las partes, ya se refieran a los hechos que constituyen el núcleo del tipo o a las circunstancias alegadas, deberán ser admitidos al objeto de preservar los derechos fundamentales proclamados en el artículo 24 CE, esencialmente la proscripción de la indefensión y la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Lo anterior significa que para dilucidar tal cuestión es obligado partir de los relatos respectivos incorporados a sus conclusiones provisionales por la acusación y la defensa» (STS de 3 de octubre de 2001 [RJ 2001, 9038]).

La realización del juicio de pertinencia corresponde al Tribunal penal, conforme al artículo 659 de la LECrim en juicio de legalidad, según ha destacado el Tribunal Constitucional; así, en el ATC 288/1984, de 11 de julio, se dice que «el artículo 24 de la Constitución no supone un desapoderamiento de la potestad que corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el Tribunal Constitucional en los supuestos de falta de fundamento o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto o cuando tal motivación haya sido arbitraria o irrazonable».

Ello es así porque, como ha señalado la STS de 20 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6506), «el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, así como el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, no impide que un órgano judicial, en uso de su libertad razonable, pueda negarse a admitir un medio de prueba propuesto por el encausado, sin que por ello y sin más se lesione su derecho constitucional, que no obliga a que todo juez deba admitir todas las pruebas que cada parte entienda pertinentes a su defensa, sino las que el Juzgador valore libremente de manera razonada». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9356), 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2637), 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329), 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3247) caso Operación «Nova», 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080), 17 de julio de 2008 (RJ 2008,

5159) caso «atentados del 11M»; 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 6684); 634/2015, de 28 de octubre; y el ATS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6440) –caso CESID–.

Tal es también la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC 52/1989, 65/1992, 233/1992, 206/1994, 181/1995 y 121/2009), «... pero con toda evidencia tal doctrina declara inaceptable la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas...» (STC 25/1997, de 11 de febrero).

Por lo tanto, «no toda denegación de una diligencia de prueba puede determinar la casación de la sentencia dictada en la causa en que la denegación de la prueba solicitada se haya producido. En definitiva, ha de haberse determinado al acusado una verdadera indefensión para que se pueda afirmar la pertinencia de su práctica, que es el carácter que exigen expresamente al unísono, los artículos 24.2 de la CE y 859.1.º de la LECrim. Para comprobar la causación de indefensión y la refleja pertinencia de la práctica de la prueba tienen papel primordial las razones que se aleguen por el acusado para protestar frente a la denegación y la motivación que ofrezca el Tribunal para el rechazo del medio probatorio propuesto» (STS de 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7578]).

La STS 797/2015, de 24 de noviembre, que cita la 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

Así pues, el derecho a la prueba no es ilimitado. En la búsqueda del necesario equilibrio entre el derecho de defensa y la necesidad de evitar entorpecimientos que bloqueen el juicio oral, la jurisprudencia ha elaborado la distinción entre pertinencia y necesidad de la prueba.

La pertinencia de las pruebas y la necesidad de las mismas en el juicio son conceptos diferenciados que afectan a momentos procesales distintos (la pertinencia está referida al primer momento de su admisión, mientras que el concepto de necesidad se anuda al momento de su práctica) y en los que es de advertir una gradual exigencia lógica, pues si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es tanto como indispensable y forzoso, de suerte que no existe contradicción en que el Tribunal admita determinada prueba por juzgarla oportuna y luego, ante los obstáculos que presente su práctica, prescindir de ella como innecesaria y llevar adelante el juicio sin acordar la suspensión que pudiera solicitarse por alguna de las partes, sin que ello pueda calificarse de indefensión ni de impedimento para utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa (SSTS de 23 de febrero de 1987 [RJ 1987, 1280], 2 de febrero de 1988 [RJ 1988, 835], 8 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2553], 10 de junio de 1989 [RJ 1989, 5077], 13 de junio de 1989 [RJ 1989, 5105], 8 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2415], 3 de abril de 1990 [RJ 1990, 3054], 16 de julio de 1990 [RJ 1990, 6726], 26 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10079], 21 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2338], 26 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2458], 28 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7468], 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8013], 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9180], 4 de junio de 1997 [RJ 1997, 5156], 20 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 6671], 16 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8808], 11 de marzo de 2002 [RJ 2002, 6891], 9 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7233] –caso PSV–, 11 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 573] y 10 de junio de 2008 [RJ 2008, 4080]).

Según recuerda la STS de 2 de diciembre de 2008 (Rec. 10136/08) «el artículo 659 LECrim al regular el trámite de admisión de las pruebas propuestas por las partes, alude al concepto de pertinencia. Sin embargo, el artículo 746 de la misma Ley de Ritos, al referirse a la suspensión del juicio oral, es más estricto, pues exige que el Tribunal «considere necesaria», la prueba no practicada. Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo indispensable y forzoso y cuya práctica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión. De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso para decidir sobre la suspensión del juicio oral».

«La valoración inicial sobre la utilidad y pertinencia se realiza en abstracto y en función de los elementos con los que cuenta el Juez o Tribunal que tiene que decidir sobre su admisión. Sin embargo, la valoración sobre su necesidad o imprescindibilidad puede nacer o surgir con posterioridad, en virtud de las vicisitudes que se produzcan en la fase del debate contradictorio del juicio oral. Es en este momento, cuando se dispone de

todas las claves necesarias para considerar que la prueba es necesaria e insustituible» (STS de 1 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 8563]).

Insistiendo en esta idea la STS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4387) advierte que «no todo juicio de pertinencia, formulado por el Tribunal a la vista de la propuesta probatoria de cada una de las partes, mantiene su vigencia por encima de cualquier otra consideración. El desarrollo de las sesiones del plenario y el contenido que ofrezcan otras pruebas ya practicadas puede desplegar una influencia incuestionable en la valoración del Tribunal acerca de la conveniencia de suspender el juicio oral ante la incomparecencia de un testigo. El juicio de pertinencia sobre una determinada prueba, propuesta como tal en el escrito de conclusiones provisionales, puede resultar luego variado a la vista del desarrollo del resto de la actividad probatoria. Y es que no es idéntica la posición del Tribunal en el momento inicial de la declaración de pertinencia y la que luego le permite valorar la necesidad de una declaración inicialmente aceptada. En el presente caso, la testigo se hallaba en paradero desconocido. La suspensión sine die del procedimiento, hasta que aquélla fuera localizada por los agentes de policía o tuviera por bien presentarse, supondría una erosión mayor en el contenido material de otros derechos que también convergen en el proceso penal, cuyo sacrificio sólo puede justificarse cuando concurren circunstancias excepcionales ...».

Tratando de aclarar esta idea, la STS de 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329) puntualiza que «necesario es lo que resulta obligado o forzoso para conseguir algo, por lo que no se admitirán las pruebas que no se consideran útiles para ayudar a esclarecer los hechos controvertidos (artículo 283.2 LECiv). La necesidad es un concepto jurídico indeterminado, pero es preciso huir tanto de concepciones absolutas —en el sentido de que “nada” es o puede ser considerado necesario—, como de planteamientos relativistas, que llevan a admitir cualquier probanza que se relacione de modo muy débil o lejano, con los hechos objeto del proceso. Por eso no puede confundirse “necesidad” con “utilidad”, concepto más restrictivo que alude al interés de la parte, pero que no alcanza el grado de relevancia necesario para su práctica, pues útil casa con “pertinencia” más que con necesidad».

En todo caso, como advierte la STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6969) «es preferible incurrir en un posible exceso en la admisión de la prueba que en su denegación». Tal afirmación se justifica porque la decisión sobre la pertinencia de las pruebas debe hacerse «con un criterio de mayor laxitud —artículos 659 y 799 de la LECrim—, mientras que en el juicio sobre su necesidad, en el que el órgano judicial, condicionado por preceptos incitantes y estimuladores de juicios valorativos y por un principio, de consagración legal, de economía procesal, ha de proceder con exquisita atención, bajo cánones sin duda más restringidos y rigurosos que los utilizados al tiempo de dictaminar sobre la procedencia de los medios probatorios propuestos» (SSTS de 25 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5474] y 20 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6356]); siendo así que el juicio sobre su necesidad deberá realizarse atendiendo a las restantes pruebas que se practiquen (SSTS de 28 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8237], 7 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8783], 23 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8434] y 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10003]).

Así, tratándose de la prueba testifical, «si bien la Ley deja a la facultad discrecional de los Tribunales el acuerdo sobre la suspensión del juicio en caso de incomparecencia de testigos legalmente propuestos, ha de subordinarse tal arbitrio a la calidad y al número de los comparecidos, según sea la importancia de sus declaraciones y su influjo decisivo en la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados y en la calificación de los hechos. No es suficiente la pertinencia, es precisa la necesidad de la prueba y la decisión sobre este último extremo viene determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de las preguntas que se iban a formular a los incomparecidos» (STS de 26 de abril de 1995 [RJ 1995, 3084]). En el mismo sentido la STS de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3833). «Por eso han de hacerse constar las preguntas que quien lo propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta» (SSTS de 16 de febrero de 2007 [RJ 2007, 1930]) y 7 de julio de 2009 [RJ 2009, 5979]).

«En consecuencia, sólo si la prueba testifical no practicada por la incomparecencia de los testigos y por la negativa del Tribunal a suspender el juicio hubiera de considerarse necesaria, es decir, necesaria para la correcta valoración de los hechos y sus circunstancias, habría que entender que el órgano judicial actuó contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE» (STC 65/1992, de 29 de abril).

En orden a la relevancia de la prueba la STS de 7 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9367) ha distinguido entre indefensión formal y material, admitiéndose la existencia de esta segunda «cuando la no realización de la prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia

penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, y no, en cambio, cuando esa omisión no ha influido en el contenido de ésta... si la prueba que se propone puede conducir a una defensa eficaz del acusado, este derecho habrá de prevalecer sobre cualquier otro, pero si la actividad probatoria, por razón de las circunstancias concurrentes, a nada puede llevar o cuando es absolutamente desproporcionada, la denegación es correcta». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6935), 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8396), 17 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2670), 29 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 23), 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329) y 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080).

Finalmente, conforme a las SSTC 45/2000, de 14 de febrero, 165/2001, de 16 de julio, 43/2003, de 3 de marzo y 13/ 2006, de 16 de enero, en el recurso de amparo «recae sobre el demandante la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante debe acreditar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o admitidas y no practicadas..., así como que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión(o la no práctica de la prueba) pudo tener en la decisión final del pleito, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo».

En definitiva, como dice la STS de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 7573) –Caso Nevenca–, «la prueba denegada tiene que tener los caracteres de pertinente, necesaria, posible, útil y relevante, además de ocasionar indefensión al recurrente».

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS 1591/2001, de 10 de diciembre y 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5 de marzo) (STS 634/2015, de 28 de octubre).

En cuanto a la necesidad de la prueba, en esta misma sentencia últimamente citada, se decía que cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

La determinación de la pertinencia de una prueba no siempre es sencilla pero, como dijo esta Sala en la STS 459/2008, de 2 de diciembre, el objeto del proceso, en función del cual se determina la pertinencia, es un concepto unitario y global que viene determinado por el conjunto de las alegaciones de todas las partes tanto de la acusación como de la defensa por lo que las pruebas de la acusación deberán ir dirigidas a acreditar todos los hechos determinantes de la pretensión de condena y también serán pertinentes las pruebas de la defensa dirigidas a contraprobar lo alegado por la acusación o a desvirtuar las pruebas de que ésta intenta valerse (STS 496/2020, de 8 de octubre).

## **2. REQUISITOS DE FORMA**

Como ya se ha anticipado «el artículo 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso que garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento (STC 131/1995, de 11 de septiembre). Por tratarse de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad (STC 167/1988, de

27 de septiembre). Por ello, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que para apreciar su pretendida lesión es necesario que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. Por eso se ha afirmado que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda» (STC 173/2000, de 26 de junio).

Por lo tanto, aun en el caso de que la prueba sea relevante, como requisito de carácter formal para el éxito de la casación, es preciso «que la prueba se haya propuesto en el momento procesal oportuno y con las formalidades legales... y, cuando sea denegada, que se formule la oportuna protesta como previene el artículo 659 LECrim, equivalente a la reclamación a que se refieren los artículos 855 y 874.3, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria» (SSTS de 10 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2017], 20 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6746], 3 de octubre de 1997 [RJ 1997, 6969] y 26 de febrero de 2004 [RJ 2004, 2591]); pues como advierte la STS de 14 de mayo de 2004 (RJ 2005, 5213), «si no hubo protesta, ante la aquiescencia del solicitante quedó definitivamente resuelta la cuestión procesal y privada la parte de la posibilidad de plantearla en casación».

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 LECrim en su redacción actualmente vigente (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características (STS 134/2015, de 12 de marzo).

## **2.1.La proposición de la prueba**

### **2.1.1. En el proceso ordinario**

A su vez en la STS 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (SSTC 86/2008, de 21 de julio y 80/2011, de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, STC 133/2003, 30 de junio) (STS 797/2015, de 24 de noviembre).

Tiene declarado el Tribunal Constitucional, como es exponente la STC 121/2009, de 18 mayo, que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional según nuestra doctrina, han de concurrir varias circunstancias. En primer lugar, el recurrente debe haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho «cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, STC 133/2003, 30 de junio; STC 86/2008, de 21 de julio; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 190/1997, de 10 de noviembre; 52/1998, de 3 de marzo; 131/2003, de 30 de junio, y 121/2004, de 12 de julio) (STS 839/2014, de 2 de diciembre).

En la STS 44/2015, de 29 de enero, se examina esta cuestión con un criterio más flexible, en atención a los fines perseguidos en el proceso, siempre que se respeten las reglas esenciales del mismo, entre ellas las referidas a los derechos de las partes. Se dice: La ley procesal regula la cuestión relativa a la propuesta y admisión de pruebas en las causas penales por parte de acusación y defensa, de una forma que ha de interpretarse desde la perspectiva de la búsqueda de la verdad material, a la que tiende el proceso, y teniendo en cuenta los principios de igualdad de armas y contradicción, y además, todo ello, en relación con el adecuado ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, ha de recordarse, en primer lugar, que la LECrim, en el artículo 656, impone la propuesta de la prueba de las partes en los escritos de conclusiones, exigiendo después en el artículo 657 que cada parte presente tantas copias de las listas de peritos cuantas sean las demás partes personadas. En el artículo 728 LECrim se precisa que en el plenario «no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas», dejando a salvo los supuestos previstos en el artículo 729. No obstante, como el propio recurrente reconoce, en la STS 872/2008, se reconocía la posibilidad de «admitir en el proceso Sumario la Audiencia Preliminar del artículo 786 LECrim prevista inicialmente para el Procedimiento Abreviado, y, en consecuencia, la posibilidad de proponer nuevas pruebas en dicho incidente con la única limitación de que deban practicarse en el acto, es decir, que la prueba nueva no suponga una suspensión de la vista...», citando como precedente, entre otros, la STS 1060/2006, en la que se admitía la proposición y admisión de pruebas después del escrito de conclusiones provisionales y antes del juicio oral, si bien el Tribunal deberá verificar que existen razones justificadas para ello, que no supone un fraude procesal y que se respeten los principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes (STS 44/2015, de 29 de enero).

En esta sentencia se finaliza la argumentación diciendo: En definitiva, prescindiendo de rígidos formalismos, en búsqueda de la verdad material, ha de admitirse la proposición y admisión de pruebas después de los escritos de conclusiones provisionales y antes del juicio oral, siempre que, como ocurre en el caso, existan razones para ello; siempre que no se trate de un fraude procesal; y siempre que se garantice la efectividad de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

La petición de prueba debe acomodarse a las secuencias procesales que definen cada uno de los procedimientos regulados por la LECrim. Así lo recuerda la STS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4387), referida a un supuesto de prueba propiamente sumarial, pues se trataba de una comisión rogatoria, que se solicitó en el escrito de defensa.

«Tal fase del proceso –se lee en esta sentencia–, perfectamente idónea en otro tipo de procedimientos, tiene un significado especial cuando se trata del procedimiento ordinario. Y es que el traslado para la formulación del escrito de defensa se produce cuando ya el juicio oral está abierto, se ha prestado conformidad al auto de conclusión del sumario y, precisamente por ello, ya ha decaído la competencia funcional del Juez Instructor, cuya investigación se ha declarado formalmente cerrada a partir de la ratificación por la Audiencia Provincial del auto de conclusión del sumario (artículos 630, 632 y 651 LECrim). De ahí que el escrito de defensa, si se ha consentido el auto de conclusión del sumario y no se ha instado formalmente su revocación, no permita la retroacción del procedimiento resucitando una competencia para la investigación del delito que ya no tiene el Juez de Instrucción y que nunca podrá tener la Audiencia Provincial. Consentir el auto de conclusión del sumario supone aceptar que el régimen jurídico de la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas ya no mira a la realización de actos genuinamente instructorios –y la petición de una comisión rogatoria dirigida a EEUU lo es–, sino a los actos de prueba que hayan de practicarse en el acto del juicio oral (artículos 659 y 728 de la LECrim) o cuya procedencia surja ex novo obligando a practicar una sumaria instrucción suplementaria (artículo 746.6 LECrim).

No se trata de propugnar un rígido entendimiento del principio de preclusión procesal, cuyo alcance en el proceso penal, dirigido a la verdad material, no puede ser idéntico a su vigencia en el ámbito civil. De lo que verdaderamente se trata es de evitar que peticiones probatorias claramente extemporáneas sean camufladas bajo el aparente respeto a normas concebidas para modalidades procedimentales que nada tienen que ver con el sumario ordinario.

Al procesado le fue notificado el auto de conclusión del sumario. Pudo entonces, al amparo de la lectura constitucional de esa fase proclamada por la STC 66/1989, 17 de abril, propugnar cuantos actos de investigación complementaria considerara oportunos. Como es sabido, aquella sentencia llevó a cabo una interpretación integradora del repetido artículo 627 LECrim, precisamente para dar oportunidad a los

procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes.

En suma, habiendo mostrado su conformidad el procesado con el auto de conclusión del sumario, su ulterior petición de práctica de una comisión rogatoria, contenida en el escrito de defensa, resultaba manifiestamente improcedente por extemporánea y, por tanto, susceptible de rechazo, sin que ello implique menoscabo de su derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes».

Respecto a la proposición de la prueba, la STS de 31 de enero de 1997 (RJ 1997, 395) ha declarado que «según el artículo 728 de la LECrim, en el procedimiento ordinario no pueden practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes al tiempo de formular los escritos de calificación provisional, sin que puedan pedirse posteriormente ningunas otras, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado».

Pese a esta clara prohibición la STS de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9356), tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual «la regla del artículo 24.2 de la CE puede servir para determinar la legitimidad constitucional de los requisitos de tiempo y de forma de la proposición de las pruebas o el ámbito objetivo de éstas» (STC 51/1985, de 10 de abril), y que «el régimen legal que articula un determinado período de prueba dentro del proceso debe entenderse acomodado a las exigencias constitucionales» (STC 149/1987, de 30 de septiembre), viene a declarar que «desde una perspectiva constitucional, ha de admitirse, en atención al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión (artículo 24 CE), que la posibilidad de proponer prueba en el proceso penal ha de entenderse ampliada hasta el mismo acto del juicio oral –como expresamente permite, para el procedimiento abreviado, el artículo 793.2 de la LECrim–, siempre que ello esté razonablemente justificado, no suponga un fraude procesal, y no constituya un obstáculo al principio de contradicción».

En ese mismo sentido la STS de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7610) en un caso en que la defensa había propuesto prueba testifical en un escrito independiente y posterior al de calificación, contra lo dispuesto en el artículo 656 de la LECrim declara expresamente que dicho precepto «no excluye que pueda ser presentada en otro momento posterior si ello no perjudica a los derechos de las partes derivados del principio de contradicción en la práctica de la prueba y las garantías del derecho de defensa». Y la STS de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2280) avaló la decisión de la Audiencia de admitir la prueba fuera del plazo ordinario de proposición, «teniendo en consideración tanto los criterios establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, relativas a la presentación y admisión de pruebas fuera de plazo, tratando de asimilar y compaginar los preceptos al respecto, contenidos en la regulación del procedimiento ordinario, singularmente el artículo 728 LECrim con los del procedimiento abreviado, concretamente el artículo 786.2 de la misma, y en todo caso compatibilizándolo a través del artículo 729, utilizando para ello los criterios más amplios posibles de cara a beneficiar la “calidad” probatoria del proceso, pero en todo caso con el límite de la no causación de indefensión a las otras partes, llevando a cabo la correspondiente ponderación al efecto».

Esta tesis ha sido refrendada por la STC 12/2011, de 28 de febrero: «de la interpretación extensiva de la ley procesal efectuada por los órganos judiciales, aplicando al procedimiento ordinario las reglas del abreviado, no cabe deducir la vulneración de un derecho constitucional. Al respecto, conviene tener presente que (...) la traslación al procedimiento ordinario de la posibilidad de proponer prueba hasta el inicio del plenario viene argumentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en virtud de diversas razones. La primera porque, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, resultaría un contrasentido que lo que la ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, la oralidad y, en suma, un incremento de garantías no pueda extenderse al procedimiento ordinario, cuya regulación en este aspecto no ha variado desde la promulgación de la ley en 1882. La segunda, porque tal interpretación abona una mayor realización del mandato constitucional previsto en el artículo 120 CE acerca del carácter predominantemente oral de los procedimientos, sobre todo en materia criminal ... Sobre esta base, es claro que ninguna de tales razones puede ser calificada como arbitraria o fruto del mero voluntarismo, ni tampoco manifiestamente irrazonable o errónea».

### **2.1.2. En el procedimiento abreviado**

En todo caso, como recuerda la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3817) en el Procedimiento Abreviado el artículo 793.2 LECrim sólo autoriza propuesta de prueba que pueda practicarse en el acto del juicio oral, con la finalidad de evitar dilaciones indebidas, por lo que obró correctamente la Audiencia al no admitir la

prueba propuesta en escrito presentado un día antes del comienzo de las sesiones del juicio, para que se citara al médico psiquiatra forense a fin de determinar el estado mental del acusado, porque la admisión de tal medio probatorio implicaba la suspensión del juicio, no sólo en cuanto al lapso de citación a comparecencia, sino porque inexcusablemente tenía tal profesional que reconocer al acusado... y por tanto «no era factible su realización en el acto del plenario».

Comentando este mismo artículo 793.2 (el actual 786.2), también la STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8717) advierte que «todas las facilidades que se dan para la proposición de nuevas pruebas, están subordinadas a las posibilidades efectivas de la celebración del juicio en la fecha señalada evitando sorpresas o maniobras dilatorias»; por lo que fue correcta la denegación de la prueba propuesta al inicio del juicio oral solicitando que se suspendiese la vista, por la necesidad de evitar dilaciones y suspensiones innecesarias.

El inicio de las sesiones del juicio es el momento preclusivo para la proposición de prueba. En el caso tratado por la STS de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8033) la Audiencia había admitido, por el cauce del artículo 729.2 LECrim, una fotocopia que la defensa presentó una vez practicadas todas las pruebas testificales y periciales propuestas e inmediatamente antes del trámite de conclusiones, y acto seguido acordó la suspensión del juicio para la incorporación de testimonio de ciertos particulares obrantes en un juicio de faltas.

El Tribunal Supremo señala que «el momento preclusivo de aportación de pruebas es el inicio del juicio oral, tras la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa, siempre que, al margen de su pertinencia, se propongan para practicarse en el acto. Ello tiene sin duda trascendencia constitucional que se sostiene toda vez que, al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos, etc., e incluso todavía y acto seguido de su proposición pueden proponer otras que las desvirtúen; no ocurre así cuando si se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, ya no se puede someter a la prueba tan extemporáneamente incorporada más que a contradicción dialéctica pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de acusados, testigos, peritos al respecto o de otra prueba también in extremis de signo contrario, o que causa así a la parte que no la propuso una verdadera y material indefensión...

La prueba documental cuestionada tenía que haberse propuesto o aportado, bien en el momento de la calificación provisional, llamada escrito de defensa en el procedimiento abreviado, bien en el turno preliminar de intervenciones que para esta clase de procedimiento aparece regulado en el artículo 793.2 LECrim. Su admisión cuando ya ha terminado el período probatorio ha impedido a la parte contraria la posibilidad de utilizar prueba tendente a desvirtuar lo que tales documentos pudieran haber tenido de contenido favorable a las tesis de quien los quería presentar por lo que, en definitiva, se produjo una indefensión real para una determinada parte con clara violación del principio de igualdad de armas». En consecuencia, estima el recurso, anula la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior al trámite de conclusiones definitivas y una vez rechazada la incorporación del testimonio cuestionado, han de seguir su curso procesal ordinario.

Abordando otra cuestión la STS de 22 de enero de 1997 (RJ 1997, 340) ha declarado que «el artículo 729.2.º LECrim se refiere a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias, por lo que indudablemente no constituye el cauce procesal adecuado para que las partes propongan nuevas pruebas».

En todo caso, tampoco está de más apuntar con la STS de 11 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9216) que «la LECrim no sólo no prevé recurso de casación contra los autos de admisión de pruebas, sino que expresamente excluye que pueda contra ellos interponerse recurso alguno (artículo 659). Cualquier discrepancia que pudiera mantenerse contra esa resolución debe canalizarse a través de las vías casacionales previstas contra la sentencia definitiva que en el proceso se dicte».

### **2.1.3. En el procedimiento ante el Tribunal del jurado**

La prueba no fue propuesta en tiempo. Se planteó cuando había recaído sentencia en la instancia y en el trámite de un recurso de apelación en el que por definición no cabe la práctica de nuevas pruebas pues



estamos ante un proceso ante jurado (artículo 846 bis c) y 846 bis f) LECrim). Por eso la Sala de apelación denegó la extemporánea e improcedente petición con toda razón (Auto de 8 de Abril de 2015: folio 97 del rollo de apelación). Es inviable ahora quejarse en casación. No cabe proponer pruebas en un proceso por jurado una vez finalizada la fase probatoria del plenario (STS 611/2015, de 3 de octubre).

## **2.2. La protesta como reacción frente a la denegación de prueba**

«Los distintos procedimientos previstos en la ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales a la denegación de la prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el artículo 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los artículos 792 y 793.2 (actual artículo 785.1 párrafo 2.º) exigen la reproducción en el juicio oral y, ante la nueva denegación, la formulación de la protesta» (SSTS de 13 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7610], 19 octubre de 1999 [RJ 1999, 8133] y 25 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6376]).

Para la STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8938) la finalidad de la protesta es «plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o, en su caso, quien denegó la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión». En este sentido también la STS de 27 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6441).

Conforme a la STS de 16 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 7704) «la protesta excede la naturaleza propia de un puro requisito formal en cuanto exterioriza la falta de aceptación de la decisión judicial; de modo que si no se realiza se entenderá que el proponente se conforma con la decisión en la instancia, y por ello no podrá plantear luego en casación una cuestión resuelta antes con su aquiescencia. De otra parte, ante el silencio del artículo 659 de la LECrim sobre el plazo para formalizar la protesta y la imposibilidad de quedar indefinidamente sin plazo el ejercicio de los derechos, esta Sala ya ha dicho que la protesta debe hacerse en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de notificación del Auto denegatorio, cuyo término coincide con el señalado en el artículo 212 para la preparación del recurso de casación». El mismo efecto y plazo señalan las SSTS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080) y 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 9329); y así, «como el requisito de la falta de protesta no es un requisito de mera formalidad ritual, sino que patentiza un desacuerdo con la decisión judicial tomada y por tanto una falta de aquietamiento con aquel pronunciamiento, su ausencia debe ser interpretada inequívocamente como conformidad que no puede ser mudada ni cuestionada a su libre albedrío en esta sede casacional. La doctrina de los actos propios recuerda la STS 79/2003, de 24 de enero (RJ 2003, 2427), es suficiente para el rechazo de tal cambio, por lo demás, el recordatorio del artículo 884.5 LECrim que exige la oportuna protesta como requisito para la admisibilidad del motivo por quebrantamiento de forma que aquí se denuncia de manera reiterada, exime de mayores comentarios».

La protesta es igualmente necesaria para poder recurrir posteriormente en amparo ante el Tribunal Constitucional, pues es preciso para la admisión del amparo la pronta invocación del derecho fundamental vulnerado, a tenor del artículo 44.1 c) de la LOTC, conforme a las SSTC 66/2009, de 9 de marzo y 126/2010, de 29 de noviembre.

No obstante, la jurisprudencia también ha determinado, huyendo de formalismos innecesarios, que «toda manifestación de la parte en la que se revele el mantenimiento de su pretensión es suficiente para dar por cumplido este requisito procesal» (STS de 10 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8989]); y que, «si bien la protesta ante la inadmisión aparece como requisito procesal, como dice la STS de 9 de junio de 1989 (RJ 1989, 5061), privar al recurrente del derecho a impugnar casacionalmente la decisión de la Audiencia en base a un argumento puramente formal, intrascendente en cuanto a la marcha del proceso, constituiría una rígida aplicación de la norma contraria al principio constitucional de proporcionalidad» (STS de 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8871]).

En este sentido la STS de 19 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5848) declara que «la simple protesta que se interesa de la parte ha sido interpretada por esta Sala Casacional como incluida en cualquier acto de discrepancia con la resolución a lo largo del proceso penal, en cualquier fase ulterior, y —claro es— en el seno del propio juicio oral. Por lo demás, cuando de apelaciones procedentes del Tribunal del Jurado se trata, no podemos olvidar como signo interpretativo, que el artículo 846 bis c) nos dice que, cuando la impugnación se formalice por haberse incurrido en el procedimiento o en la sentencia dictada, en quebrantamiento de las

normas y garantías procesales, que causaren indefensión, bastará que se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación, añadiendo que “esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”. Y claro que el derecho de defensa y la proposición de pruebas, en los términos con que se expresa el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna: derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, constituye un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. De modo que, si tal reclamación no es necesaria en el ámbito de aquel proceso, este criterio legal debe inspirar el nuestro, en el recurso de casación».

El requisito de la falta de protesta no es una mera formalidad ritual, sino que se trata de una condición de orden procesal, puesto que aquélla patentiza un desacuerdo con la decisión judicial tomada y por tanto una falta de aquietamiento con aquel pronunciamiento, y por ello su ausencia debe ser inter-pretada como conformidad que no puede ser mudada ni cuestionada al libre albedrío en esta sede casacional (STS 765/2015, de 30 de noviembre).

Tampoco manifiesta ni consta en las actuaciones que, ante la denegación de prueba, realizara la oportuna protesta conforme exige el artículo 659 LECrim. Este trámite de protesta no es solo un requisito meramente formal. Conforme expresábamos en la STS 379/2010, de 21 de abril, quien no protesta por el rechazo o denegación de la prueba es porque consiente con esa decisión, por eso precisamente aparece en el citado artículo 659 LECrim como condición sin la cual no cabe posterior recurso de casación (STS 242/2021, de 17 de marzo).

La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (artículo 849 5.º LECrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el artículo 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los artículos 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta (STS 797/2015, de 24 de noviembre).

En caso de denegación indebida de la prueba, que en todo caso debe ser motivada, se debe reiterar la petición en el Procedimiento Abreviado (artículos 785.1 y 786.2 LECrim) y, si se mantiene la decisión, es preciso formular protesta tanto en el Procedimiento Abreviado como en el Sumario Ordinario (artículos 785, 786 y 659 LECrim) (STS 465/2021, de 28 de mayo).

### **3. CONTROL CASACIONAL DE LA DENEGACIÓN DE PRUEBAS**

La alegación de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba proclamado en el artículo 24 CE es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1.º, ambos de la LECrim (SSTS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008, 5159] caso «atentados del 11M» y 16 de junio de 2010 [RJ 2010, 6666]). Dentro de este motivo del artículo 850.1.º se comprenden tanto los supuestos de inadmisión de un medio probatorio como los de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida (SSTS de 18 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1919], 3 de abril de 1996 [RJ 1996, 2869] y 26 de febrero de 2004 [RJ 2004, 2591]).

Resumiendo, las SSTS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080) y 20 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7865) han subrayado que la casación por denegación de prueba, según se deduce de los términos del artículo 850.1 y de lo dispuesto en los artículos 659, 746.3, 785.1 y 786.2, requiere las condiciones que a continuación se indican:

«1.º La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (artículo 786.2 LECrim).

2.º La prueba tendrá que ser pertinente, es decir, relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo, exigiéndose para que proceda que sea necesaria, oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiéndose de ponderar la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.

3.º Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pida en tal momento la correlativa suspensión del juicio.

4.º Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.

5.º Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación».

El efecto que produce la estimación del recurso de casación, según la STS de 19 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5848), de conformidad con el artículo 901 bis a) LECrim es «ordenar la devolución de la causa al Tribunal de que proceda, para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho. Lo que aquí traducimos, para evitar dilaciones indebidas, al momento de admisión de las pruebas propuestas por la defensa, con celebración, en su caso, de un nuevo juicio por magistrados diferentes a los que formaron Sala».

Por otro lado, conforme a la STS de 13 de julio de 2010 (RJ 2010, 7339) caso «Couso» «la doctrina jurisprudencial va preferentemente dirigida a la admisibilidad de la prueba para el juicio oral, porque es allí donde se realizan las verdaderas pruebas. Las diligencias probatorias de la instrucción, aunque poseen otro carácter, pues se limitan a preparar la posibilidad de la formulación de una acusación y la consiguiente apertura del juicio oral, no dejan de tener su importancia, y por ello no pueden despreciarse, afectando también al derecho de la parte proponente a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, la indebida desestimación de pruebas tiene su cauce impugnatorio, como vicio in procedendo, a través de los motivos por quebrantamiento de forma previstos en los supuestos del artículo 850 LECrim, sin embargo, a pesar de la exclusión de tal cauce casacional –restringido a la infracción de ley– en los casos en que la resolución recurrida acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, de acuerdo con las previsiones del artículo 848 LECrim, el rechazo indebido de las diligencias probatorias de la instrucción no cabe duda que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes proponentes, y puede ser admitido al amparo del artículo 852 LECrim, en relación con el artículo 24.1 CE».

La doctrina jurisprudencial de esta Sala viene exigiendo una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al artículo 656 de la Ley procesal, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral, en el caso de que el recurso se interponga por falta de práctica de la prueba en el juicio.

c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (artículo 849 5.º LECrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el artículo 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los artículos 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparecencia. Este requisito se ha matizado y no juega con la misma intensidad en todos los supuestos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. En todo caso, no se trata de un presupuesto formal pues lo que se pretende a través de este requisito es posibilitar el juicio de pertinencia tanto del Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como del Tribunal de casación al revisarla.

e) Que sea «posible» la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización hasta el límite que permita el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) En caso de denegación en el juicio de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige conforme a lo prevenido en el citado artículo 884 5.º LECrim con carácter general para los motivos de casación encauzados a través del artículo 850, que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación (STS 797/2015, de 24 de noviembre).

## **I) EL ATESTADO POLICIAL**

### **1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ATESTADO**

El atestado no ratificado en el juicio oral es un acto preprocesal inidóneo para desvirtuar la presunción de inocencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión se inició con la STC 31/1981, de 28 de julio, conforme a la cual el atestado tiene en principio únicamente valor de denuncia como señala el artículo 297 LECrim, y no basta para que la declaración del acusado se convierta en prueba de confesión, con que se dé por reproducida en el juicio oral, razón por la cual la mera aportación de un atestado no constituye la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia elevada por el artículo 24.2 de la Constitución a la categoría de derecho fundamental. De igual modo, la STC 100/1985, de 3 de octubre, recogiendo la doctrina de la STC 9/1984, de 30 de enero y la del ATC 188/1984, de 28 de marzo, declara que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba, y para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del mismo. La falta de carácter probatorio del atestado no ratificado deriva, no sólo del artículo 297 LECrim, no desvirtuado por otros preceptos legales, que sólo admiten el valor de ciertas diligencias preparatorias o sumariales como pruebas anticipadas a las que se practiquen en el juicio oral, sino que se explica también porque los actos de investigación policiales que constan en los atestados no son diligencias sumariales. La STC 145/1985, de 28 de octubre, determinó que los Tribunales ordinarios no están autorizados en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria intermediación y contradicción; atestados a los que sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. Y, en fin, la STC 148/1985, de 30 de octubre, entendió que el atestado policial no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos, ni puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de intermediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación. La STC 108/2009, de 11 de mayo, recuerda que «los datos que constan en un atestado no ratificado ante el órgano judicial carecen de la condición procesal de prueba».

Sin necesidad de adentrarnos en la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del valor probatorio del atestado, lo cierto es que, desde la versión originaria de la decimonónica LECrim, su funcionalidad se agota con la previsión del artículo 297 LECrim, con arreglo al cual, los atestados «... se considerarán denuncias para los efectos legales». No se trata, claro es, de degradar su valor como documento oficial que abre la fase de investigación de un delito, sino de situar en sus justos términos su significado procesal. Es indudable que los agentes de la autoridad que asumen la redacción del atestado no tienen otra alternativa que ajustarse de forma precisa a la realidad de lo acontecido. Su manipulación o la vulneración de derechos fundamentales del imputado pueden acarrear consecuencias procesales que proyecten sus perniciosos efectos sobre la valoración probatoria, no del atestado, que no es prueba, sino de los hechos que en él se describen y que sólo pueden incorporarse al bagaje probatorio mediante su acreditación y prueba en el plenario (STS 390/2014, de 13 de mayo).

Resulta de interés reseñar la STS de 7 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 2368), que con invocación de la doctrina constitucional concluye negando la eficacia de prueba de cargo a la declaración policial del coimputado, no ratificada judicialmente. «La ineficacia de esas diligencias policiales se debe fundamentalmente a que no se efectúan a presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria». Ese argumento se considera razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías

en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con éste. Y, es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Asimismo, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen claramente constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de toda eficacia probatoria.

En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial muy lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso. Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues es de sobra conocido que la dosis de constricción y presión con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los importantes matices inquisitivos que enturbian las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos incriminatorios que afloran en la investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias, incitaciones o presiones que chocan frontalmente con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda albergar fuerza probatoria.

Pues bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole se reciba una declaración policial a un imputado y que, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido. Así las cosas, no puede extrañar que en la STC 68/2010 se afirme que «tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase “preprocesal” que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía».

Por esa razón, según la STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5159) caso «atentados del 11M», «un atestado confeccionado en otro país, una vez incorporado al proceso en España, no puede tener otro valor que el reconocido a cualquier atestado elaborado en España, salvo que hubiera sido ratificado ante la autoridad judicial extranjera o española con las garantías propias de la prueba preconstituida ... Consecuentemente, y en relación con el caso, un atestado válidamente confeccionado en Francia y válidamente incorporado al proceso seguido en España, puede ser tenido en cuenta por el Tribunal español responsable del enjuiciamiento, pero no existen razones para que se le atribuya mayor valor probatorio que el que corresponde a un atestado válidamente confeccionado por la Policía española. Y es bien sabido que el valor probatorio del atestado se reduce al de una denuncia. Por lo tanto, las declaraciones inculpativas del testigo carecen de valor probatorio al constar únicamente incorporadas al atestado».

En consonancia con tal doctrina, la STS de 14 de junio de 1997 (RJ 1997, 4720) ha precisado que «las posibles irregularidades que se cometan en el atestado en manera alguna pueden viciar por defecto irradiante las pruebas practicadas en la fase de instrucción judicial y mucho menos las que se practiquen en el plenario».

La aceptación del argumento que invoca la defensa, referido al valor del atestado elaborado por la policía autonómica, en el que se sugiere la posibilidad de que la víctima estuviera simulando un delito, supondría voltear el espacio decisorio que nuestro sistema constitucional reserva a los órganos jurisdiccionales. Aunque debería ser una obviedad proclamarlo, lo cierto es que no existe vinculación alguna respecto de las valoraciones que la Policía Judicial pueda realizar en relación con la hipotética tipicidad de los hechos reflejados en un atestado. El artículo 297 LECrim atribuye al atestado el valor de denuncia. De ahí que la inclusión de valoraciones jurídicas sobre los hechos incluidos en esa denuncia supone una extralimitación funcional que, por más extendida que esté su práctica, nunca podrá ser aceptada por esta Sala.

No es la primera vez que tenemos ocasión de pronunciarnos sobre esta materia. Hemos dicho, por ejemplo, que la afirmación del instructor de unas diligencias que valoró la credibilidad de una menor que denunciaba haber sido agredida sexualmente, encierra una extralimitación funcional carente de toda cobertura jurídica. Ya hemos apuntado cómo el atestado no es sino el vehículo formal de una denuncia hecha valer ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Precisamente por ello el atestado no es el lugar adecuado para que el agente instructor deslice valoraciones personales acerca de la fundamentación de la denuncia, su viabilidad o el crédito que merezca el denunciante. Al hacerlo, desborda el espacio funcional que nuestro sistema reserva a los agentes de la autoridad que intervienen en la confección de la denuncia. Ésta, por su propia naturaleza, sólo debe acoger hechos, no valoraciones personales acerca de la credibilidad o las contradicciones del denunciante. El deber de abstenerse de ese tipo de apreciaciones, sin otro respaldo que la intuición del instructor se refuerza, si cabe, cuando quien está denunciando es una menor de edad, sujeta a una institución tutelar y que ha tomado la determinación de acudir a una comisaría a denunciar abusos sexuales.

El atestado, en fin, no es lugar adecuado para valoraciones personales del agente que asume su confección. Así se desprende del artículo 292 LECrim. Y de modo especial, de la Instrucción 7/1997, de 12 de mayo, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre elaboración de atestados, que en su apartado primero establece que «...las exposiciones contenidas en los atestados tratarán de recoger todos aquellos hechos objetivos que evidencien la realidad, sin que las mismas vayan acompañadas de valoraciones o calificaciones jurídicas; por ello, deberá evitarse todo tipo de criterios subjetivos y cuestiones irrelevantes para el proceso penal». Con anterioridad, la Instrucción 9/1991 ya había recordado que «...en la redacción de los atestados e informes policiales se procurará hacer una detallada y minuciosa descripción fáctica que evidencie la realidad, omitiéndose en lo posible las impresiones y apreciaciones subjetivas o de ineficacia esclarecedoras».

Cuestión distinta es que el atestado recoja informes de los órganos científicos de Policía Judicial que exijan para el respaldo de sus conclusiones la exposición de valoraciones técnicas que, como es lógico, estarán filtradas por la metodología suscrita en la elaboración de ese dictamen. A ellos se refiere el último inciso del artículo 11.1.g) LO 2/1986, 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En definitiva, las valoraciones subjetivas sobre el respaldo probatorio de los hechos denunciados en un atestado, sobre la credibilidad del denunciante o acerca de sus contradicciones, no son sino reflexiones extravagantes perfectamente prescindibles. No son los agentes de la autoridad –cuyo decisivo papel en la fase de investigación es incuestionable– los llamados a dejar constancia de su personal opinión acerca de los hechos denunciados. Incorporar a la rutina del proceso penal una práctica en la que la Policía filtra una denuncia a partir de su personal perspectiva valorativa, contribuye a desdibujar las respectivas parcelas funcionales de los órganos del Estado llamados al esclarecimiento de los hechos delictivos (STS 390//2014, 13 de mayo) (STS 78/2021, de 1 de febrero).

## **2. SUS EFECTOS PROCESALES**

Ahora bien, todo ello no implica que el atestado carezca de efectos procesales. Siguiendo la sistemática de la STS de 23 de enero de 1987 (RJ 1987, 450), en relación con el artículo 297 LECrim, podemos distinguir los siguientes supuestos:

I.– Cuando se trata de opiniones o informes no cualificados de la Policía Judicial, de las declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de letrado, de declaraciones de testigos, de diligencias de identificación o de reconocimiento, en rueda o fuera de ella, o de otras diligencias semejantes, efectivamente, no se les puede por sí solas atribuir otro valor que el de meras denuncias.

Respecto a la posibilidad de valoración de la declaración de un testigo o la confesión del acusado hecha ante la policía y no ratificada a presencia judicial, nos remitimos a los capítulos correspondientes, por la imposibilidad de sintetizar aquí su problemática; haciendo sólo mención al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 11) sobre el alcance del artículo 714 LECrim, en relación con las declaraciones prestadas ante la Policía, que establece que «las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». Este acuerdo, sin embargo, no puede ser valorado si no es en relación con la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular, sobre todo, desde la STC 68/2010, FJ 5.º, y luego, especialmente, la STC

53/2013, de 28 de febrero, FFJJ 3 a 5, y la STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2; en las que se establece con claridad la falta de valor probatorio de declaraciones contenidas en el atestado cuando no hayan sido ratificadas ante la autoridad judicial. Ello no impide tener en cuenta las declaraciones de los agentes como testigos de referencia cuando no sea posible disponer de la declaración del testigo directo y no sea esta la única prueba de cargo, con arreglo a las reglas relativas a esa clase de prueba. En la STS 174/2015, de 14 de mayo, se considera que el citado acuerdo no puede considerarse vigente después de esas sentencias del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual «dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el artículo 297 LECrim», por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5 b), «el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios» (SSTC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2, y 33/2015, de 2 de marzo, FJ 3.º).

En esta última sentencia, se afirma, en primer lugar, que las declaraciones o brantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. De ese modo, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola (STC 53/2013, FJ 4).

En segundo lugar, a partir del FJ 5.º se hacen algunas consideraciones de interés acerca de la posibilidad de utilizar lo dicho en el atestado, reconociendo su existencia y su validez como actuación preprocesal, para razonar acerca del resto de las pruebas. Así, se afirma que, aunque la declaración autoinculporia en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión, ni tiene valor de prueba de cargo para sustentar la condena según se ha razonado, sí es una manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. La STC 165/2014, del Pleno de este Tribunal, tantas veces citada, ha señalado y se ha ocupado del juicio de constitucionalidad que corresponde cuando esas declaraciones autoinculporias documentadas en el atestado policial, además de existir, «ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba».

Para concluir razonando que tres son los planos del análisis constitucional. El primero de ellos, comprobar que la declaración autoinculporia del demandante que documenta el atestado policial fue regularmente obtenida. Superado afirmativamente ese primer nivel, el siguiente escalón pide examinar si hubo pruebas de cargo válidamente practicadas que vengán a avalar los datos objetivos que de aquella declaración policial pudieren extraerse, convirtiendo el «objeto de prueba» en un «hecho acreditado», pues aquella declaración, como tal, aislada y en sí misma considerada, ya se dijo, no tiene valor probatorio alguno. De constatar su existencia, el último peldaño consiste en constatar si, a partir de la convicción judicial así expuesta, es posible concluir que la presunción de inocencia del demandante resultó rectamente enervada.

En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS 15/2016, de 26 de enero, en la que se recordaba: La STC 68/2010, de 18 de octubre, ya advertía que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia; y que la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Y la STC, Pleno, 165/2014, de 8 de octubre de 2014, concluye contundente: «Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria».

Por otro lado, como se viene a señalar en esa misma sentencia más adelante, puede excluirse de esta afirmación cierto contenido de lo actuado por la policía: datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción. Pero la validez no alcanza nunca a declaraciones personales.

II.– Cuando se trata de dictámenes o de informes emitidos por Gabinetes de los que actualmente dispone la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balísticos y otros análogos, tendrán al menos, el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes.

En este sentido, la STC 100/1985, de 3 de octubre, si bien afirma que el atestado no ratificado carece de valor probatorio, agrega que tal conclusión tiene que ser matizada en aquellos casos en que en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica –preconstituyéndola– una prueba a la que puede asignarse lato sensu un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo, siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías.

Así, según la STS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1810) «las traducciones realizadas por la Policía, necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio oral e incluso con antelación al inicio del proceso lato sensu entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas, en momento procesal oportuno, por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias».

III.– Finalmente, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión in situ de los delincuentes, los supuestos en que éstos son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos o instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o asentimiento del morador o del que tiene derecho a excluir, o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas, sometidas como las demás a la libre valoración de las mismas.

Datos objetivos como son: «... los fotogramas de la película filmada mientras se realizó la acción delictiva de ambos procesados y el encuentro de las armas escondidas en el lugar indicado por el recurrente a la Policía» (STS de 26 de junio de 1990 [RJ 1990, 6546]); «... la recuperación del dinero sustraído al perjudicado y la navaja empleada en la amenaza intimidatoria...» (STS de 17 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8338]); «... la droga intervenida por los agentes de la autoridad, como efecto o consecuencia de un delito testimonial o cuasiflagrante, que constituyen un indicio de suma importancia a la hora de formar la íntima convicción» (STS de 29 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8712]); «... la aprehensión de la droga, cantidad y clase ocupada y su ocultación por el recurrente» (STS de 29 de junio de 1992 [RJ 1992, 5559], con cita de las SSTS de 14 de julio de 1986 [RJ 1986, 4324], 23 de enero de 1987 [RJ 1987, 450], 21 de abril de 1988 [RJ 1988, 2828] y 25 de enero de 1989 [RJ 1989, 84]); aunque por el contrario, «la intervención o aprehensión del tabaco en un delito de contrabando no es un elemento objetivo del atestado, sino el hecho mismo objeto de denuncia del atestado, por lo que para tener la consideración de prueba válida a fin de acreditar el hecho punible era necesario e imprescindible su incorporación al proceso a través de un auténtico medio de prueba, como lo es la declaración testifical de los funcionarios de policía que en él intervinieron, posibilitando así su efectiva contradicción por las partes» (STC 173/1997, de 14 de octubre).

Así, el Tribunal Constitucional ha otorgado valor de prueba preconstituida a determinados actos que denomina de «constancia», es decir, a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholimétricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, 201/1989, de 30 de noviembre, 138/1992, de 13 de octubre, ATC 636/1987, de 27 de mayo), de cuya naturaleza participan también «... las huellas de frenado y localización de los desperfectos en los vehículos implicados» (STC



157/1995, de 6 de noviembre), y «... los reconocimientos médicos inmediatos a la agresión denunciada... pues tal diligencia no es practicable directamente en el juicio por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias» (ATC 43/1996, de 26 de febrero –recurso de amparo 3435/93–).

Por tanto, «cuando al dato de la objetividad se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de ser introducida en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes» (STC 33/2000, de 14 de febrero). De igual modo la STC 68/2010, de 18 de octubre.

En todos estos casos, como indica la STS de 10 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9521) «las diligencias que se contienen en el atestado y reflejen datos objetivos y objetivables que se hayan practicado con las formalidades legales pueden ser material probatorio valorable a efectos de constatar la existencia en la causa de una actividad probatoria de cargo apta para enervar la presunción de inocencia». Así, esta sentencia concedió valor a sendas actas de inspección ocular practicada por la Guardia Civil donde se dejaba constancia de la altura de dos metros y medio de la valla que saltaron los acusados, para destruir la presunción de inocencia en lo relativo al elemento del escalamiento, «pues la Defensa conocía la existencia de las actas en que constan esos datos objetivos. Si hubiera querido contradecirlos podía haber solicitado una nueva inspección ocular o una fácil y sencilla prueba de medición o podía haber citado a los agentes que levantaron esas actas. Si no lo hizo así renunció a su derecho a contradecir. Ello no significa una inversión de las cargas que incumben a las partes litigantes, sino la determinación de una actividad procesal posible y oportuna destinada a rebatir –contradicción viva, eficaz y diligente– la constatación de un elemento objetivo en las actuaciones (que puede ser la altura de la valla, como en este caso, o la identidad del detenido, la hora de la detención, la ocupación de efectos o cualquier otro de los muchos datos que se contienen en el atestado y que habitualmente no se cuestionan), pues si la Defensa discrepaba del mismo o de las circunstancias de su obtención, pudo discutirlo y solicitar la comparecencia de los agentes u otra prueba complementaria porque lo mismo que hay posibilidad de contradicción y, por tanto, prueba cuando la asistencia letrada renuncia a interrogar a un testigo en el acto del juicio oral, también la hay en supuesto como el presente en que consta el dato objetivo, es conocido por la Defensa y ésta renuncia a todo intento de cuestionar la realidad de tal extremo, la certeza relativa a la legalidad de su constatación o de su incorporación a la causa».

En estos supuestos en que el atestado incorpora datos objetivos incontestables, dice la STS de 13 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1398), «no se les puede privar de todo valor probatorio, sino que puede perfectamente atribuírseles la eficacia de verdaderas pruebas, no sólo cuando son ratificadas, sino cuando conocidas por las partes, pudiendo impugnarlas y contradecirlas no lo hacen, permaneciendo incólume la facultad del tribunal de acudir a ellas por la vía del artículo 726 LECrim. Hemos de ser conscientes que el criterio restrictivo, deducido de la doctrina del Tribunal Constitucional ..., resulta anticuado y anacrónico, careciendo de justificación desdeñar el valor probatorio de estos datos, dado que la policía judicial dispone de medios de investigación sumamente perfeccionados y no es posible, ni siquiera congruente, minusvalorarlos en la actualidad, por lo que el Tribunal podría perfectamente atribuir valor probatorio en las condiciones apuntadas a esos elementos objetivos de constancia en un informe policial, siquiera sea con carácter de pruebas secundarias o corroborantes de otras de mayor peso específico».

Las diligencias policiales que constan en el atestado pueden incorporar datos objetivos y verificables de imposible reproducción que se pueden valorar como prueba documental, siempre que se garantice su contradicción. Pero los testimonios prestados en el atestado por imputados y testigos no tienen valor de prueba preconstituida (STS 174/2015, de 14 de mayo).

Interesa matizar con la STC 303/1993, de 25 de octubre, que «el hecho de que la policía judicial pueda, o mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba, pues para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues no en vano la policía judicial actúa en tales diligencias “a prevención” de la Autoridad Judicial (artículo 284 LECrim)... por lo que, desaparecidas dichas razones de urgencia ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena».

Por último, en cuanto al valor probatorio del atestado policial, la doctrina constitucional se resume en los siguientes puntos:

1.º sólo puede concederse valor de auténtico elemento probatorio al atestado si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los Agentes de Policía firmantes del mismo (SSTC 100/85, 101/85, 173/85, 49/86, 145/87, 5/89, 182/89, 24/91, 198/92, 301/93, 91/95, 157/95).

Esto es así porque únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el acto del juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador para conseguir así, en su caso, la convicción de este sobre los hechos enjuiciados, mediante el contacto directo con los elementos utilizados. El atestado policial, así como los datos de investigación policiales que constan en el mismo, tienen, en principio, únicamente valor de denuncia, lo que deriva del artículo 297 LECrim. La instrucción previa, se llame diligencias previas o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, sino idéntica a la del sumario, y como éste, su finalidad consiste en la investigación del delito y la identificación del delincuente, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (artículo 299 LECrim). Ahora bien, lo dicho no significa que las diligencias sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales, carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la CE exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por el acusado. En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado.

2.º no obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidas en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC 132/92, 157/95), por cuanto ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias.

Por lo mismo las pericias periciales técnicas que se adjunta al atestado no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso.

3.º por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, por regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, su declaración tiene la consideración de prueba testifical (...) (STS 265/2018, de 31 de mayo).

## **J) LAS DILIGENCIAS SUMARIALES**

### **1. NATURALEZA JURÍDICA**

Ciertamente, los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral (celebrado en condiciones de igualdad entre acusador y acusado, y con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad), «de tal forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes» (STS de 19 de julio de 1996 [RJ 1996, 6071]). Tal es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde la STC 31/1981, y consolidada con las SSTC 201/1989, 217/ 1989, de 21 de diciembre, 161/1990, de 19 de octubre, 138/1992, 283/1994, 51/1995, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 94/2002, 38/2003, de 27 de febrero, 280/2005, de 7 de noviembre, 344/2006, de 11 de diciembre, 10/2007, de 15 de enero, 56/2010, de 4 de octubre, 134/2010, de 2 de diciembre y 68/2010, de 18 de octubre, entre otras.

En consecuencia, las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo (SSTC 101/1985, 137/1988, 161/1990), sino únicamente «actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 LECrim), pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el

juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador» (SSTC 217/1989 y 40/1997). En el mismo sentido las SSTC 94/2002, de 22 de abril, 206/2003, de 1 de diciembre y 29/2008, de 20 de febrero.

Esta misma naturaleza ha de atribuirse a las «diligencias preliminares o preparatorias del juicio de faltas». Como han señalado las SSTC 150/1989, de 25 de septiembre y 328/1994, de 12 de diciembre, «no existiendo prescripción alguna en la LECrim que consagre en el juicio de faltas la existencia de una fase instructora, limitándose el artículo 2 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 a sugerir al Juez a que evacue, con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias, las cuales, como su nombre indica, tienen como finalidad preparar el juicio oral... pero sin que tales actos constituyan, en sí mismos considerados, actos de prueba, salvo que en ellos concurren los requisitos de la prueba sumarial anticipada o preconstituida, cuya relevancia ha de ser menor en este tipo de procedimiento en el que el legislador pretendió incrementar el principio de oralidad y el de inmediatez temporal en la celebración del juicio (artículo 964 LECrim)».

## **2. DILIGENCIAS SUMARIALES CON VALOR DE PRUEBA**

Sin embargo, esa norma general no puede ser entendida tan radicalmente que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales (y preprocesales) practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, y así, deben señalarse como excepciones o complemento al principio general:

1.º Los supuestos en que las diligencias sumariales, practicadas con las formalidades legales, tengan entrada en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 80/1986, de 17 de junio, 25/1988, de 23 de febrero, 82/1988, de 28 de abril, 201/1989, de 30 de noviembre, 161/1990, de 19 de octubre, 80/1991, de 15 de abril, 190/2003, de 27 de octubre, 345/2006, de 11 de diciembre y 134/2010, de 2 de diciembre; y SSTS de 9 de julio de 1988 [RJ 1988, 6534], 12 de julio de 1988 [RJ 1988, 6566], 21 de abril de 1989 [RJ 1989, 3493], 23 de junio de 1992 [RJ 1992, 5829], 6 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9009], 3 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1759], 19 de julio de 1996 [RJ 1996, 6071], 24 de enero de 1997 [RJ 1997, 107], 20 de junio de 1997 [RJ 1997, 4854], 3 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1943]), 5 de junio de 2008 [RJ 2008, 3247] caso Operación «Nova» y 22 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7622]), bien integradas como prueba documental (artículo 730 LECrim), bien en el caso de que un testigo presente en el juicio haya declarado con anterioridad en sentido opuesto, mediante la puesta de manifiesto de las contradicciones (artículo 714 LECrim), o bien, incluso a través del contenido de las preguntas o repreguntas formuladas en el plenario (no apareciendo de modo sorpresivo en la sentencia); supuestos en que el Tribunal se halla en condiciones de optar por una u otra versión (SSTS de 7 de junio de 1988 [RJ 1988, 4482] y 20 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 387]).

En efecto, como señala la STS de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 5565), «de acuerdo con el contenido del artículo 714 LECrim, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad. Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas».

Otro caso es la vía que ofrece el artículo 730 LECrim, al que se refiere la STS de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6971) a cuyo amparo «el Tribunal puede tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando resulte imposible o no sea factible lograr la comparecencia del testigo, siempre que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa».

Importa resaltar con la STC 206/2003, de 1 de diciembre, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim «se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía». Por tanto, las declaraciones prestadas ante la policía no se convierten sin más en prueba de cargo por el hecho de someterlas a contradicción en el acto del juicio oral, «siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial». En el mismo sentido se pronuncia la STC 68/2010, de 18 de octubre.

Esa misma STC 206/2003, de 1 de diciembre, hace la importante aclaración que «en tales supuestos la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial».

En este contexto el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 [TEDH 1989, 21], caso Kostovski; 15 de junio de 1992 [TEDH 1992, 51], caso Lüdi; 23 de abril de 1997 [TEDH 1997, 25], caso Van Mechelen y otros; 11 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta y 20 de abril de 2006 [JUR 2006, 139137], caso Carta). Como el Tribunal Europeo ha declarado en la STEDH de 27 de febrero de 2001 (TEDH 2001, 96), caso Lucá, «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario». En este sentido se pronuncia la STC 56/2010, de 4 de octubre.

2.º Las diligencias policiales y sumariales, practicadas con todas las garantías, que constaten datos objetivos de cargo, mientras nada revele su irrealidad (SSTS de 23 de enero de 1987 [RJ 1987, 450], 31 de marzo de 1987 [RJ 1987, 2245], 22 de abril de 1987 [RJ 1987, 2602], 23 de abril de 1987 [RJ 1987, 2608], 16 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1085], 17 de mayo de 1988 [RJ 1988, 3675], 23 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 6991] y 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8963]). Es claro que las dudas de las partes acerca de los extremos relevantes de esos datos objetivos pueden ser aclaradas mediante la prueba a practicar en el plenario.

3.º Los informes y análisis periciales practicados por funcionarios adscritos a organismos oficiales, especialmente cualificados para los exámenes y trabajos que comporta la pericia que se les encomienda, si no son sometidos a juicio contradictorio por las partes, mediante la expresa impugnación del dictamen en los escritos de conclusiones, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en el juicio oral como requisito de eficacia probatoria (SSTS de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 5025], 15 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8577], 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6712], 21 de enero de 2004 [RJ 2004, 679], 23 de marzo de 2006 [RJ 2006, 2284], 1 de febrero de 2011 [RJ 2011, 1933] y Acuerdo de Sala General de 21 de mayo de 1999 [JUR 2002, 77547]).

4.º Las tasaciones periciales sobre el valor de los objetos sustraídos, puesto que, como declaró la STS de 21 de junio de 1991 (RJ 1991, 4783) «tales pruebas pueden ingresar como documental por la vía del artículo 730 de la Ley Procesal, ya que, hacer comparecer al perito se limitaría, en definitiva, a un nuevo formalismo de ratificación... cuando además la Defensa no puso en duda en el proceso tales valoraciones, ni propuso prueba alguna encaminada a desvirtuarlas...».

### **3. REQUISITOS PARA CONCEDER VALOR PROBATORIO A LAS DILIGENCIAS SUMARIALES**

El Tribunal Constitucional ha señalado en las SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre, 141/2001, de 18 de junio, 94/2002, de 22 de abril, 187/2003, de 27 de

octubre, 148/2005, de 6 de junio, 280/2005, de 7 de noviembre, 345/ 2006, de 11 de diciembre, 68/2010, de 18 de octubre, y 165/2014, de 8 de octubre, entre otras, los requisitos que han de reunir los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, para concederles valor probatorio; así:

«a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995).

b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción (STC 303/1992). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras).

c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993),

d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la cross examination (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la “lectura de documentos”, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/ 1991 y 200/1996)».

A estos mismos requisitos se han referido las SSTS de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997, 6971), 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8770), 22 de septiembre de 2010 (RJ 2012, 7622), 174/2015, de 14 de mayo; 190/2021, de 3 de marzo y 30 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4294); la última de las cuales decidió la absolución porque «la única prueba de signo inequívocamente incriminatorio o de cargo obrante en la causa era la declaración del acusado ante la Guardia Civil prestada ante Letrado en turno de oficio, pero en la que constaban objetivadas en la causa lesiones en el momento de prestar declaración en el Juzgado»; y en estas condiciones «no existe prueba de cargo suficiente para entender enervada la presunción de inculpabilidad».

En la STC 33/2015, de 2 de marzo, ratificando lo ya dicho en la STC (Pleno) 165/2014, de 8 de octubre, se reiteran las exigencias para que una diligencia sumarial pueda ser incorporada al acervo probatorio, insistiendo en la necesidad de que, si se trata de declaraciones, hayan sido prestadas ante la auto-ridad judicial.

Se dice en esta sentencia que «Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (artículo 714 LECrim) o bien una imposibilidad material de su reproducción (artículo 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción».

Por ello, desde la STC 31/2001, de 28 de julio, FJ 4, venimos diciendo que, para que la confesión ante la policía se convierta en prueba, no basta con que se tenga por reproducida en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial; o, como añadimos en la STC 53/2013, de 28 de febrero, FJ 4, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola. Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante, en conclusión, que «las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo» (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). No por otra razón, la STC 165/2014, en su FJ 4, señalaba que, planteado en la demanda el valor probatorio de las declaraciones autoinculporias prestada en unas diligencias policiales, «la respuesta es inequívoca: ninguno. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo imputado con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquél

reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen. Sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el artículo 741 LECrim». En caso de no ser respetada por los órganos judiciales, da lugar a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), e incluso del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado (SSTC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, o 68/2010, de 18 de octubre).

#### **4. SOBREALORACIÓN DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES: LOS PROCESOS DE RUPTURA**

Las diligencias sumariales quedan sobrevaloradas en los llamados «procesos de ruptura», caracterizados por la negativa rotunda de los acusados a toda forma de participación (STS de 5 de mayo de 1988 [RJ 1988, 3480]), es decir, porque los acusados no reconocen la autoridad del Tribunal sentenciador, se niegan a declarar en el acto del juicio oral e incluso han de ser desalojados de la Sala... por lo que «es evidente que en esas condiciones la prueba testifical no puede verificarse» (STS de 5 de abril de 1988 [RJ 1988, 2722]), debiendo por tanto reconocer valor probatorio a lo actuado en la fase instructora.

Clarificadora es, a este respecto, la STS de 25 de marzo de 1987 (RJ 1987, 2212) que muy expresivamente declara:

«Atendiendo a la actitud que el acusado o acusados observan respecto al enjuiciamiento de las infracciones cuya perpetración se les atribuye, la doctrina moderna distingue entre procesos de connivencia y procesos de ruptura. En los primeros, el imputado o imputados reconocen la legitimidad del ius puniendi, que el Estado ejercita a través de los órganos integrantes de la Administración de Justicia, acatan la autoridad de dichos órganos, e incluso confían, o, al menos, aparentan confiar en la probidad, imparcialidad, honestidad y ecuanimidad de sus miembros, aceptando las reglas procesales, sin perjuicio de valerse de ellas y de todos los recursos defensivos a su alcance, para lograr una sentencia absolutoria o, por lo menos, una resolución definitiva lo más favorable posible, observando, durante las sesiones del juicio oral, una actitud deferente hacia el Tribunal y cooperante, dentro de su indeclinable derecho de defensa, con la actuación del mismo.

En los segundos, el acusado o acusados no reconocen la autoridad del Estado al que reputan un mero instrumento de opresión, desconocen la legitimidad de los órganos de la Administración de Justicia, los que, según ellos, son meros sicarios de la represión estatal, consideran al proceso penal como un simulacro de Justicia... Y se trae a colación esta distinción porque, si bien el juicio oral o fase plenaria del proceso penal constituye la fase estelar y fundamental del mismo, la que no puede reducirse a mero formalismo, hipertrofiando, con ello, la importancia de las diligencias policiales y sumariales, es lo cierto que, en los procesos de ruptura, los propios encausados imposibilitan el desenvolvimiento normal de la mencionada fase plenaria, la cual, de ese modo, o no existe en absoluto o queda reducida a un esquema inservible a los fines del proceso, por lo cual, de seguirse inexorablemente el axioma conforme al cual sólo las pruebas practicadas durante las sesiones del juicio oral son valorables, los procesos por terrorismo, esto es, por la perpetración de actos terroristas, gracias a la táctica de éstos, obstativa y entorpecedora, terminarían indefectiblemente con la absolución de los acusados, los cuales, merced a esa táctica, eludirían siempre la acción de la Justicia, logrando la impunidad de sus graves y antijurídicos actos.

En este caso, como en los que se enjuicia a grupos o bandas armadas, tras la declaración de uno de los acusados, la Sala de instancia tuvo que expulsar de estrados a los demás, renunciando la defensa a la prueba testifical, por lo que, durante la única sesión del juicio oral, nada se practicó ni resulta que pueda tomarse como elemento probatorio debidamente valorable. Sin embargo, en el sumario constan las siguientes actuaciones: declaraciones de los múltiples perjudicados o las de sus representantes legales, tasación de los daños causados por la explosión de los artefactos colocados por los presuntos inculpados, declaración en la que, la recurrente, en presencia judicial, en la de la Letrada y en la de la representante del Ministerio Público, ratificó las declaraciones prestadas ante la Policía, sin que se trate de una ratificación rutinaria y auto-mática, sino de una corroboración selectiva y minuciosa, en la que se le fueron poniendo de manifiesto cada uno de los hechos declarados, confirmando o no, en cada caso, su versión de lo sucedido y empleando, lo que siempre es revelador, el lenguaje característico de la organización GRAPO, esto es, diciendo que dicha organización no es terrorista y calificando a los atracos o robos como meros actos de expropiación, habiendo sido ratificado por la recurrente, cuanto se dice, durante la práctica de la declaración indagatoria, en presencia judicial y en la del Letrado. Por otra parte, los presuntos correos de la impugnante

también declararon positivamente, ante la Brigada Central de Información o ante la Comisaría de Barcelona, ratificando, en presencia judicial, sus declaraciones e incriminando a la recurrente como jefe o responsable del grupo armado que perpetró las acciones delictivas de autos, si bien, algunos de ellos, no todos, se desdijeron de lo dicho durante la práctica de la declaración indagatoria. Así pues, en autos obraban los suficientes acreditamientos para que el Tribunal de instancia, pudiera ejercer, válidamente, el soberano criterio apreciativo de la prueba, según la conciencia de los Juzgadores, que le concede el artículo 741 LECrim».

## **5. EL SECRETO DEL SUMARIO**

### **5.1. El secreto respecto de terceros: El artículo 301 LECrim**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado actual del secreto del sumario en las SSTC 13/1985, de 31 de enero y 176/1988, de 4 de octubre, cuya doctrina recoge la STS de 19 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7722):

«El artículo 301 LECrim que procede de su redacción originaria, cuando la fase de investigación judicial tenía un carácter netamente inquisitivo y no contradictorio, dispone que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones determinadas en la presente ley.

(...) Con carácter previo a esta disposición nuestro Texto Constitucional establece que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento, por lo que se debe llegar a la conclusión que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales, es ante todo una excepción a la garantía constitucional inscrita en el artículo 120.1 de la Constitución. Como destaca la STC 13/1985, de 31 de enero, la admisión que hace la disposición constitucional a la excepción a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información.

Si bien nadie discute que la fase sumarial o de investigación por medio de las Diligencias Previas, puede tener aspectos concretos salvaguardados por el secreto, conviene señalar que es necesario una interpretación estricta, no pudiendo, su mera alegación, suponer una limitación de más derechos que los específicamente afectados por la norma entronizadora del secreto. El secreto del sumario no quiere decir ni significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales.

Queda con ello relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial que no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de información sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados.

En realidad la integración del proceso penal tradicional en el marco tutelar de la Constitución exige una adecuación del alcance y trascendencia del secreto sumarial no sólo en torno al derecho a la información, sino en relación con el ejercicio del derecho de defensa, en aquellos casos en que el órgano instructor acuerda de manera expresa la declaración del secreto de las actuaciones por un período de tiempo determinado cuya extensión se establece en el párrafo segundo del artículo 302 LECrim. Este secreto específico tiene por objeto impedir que el conocimiento o intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y frustrar sus objetivos. En este caso como ha señalado la STC 176/1988, de 4 de octubre, no se interfiere el derecho de defensa, sino que se le suspende durante un período taxativamente limitado de tiempo y se le restituye íntegramente cuando se decide alzar el secreto.

Tiene sentido distinguir entre un secreto de primer grado o genérico, el del artículo 301 LECrim, y un secreto de segundo grado o reduplicado del artículo 302 del mismo Texto Legal. En el primer caso y sobre todo a partir de la modificación del artículo 118 LECrim, que permite al imputado tomar conocimiento de las actuaciones desde el momento mismo de la detención, existe una mayor permeabilidad de las diligencias

sumariales que son conocidas por las partes en su integridad, sin que ello quiera decir que estén destinadas a ser publicadas en los medios de comunicación de manera completa y textual.

La apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes intervinientes se consagra de manera expresa en el artículo 234 de la LOPJ que obliga al Secretario y personal judicial a dar a los interesados –que pueden no ser parte–, la información que soliciten sobre las actuaciones salvo que se hubieran declarado secretas conforme a la ley. La constatación de que las partes intervinientes en actuaciones sumariales que alcanzan un interés público relevante hacen manifestaciones a la salida de las dependencias judiciales relatando con mayor o menor minuciosidad, el contenido de las diligencias practicadas aconseja replantear cuál es el alcance y verdadero significado actual del secreto sumarial. En síntesis, lo que debe ser resguardado es todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la intimidad o seguridad de las personas inmersas en su proceso penal. Por el contrario, existen noticias que difícilmente pueden ser sustraídas a la información pública como las relativas a la detención y puesta a disposición judicial de una determinada persona. No es lo mismo publicar el dato relativo a la implicación de una persona en los hechos que están siendo investigados que dar detalles precisos de sus declaraciones o de las pruebas existentes en su contra.

Como señala la STC de 31 de enero de 1985, antes citada, la aplicación concreta del secreto sumarial requiere una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos que los estrictamente afectados. Solamente aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán ser difundidos, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido en sí mismo una revelación indebida.

El contenido del sumario se integra por datos o investigaciones determinadas que constituyen la esencia de lo que debe ser resguardado, pero ello no impide que las referencias genéricas a la materia y naturaleza del hecho investigado puedan ser conocidas sin desvelar las informaciones concretas que constituyen el núcleo central de la investigación judicial. No se puede limitar la noticia e información sobre el objeto de unas diligencias o sumario si no afectan al concreto contenido de las diversas diligencias practicadas.

El secreto sumarial se circunscribe, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esta consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de este marco delimitador el secreto del sumario considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones».

## **5.2. El secreto en cuanto a las partes: El artículo 302 LECrim**

«Como declaró la STC 176/1988, de 4 de octubre (F. 2), haciendo suya la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros [TEDH 1983, 14], y Axen [TEDH 1984, 3]; de 22 de febrero de 1984 [TEDH 1984, 3], caso Sutter), el derecho al proceso público reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 6 del CEDH, sólo es aplicable al proceso en su sentido estricto, esto es, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y de descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad (...)

Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el artículo 302 LECrim, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan inter-venir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto.



La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal, ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla; de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, de 4 de octubre), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada (STEDH de 18 de marzo de 1997 [TEDH 1997, 19], caso Foucher).

De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues... la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación contradicción».

Los precedentes fundamentos se recogen en la STC 174/2001, de 26 de julio, para la que «la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos (STC 176/1988, de 4 de octubre)...».

El Tribunal Constitucional ha acabado vinculando más estrechamente los efectos del secreto del sumario al derecho de defensa. En la STS 290/2014, de 21 de marzo, se recogían algunas consideraciones al respecto, al decir lo siguiente: La STS 73/2012, de 29 de noviembre recordaba que el secreto interno del sumario ha de ser una medida excepcional. La reforma procesal de diciembre de 1978 inauguró una nueva concepción de la fase de investigación (artículos 118 y 302 LECrim) trasladando a esa etapa algunas consecuencias de una anti-cipación y reforzamiento del principio de contradicción. Una investigación verificada en su integridad a espaldas de las partes pasivas no es compatible con el proceso penal de un estado democrático de derecho. La operatividad del derecho de defensa no puede quedar aplazada y arrinconada al acto del juicio oral.

Es todo caso hace muchos años que el Tribunal Constitucional convalidó la práctica habitual de considerar que el plazo de un mes al que se refiere el legislador (artículo 302) consentía prórrogas (vid. el temprano ATC 860/1987, de 8 de julio o la STC 176/1988, de 4 de octubre). El Alto Tribunal desconecta el secreto interno del sumario del derecho a un proceso público, vinculándolo al derecho de defensa (STC 174/2001, de 26 de julio).

La prolongación excesiva del secreto más allá de su estricta necesidad; o su implantación sin fundamento pueden en abstracto vulnerar el derecho de defensa. Solo en ese caso estaremos ante una infracción con alcance constitucional con eventual eficacia anulatoria de algunas actuaciones: muy excepcionalmente, todas o, generalmente, haciendo jurídicamente imposible utilizar determinado material probatorio obtenido en esos momentos. Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus: constatar que en efecto se han cercenado de manera relevante las posibilidades de defensa; no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. El abuso del secreto del sumario o su prolongación más allá de lo tolerado legalmente solo arrastra la nulidad cuando efectivamente se haya causado indefensión (vid. STC 174/2001, de 26 de julio o STS 1179/2001, de 20 de julio). Sucedería eso si, por ejemplo, no se ha podido preguntar contradictoriamente a un testigo (deficiencia soslayable si posteriormente ya alzado el secreto, hay posibilidad de un nuevo interrogatorio: STC 174/2001 o STS 1179/2001, de 20 de julio en decisión que ha considerado conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos la STEDH –caso Vaquero Hernández y otros contra España– de 2 de noviembre de 2010); o si se ha impedido proponer una prueba cuya práctica luego deviene imposible (STS 290/2014, de 21 de marzo).

De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial.

A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (artículo 302 LECrim)

que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues... la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa.

En este sentido se pronuncia la STC 100/2002, de 6 de mayo, insistiendo en que «la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales únicamente puede incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada (STEDH de 18 de marzo de 1997 [TEDH 1997, 19], caso Foucher, y STC 174/2001, de 26 de julio, F. 3)».

También la STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6376): «El secreto del sumario, acordado en este supuesto al inicio de la instrucción de la causa, supone un impedimento en el conocimiento y de la posibilidad de intervenir por el acusado respecto a unos hechos que se investigan con el objeto de posibilitarla sin interferencias o posibles manipulaciones dirigidas a obstaculizar la averiguación de los hechos. Resulta patente que una medida como la acordada supone una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión en la medida que el imputado puede ejercer plenamente ese derecho cuando la restricción se levanta una vez satisfecha la finalidad pretendida». En el mismo sentido la STS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2009, 3297); no hubo indefensión pues la recurrente conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarle y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y de igual manera se pronuncian las SSTS de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2009, 6614) y 15 de febrero de 2010 (RJ 2010, 3926).

Por su parte la STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5159) caso «atentados del 11M», hace las siguientes declaraciones: «al tratarse de una restricción de los derechos que la Ley reconoce a las partes, y principalmente al imputado, debe emplearse de forma cuidadosa, siempre justificadamente y sólo por el tiempo imprescindible. No precisa el precepto los casos o las razones que pueden ser tenidas en cuenta para adoptar tal medida de forma que pueda considerarse justificada. Sin embargo, ha de entenderse que, frente al derecho de las partes y muy especialmente del imputado, a conocer el contenido del proceso y a intervenir en las diligencias que se practiquen, se encuentra el interés de la Justicia, concretado en el esclarecimiento de los hechos, el cual pudiera verse negativamente afectado en algunos casos si las partes personadas conocieran en todo momento las orientaciones de la instrucción, tanto en relación con las decisiones que vaya adoptando el Juez instructor antes de que se haya llegado a su práctica, como respecto del resultado de algunas de las diligencias ya practicadas. La necesidad de compatibilizar ambos planteamientos determina que se trate de una medida excepcional, justificada generalmente en la complejidad de la investigación, o en la necesidad de impedir, en los casos de pluralidad de delincuentes o especialmente de delincuencia organizada, que los sospechosos ya personados puedan comunicar a los no personados el estado y la orientación de la pesquisa judicial, disminuyendo o suprimiendo así su posible eficacia a los fines de la Justicia. Más clara justificación puede encontrarse para esta medida en los casos en los que la delincuencia organizada sea además terrorista, pues entonces la necesidad de evitar, en algunas fases, la publicidad, aun restringida a las partes, de determinados datos disponibles para la investigación es indiscutible».

En la misma línea ha seguido pronunciándose la Sala Segunda en posteriores resoluciones. Así, en la STS 584/2015, de 8 de octubre se decía: El Tribunal Constitucional –por todas SSTC 174/2001, de 26 julio y 176/1988, de 4 de octubre– declara la constitucionalidad de esta medida y su compatibilidad con los derechos fundamentales, añadiendo que el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar si se ha producido o no indefensión. Así, ésta se producirá con independencia del tiempo más o menos prolongado de duración de la medida si su adopción no fue razonable o si no aparece debidamente justificada y, en todo caso, si no se concede la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas –sic– que en el sumario y bajo la vigencia del secreto hayan sido practicadas (en el mismo sentido las SSTS de 26 de diciembre de 2005, 11 de julio de 2003 y otras muchas).

Lo esencial no es si el secreto se prolongó más o menos tiempo sino si estaba justificado y si se produjo o no indefensión, lo que dependerá de que pudieran o no pedir diligencias de investigación, diligencias que son admitidas o denegadas por el instructor mediante auto susceptible de recurso ante la Sala, de modo que si denegadas por el instructor no se recurre la resolución correspondiente tampoco habrá indefensión.

Por lo tanto, habrá de examinarse si teniendo en cuenta la fecha de alzamiento del secreto pudieron o no las partes interesar nuevas diligencias y si solicitadas fueron denegadas, en cuyo caso sólo si fue recurrida la resolución denegatoria del instructor cabría potencialmente la producción de indefensión, pues si la parte se aquietó con la negativa no puede luego alegar el defecto como causa de nulidad.

Por último, aun dándose todos los presupuestos anteriores potencialmente productores de indefensión, habrá de comprobarse si ésta en efecto se produjo a la vista de la prueba propuesta, admitida y practicada por la Sala, pues sólo la vulneración del derecho de defensa en la extensión dicha despliega efectos anulatorios del proceso, constituyendo cualquier otra limitación indebida del derecho fundamental, un defecto o una irregularidad, reprochable o no, pero con alcance limitado no productor de nulidad.

Y en la STS 670/2015, de 30 de octubre se recordaba que el Tribunal Constitucional tiene afirmado (SSTC 41/1998, de 24 de febrero; 87/2001, de 2 de abril; y 174/2001, de 26 de julio) que el artículo 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se «haya fraguado a sus espaldas», de forma que el objetivo y finalidad del artículo 118 LECrim reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal.

Y también tiene establecido que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el artículo 302 LECrim, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide al mismo tiempo que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto.

La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (STC 176/1988, de 4 de octubre) ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (STC 176/1988); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher).

«La Ley señala dos plazos al regular el secreto del sumario. De un lado, el de un mes, como límite inicial, sin que la ausencia de una previsión expresa acerca de la posibilidad de prórroga impida que ésta sea acordada motivadamente, si las circunstancias de la causa lo aconsejan. De otro lado, el de diez días, para establecer la antelación mínima con la que debe ser dejado sin efecto, con la finalidad de permitir a las partes, especialmente al imputado, conocer lo actuado y solicitar consecuentemente las diligencias que considere conducentes a la defensa de sus derechos. Plazo, este último, que, por otra parte, debe ser ampliado con flexibilidad, en atención a su finalidad y en relación al volumen y complejidad de la causa.

El aspecto al que se refiere principalmente la queja del recurrente hace mención de la indefensión que entiende sufrida de forma no justificada a causa de lo que considera excesiva duración de la medida. Sin embargo, la existencia de indefensión no puede vincularse directa y únicamente con la duración de la situación de secreto de las actuaciones (STC 176/1988, F. 3.º). Debe ser tenido en cuenta no sólo ese aspecto de la cuestión, sino principal-mente si, una vez alzado el secreto, el imputado (especialmente) ha tenido la posibilidad de conocer la imputación y las bases probatorias sobre las que se asienta provisionalmente, así como la oportunidad de proponer la práctica de diligencias orientadas al establecimiento u obtención de pruebas de descargo. Oportunidad que, en relación a la práctica de pruebas, la STC 176/1988, F. 3.º, admitió con carácter muy general que pudiera concretarse tanto en fase sumarial posterior al secreto como en el plenario. La STC 100/2002 precisó, no obstante, que debe tenerse en cuenta a los efectos de apreciar indefensión el retraso en poner lo actuado en conocimiento del imputado hasta el acto del juicio oral, pues entiende que en ese caso no estaría en condiciones de preparar adecuadamente su defensa, citando la STEDH de 18 de marzo de 1997 (TEDH 1997, 19), Caso Foucher, y la STC 174/2001.

De otro lado, el hecho de que la declaración de secreto no afecte al Ministerio Fiscal se explica por la especial posición de éste en el proceso, como órgano con relevancia constitucional vinculado en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad (artículo 124 CE) en la defensa del interés público» (STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008, 5159]).

Como indica la STC 176/1988, de 4 de octubre, el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación, y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión por no impedir a la parte ejercerlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad (...)

Ciertamente, desde un juicio ex ante, por sucinta que se presente la motivación, resulta suficiente y su justificación razonada, pues fácilmente se desprende que la publicidad de las actuaciones, ponía en muy serio peligro la posibilidad de encontrar evidencias de los peculiares tratamientos, métodos y singulares diagnósticos que aquel inicial testigo describía, mientras que la proporcionalidad fue siempre ponderada, pues se trataba de delitos que potencialmente podían afectar a la salud de las personas y la restricción de la publicidad se mantuvo durante un período de tiempo mínimo, doce días. Resulta aplicable la jurisprudencia establecida en la STS 187/2015, de 14 de abril, cuando indica que el auto escueto, pero suficiente, no se dicta en el aire, sino en función de las diligencias practicadas que aconsejaban que no fueran conocidas por las partes para no perjudicar la investigación.

De otra parte, esta medida limitativa de la publicidad, indica la jurisprudencia constitucional, no afecta al derecho a un proceso público del artículo 24.2 de la Constitución que solo es predicable además de a la sentencia, al juicio oral en sentido estricto, pues sólo en él tiene sentido la publicidad y control de la justicia por la comunidad; podría afectar a la prohibición de indefensión, aunque la limitación en sí, no supone violación del derecho de defensa, pues éste encuentra su límite en el interés de la justicia, valor constitucional que plasma el artículo 302 LECrim, predicándose la constitucionalidad de esta medida en tanto venga objetiva y razonablemente justificada, en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para el aseguramiento de la protección del valor constitucional de la justicia y, cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, en esta fase o en juicio plenario, la oportunidad procesal de conocer y contradecir la prueba practicada durante el periodo secreto o proponer y practicar las contradictorias; tal como ha acontecido en autos (STS 167/2020, de 19 de mayo).

## **K) EMPLEO DE MEDIOS PREDISPUUESTOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS**

El hecho de haber dado valor a pruebas provenientes de elementos predispuestos para permitir el descubrimiento del autor del delito no vulnera el artículo 24 de la Constitución, ni el artículo 11 de la LOPJ (STS de 21 de junio de 1993 [RJ 1993, 5276]). Tales medios pueden ser personales y materiales. Entre los primeros van a examinarse los casos del agente provocador, el infiltrado, el confidente y el delincuente arrepenido. Entre los segundos se puede mencionar la utilización de elementos de escucha y grabación del sonido y de la imagen, aunque el estudio de su problemática se reserva, por razones de sistemática, para cuando se aborde el estudio de la identificación del delincuente y la intervención de las comunicaciones.

### **1. EL AGENTE PROVOCADOR**

«La teoría del delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y reiteradamente consolidada en la doctrina de la Sala Segunda que es la única que, al margen de la presunción de inocencia, puede y debe en legalidad ordinaria señalar los presupuestos, los requisitos, el ámbito y los efectos de tan controvertida figura jurídica» (STS de 3 de febrero de 1999 [RJ 1999, 409]).

La expresión delito provocado aparece por primera vez en nuestra jurisprudencia en la STS de 22 de junio de 1950 (RJ 1950, 979), que trató el caso de un empresario que, dudando de la honorabilidad de uno de sus empleados, se puso de acuerdo con un tercero para que le incitase a cometer un delito contra la propiedad con la finalidad de desvanecer o confirmar sus sospechas, y una vez ejecutado el delito formuló la correspondiente denuncia.

Delito provocado es, en definición de la STS de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3813) «el que surge por obra y estímulos de un agente provocador, quien toma la iniciativa a consecuencia de la que el provocado se decide a delinquir».

Con más precisión la STS de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7269) lo define, en puridad, como «aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador, no sólo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas». Esta definición se reitera en las SSTS de 8 de junio de 1984 (RJ 1984, 3531), 18 de junio de 1985 (RJ 1985, 3023), 25 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4444), 22 de junio de 1994 (RJ 1994, 5372), STS de 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2465), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6468), 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3813) y 16 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1068).

Son tres los elementos esenciales del delito provocado, conforme a la STS de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5603): a) Un elemento subjetivo constituido por la incitación desarrollada por el agente policial en un tercero para que cometa un delito. Es la creación del dolo de delinquir en un tercero, bien que esta inducción sea engañosa, lo que ignora el sujeto provocado. b) Un elemento objetivo/teleológico constituido por la detención del sujeto provocado y de otros que puedan existir. c) Un elemento material constituido por la total ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque toda la operación desde su ideación está bajo control policial. No hay tipicidad penal por lo que no cabe acción punible.

En nuestra jurisprudencia hemos abordado los presupuestos de validez de la actuación del agente encubierto, por todas STS 173/2019, de 1 de abril, y los límites para impedir la desnaturalización de ese instrumento de investigación, evitando el indeseable efecto una verdadera provocación al delito. Con cita de la STS 848/2003, 13 de junio, recuerda que «el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, general-mente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS 1344/1994, de 21 junio). Hemos dicho en la STS 1992/1993, 15 de septiembre, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «iter criminis», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (artículo 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

Pero, no existe delito provocado, como dice la STS 1114/2002, 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en

vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 enero, en el artículo 282 bis LECrim, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (artículo 282 bis LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial» (STS 525/2020, de 20 de octubre).

El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el FJ 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008: «Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones– no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».

En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) «... el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial», pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo (STS 204/2013, de 14 de marzo).

El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

El delito provocado se integra por tres elementos: a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir. b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido. c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción (STS 395/2014, de 13 de mayo).

En la STS 253/2015, de 24 de abril se admite como supuesto de delito provocado, con todos sus efectos, que la provocación tenga su origen en un particular que no está conectado con la Policía, pero que da lugar al surgimiento de la intención delictiva del sujeto con la finalidad, desde un principio, de comunicarlo a los agentes. Se dice lo siguiente: «A efectos de la provocación delictiva lo importante no es tanto que la policía esté interviniendo desde el primer momento, cuanto que quien tomó la iniciativa, haciendo nacer el propósito criminal en otros, actúe desde el comienzo con intención ajena a lo delictivo; fingiendo el propósito de burlar la ley pero con el decidido planteamiento de atraer la intervención de la policía para yugular el más mínimo conato de actividad delictiva y con exclusión por tanto de todo riesgo para el bien jurídico. Desde el inicio del iter criminis no se aprecia propósito criminal, sino la voluntad de generar en otro ese propósito inútil y condenado en una valoración ex ante a la más absoluta ineficacia pues deliberadamente, quien tiene el dominio de la acción y ha desatado su curso, actúa con la preconcebida idea de dar paso a las fuerzas y cuerpos de seguridad. El instante concreto en que estas inter-vienen es secundario. Lo decisivo es definir la inicial intencionalidad de quien desencadena la secuencia. Si ab initio está ya de forma inequívoca presente en ella el plan de activar la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad la acción no llega a invadir la esfera penal.

Lo definitivo no es si en el momento inicial existía ya connivencia con la policía, sino si existía una decisión previa clara y firme de conceder protagonismo a la policía».

El Tribunal Supremo viene considerando, de consuno con la doctrina científica, la impunidad de la conducta de quien realiza el delito precisamente como consecuencia de la inducción de un agente policial. Tal impunidad nace de la falta de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades,

cuya misión es la persecución y el descubrimiento de los delitos (STS de 14 de junio de 1993 [RJ 1993, 5005]); pues «tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la CE» (STS de 13 de febrero de 1996 [RJ 1996, 824], 14 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8202], 21 de enero de 1997 [RJ 1997, 325] y 1 de marzo de 2011 [RJ 2011, 2499]); «... lo que produce una radical invalidez probatoria de la prueba así obtenida» (STS de 11 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7224]). La STS de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7244) llega a decir que en los casos de delito provocado «se debe apreciar una condición de procedibilidad, deducible del principio del Estado de Derecho, conforme a la cual se invalida todo procedimiento en el que los agentes del Estado han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión».

Para la STS de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5603) «se trata de una rechazable e inadmisibles actuación policial que traspasa claramente los límites de la legalidad que deben constituir una barrera infranqueable para todo agente policial, la cita del artículo 11 de la LOPJ en cuanto determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades públicas, devendría de inexcusable aplicación, siendo por tanto nulo todo lo obtenido por esta vía. Nada hay más desmoralizador que el funcionario policial, garante del ordenamiento jurídico se convierta en su infractor. Ninguna eficacia policial puede predicarse de esta actitud. No existen atajos. La policía debe prevenir el delito no instigar a su comisión».

Por otro lado, la acción del provocado carece de los requisitos de tipicidad delictiva, al tratarse de un delito imposible por estar controlados sus resultados, y, en consecuencia, no se llega a poner en peligro el bien jurídico que protege el tipo penal. También falta la culpabilidad del agente, en tanto en cuanto el ilícito no surge como consecuencia de su libre y espontánea determinación de voluntad, sino que el mismo se comete por mor de la eficaz inducción del agente provocador. «Con tal proceder (dice la STS de 30 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 6468]) no se llega a descubrir un verdadero delito. El delito provocado es sólo el esbozo de un delito imposible que debe quedar impune por falta de dolo autónomo y, en definitiva, de tipicidad». Por tanto, como afirma la STS de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2346) «el delito provocado ha de ser rechazado, porque no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador».

Para la STS de 31 de enero de 1998 (RJ 1998, 106) «la causa exoneradora del delito provocado tiene su raíz en la voluntad viciada de quien lo comete y por ello, aunque desde otro punto de vista, hay que distinguir entre confidente o infiltrado y agente provocador, ya que mientras éste incide directa y principalmente en la comisión delictiva con anterioridad a su realización, viciando así la voluntad de quien lo lleva a cabo de modo material y directo, los dos primeros actúan con una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de la acción criminal ya realizada».

En la STS 253/2015, de 24 de abril, se examina la impunidad del delito provocado y su alcance, señalando que «Si el delito es provocado y unos intervinientes han sido mera correa de transmisión de la intención delictiva provocada, extendida a su vez a otros, a todos alcanza la impunidad. Quien decide participar en un delito ab origine provocado resultará impune, aunque la proposición efectuada a él no provenga directamente, sino de forma indirecta, del agente provocador (agente policial o colaborador). Y, más adelante, que por virtud de la doctrina del delito provocado: la provocación en cadena a través de instrumentos ignorantes aboca a la impunidad de todos los partícipes sin que sea dable seleccionar –no sería coherente con el fundamento de la teoría en nuestro derecho– entre quienes han sido directamente incitados por el agente provocador inicial y quien los han sido indirectamente».

Ahora bien, nuestra jurisprudencia distingue los supuestos impunes del delito provocado de la provocación policial para descubrir delitos ya cometidos. Tal distinción aparece por vez primera en la STS de 18 de abril de 1972 (RJ 1972, 1698), que excluye la doctrina del delito provocado «al caso bien distinto, en el que el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito... sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota, positiva o negativa, de espontaneidad respecto al acto último, meramente revelador del delito, afecte a la calidad, cierta, del mismo».

La distinción aparece con claridad meridiana en la STS de 8 de julio de 1999 (RJ 1999, 6205) que marca la diferencia «entre el agente provocador de un delito hasta entonces inexistente y el agente descubridor del

delito ya consumado. La primera situación es la del agente que con su intervención provoca intencionadamente que otros cometan la infracción. Es decir, les incita a la consumación con la intención de lograr así la condena de unos sospechosos. Método rechazable porque el provocador actúa de un modo engañoso, fingiendo un comportamiento que incita al delito, que por eso se llama delito provocado, infracción impune porque carece de realidad, es pura ficción si se tiene en cuenta que fue un tercero el que quiso que la norma penal se conculcara impetrando la defensa de la legalidad y la persecución de los delincuentes.

Distinto es el caso en que la actuación policial, aun utilizando medios engañosos, no origina el delito hasta ese momento inexistente, sino que sólo sirve para descubrir la infracción cometida con anterioridad. Porque ésta es una conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas».

Como señalan las SSTS de 13 de febrero de 1996 (RJ 1996, 824) y 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 409), en estos casos «la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma». Por eso, se lee en la STS de 8 de julio de 1999 (RJ 1999, 6205) «no estaríamos ante un delito provocado, sino ante un delito comprobado».

Otro matiz diferenciador recoge la STS de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3813), para la que «la distinción entre el delito provocado y una intervención policial dirigida a descubrir un delito se manifiesta en que la actuación policial se realice sobre personas que, en principio, no tenían intención de delinquir o, por el contrario, el descubrimiento de una situación o actividad preexistente y hasta entonces oculta. Así, cuando la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto un hecho, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía o cuando la interferencia de los funcionarios de policía no fue una inicial tentación criminógena, aunque sí de descubrimiento (STS de 18 de abril de 1972), nos encontramos ante una actividad de investigación.

La línea divisoria entre el agente provocador y la investigación de un hecho delictivo radica en la existencia, o no, de una actuación inductora que juegue al margen de la ley procesal penal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la realización de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad policial dirigida al descubrimiento de un hecho delictivo, el agente policial levanta una situación delictiva preexistente y se persigue un delito ya cometido».

También la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 1/1981, de 10 de julio, sobre «la responsabilidad del agente provocador», resolvió, conforme a lo expuesto, que «instar la venta de estupefacientes (delito provocado) aparentando miembros de la Policía Judicial su compra a quien está en posesión de ellos, es acción impune para el agente provocador por razón de conducta justificada, y acción punible para el provocado, porque el delito se hallaba ya consumado antes de la provocación en otra modalidad delictiva (tenencia para transmitir)».

La doctrina de la validez de la provocación para descubrir delitos ya cometidos se recoge, entre otras muchas, en las SSTS de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7269), 4 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1730), 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4023), 27 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9535), 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10469), 2 de julio de 1993 (RJ 1993, 5697), 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8223), 22 de junio de 1994 (RJ 1994, 5372), 1 de julio de 1994 (RJ 1994, 5556), 20 de enero de 1995 (RJ 1995, 17), 13 de febrero de 1995 (RJ 1995, 818), 14 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8202), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6468), 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 409), 8 de julio de 1999 (RJ 1999, 6205), 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 185), 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5603) y 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2499); y ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional en su STC 11/1983, de 21 de febrero, y por el TEDH en la sentencia de 15 de junio de 1992 (TEDH 1992, 51) (caso Ludi).

Ello es así, porque, como señala la STS de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7244) «los agentes de la policía no están obligados a revelar su carácter de tales a quienes ya han decidido la comisión del delito, sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, recogido en el artículo 24.2 de la CE.



Hasta ahora esta jurisprudencia no ha sido cuestionada desde la perspectiva del artículo 24.2 de la CE ni de la del párrafo 3.º del artículo 297 LECrim. No obstante que existen opiniones favorables a una prohibición total, en forma claramente mayoritaria, la actuación encubierta de la policía ha sido admitida, sin objeciones provenientes del principio del Estado de Derecho, en relación con hechos en los que tal actuación se lleva a cabo frente a personas sospechosas, sin distinguir si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución. Consecuentemente sólo cabe hablar de un agente provocador cuando la intervención tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible. Por el contrario, cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y la policía tiene sospechas fundadas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción del artículo 28. a) del Código Penal, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y, por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues éstos ya están obrando dolosamente».

Aplicando esta doctrina, la sentencia que se comenta condenó por tentativa de robo –excluyendo la tesis del delito provocado, que había sido asumida por la sentencia absolutoria de la Audiencia– a los acusados, que aguardaban ocultos a que una persona utilizara el cajero automático para asaltarla, siendo observados por policías de paisano, que para desbaratar sus planes se dirigieron al cajero simulando utilizarlo, siendo atacados por aquéllos. «La actitud sospechosa de los acusados justificaba la actuación policial para descubrir el plan delictivo. En tales condiciones no se puede afirmar que haya habido una actividad instigadora, toda vez que los acusados ya tenían decidido obrar en la forma en la que lo hicieron».

Conforme a lo expuesto, se puede decir que, en los casos de provocación policial, se castiga al sujeto provocado por las actividades preexistentes que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado. El matiz aparece con claridad meridiana en los delitos de tráfico de drogas; así, la STS de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1308) procedió a la absolución porque en el caso de autos «no quedó probada una anterior dedicación al tráfico o actividades preexistentes sino meros indicios o sospechas, ya que lo único probado y que fue objeto de enjuiciamiento fue la concreta operación de venta que motivó la condena, por lo que no puede ponerse en duda que ésta surgió como consecuencia de la instigación policial, tratándose del supuesto del delito provocado, que siempre fue declarado impune»; y la STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994, 5556) absolvió a los acusados porque «no hay constancia de que los inculpados poseyeran ya la droga con anterioridad y de que, mediante la intervención del agente encubierto, aflorara y se descubriera esa previa posesión, antes bien lo que se desprende de los hechos es que los acusados, tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís, se procuraron la droga con el propósito de obtener ganancias económicas... por lo que los acusados no hubieran decidido obtener la droga si no se hubiera producido previamente a la inducción policial mediante la oferta de comprar una importante cantidad de hachís».

## **2. EL AGENTE ENCUBIERTO O INFILTRADO**

El agente encubierto ha sido definido por la doctrina como aquella persona que integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con éstos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma y proceder, en consecuencia, a su desarticulación.

En la STS 682/2019 se cita la STS 853/2013, en la que se decía: «La sala de instancia ha rechazado con razón el calificativo de agente provocador para el agente infiltrado. Y es que, como resulta entre otras de la STS 1166/2009, de 19 de noviembre, la provocación delictiva es una inducción engañosa, que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando este, es decir, el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica».

La reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, introduce la figura del llamado agente encubierto informático mediante una reforma parcial del artículo 282 bis, previendo la posibilidad de que el juez de instrucción (quizá en el futuro, el juez de garantías) autorice a funcionarios policiales para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con la finalidad de investigar y aclarar delitos de los mencionados en el apartado 4 del mismo artículo o en el artículo 588 ter a. Además, se contempla la posibilidad de que, con autorización específica para ello, ese agente pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos.

El Tribunal Supremo ha admitido la validez de esta técnica de investigación, dándole el tratamiento de la prueba testifical. Así, la STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995, 818) expresa que «el infiltrado es, en calidad de testigo, otro factor importante a la hora de constituir la prueba. Si el arrepentido está en conexión con la figura del coimputado, el infiltrado, que a diferencia del anterior no es parte en el proceso, es un testigo evidentemente relevante que ha de ser relacionado con la figura del agente provocador... La credibilidad de sus manifestaciones, con menos complicaciones que el arrepentido, corresponde también a la íntima convicción de los jueces.

(...) El infiltrado no está dentro del proceso porque es un testigo cualificado que a su vez puede ser, o no, provocador de la infracción, que a su vez puede ser, o no, miembro de las Fuerzas de Seguridad.

La actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente».

La Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, introdujo el artículo 282 bis, regulando exhaustivamente la figura del agente encubierto. Dicho precepto sufrió dos modificaciones, primero por la Disposición Final 1.<sup>a</sup> 1.º a) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y por la Disposición final 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; ambas leyes de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que afectaron al catá-logo de delitos que se consideran como actividades propias de la delincuencia organizada, que permite al Juez de Instrucción competente y al Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, emplear esta técnica de investigación.

Este artículo 282 bis tiene su antecedente en el Derecho alemán, según señala la STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2499). «El término undercover o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o éstos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando –supuesto de las SSTS 25 de junio de 2007 y 6 de febrero de 2009– un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el artículo 282 bis, lo que no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior –lo que diferenciará uno y otro tiempo, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el n.º 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo–

Pues bien, tanto la doctrina penal como la jurisprudencia han abordado el análisis de esta figura desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial –con anterioridad incluso a la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, que reguló en nuestro ordenamiento, por primera vez, artículo 282 bis, la actuación de los agentes encubiertos– por la STC de 21 de febrero de 1983 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (artículo 126), la LOPJ (artículo 443); la LECrim (artículos 282 y siguientes) y la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo (artículo 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, por cuanto las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad, ni su condición pública, en organizaciones delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Así las SSTS de 4 de marzo de 1992, 21 de junio de 1993, 2 de julio de 1993 y 3 de noviembre de 1993 ya consideraban lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto, tal infiltración es práctica policial que no ofrece ningún reparo.

El problema que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencia, las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado sin que éste haya comparecido en el juicio oral (ver SSTC 146/2003, de 14 de junio, 41/2003, de 27 de febrero, 119/2002, de 25 de noviembre), no siendo factible tal posibilidad».

La inobservancia del precepto citado origina la prohibición de valoración de la prueba obtenida, con los efectos del artículo 11 de la LOPJ. Así lo afirma la STS de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9283). En el caso enjuiciado, la policía solicitó mandamiento de entrada y registro, afirmando desconocer la identidad del individuo que había informado de que el acusado tenía la droga en su domicilio, «pero la realidad era que los agentes de la Guardia Civil conocían al confidente del que se valieron en la investigación, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 282 bis LECrim, debió ser autorizada por el Juez de Instrucción en los términos de dicha disposición, cumpliéndose además con la obligación de aportar al proceso toda la información en su integridad. Es evidente que la prueba obtenida por este presunto agente encubierto no se ajustó a tales requisitos y que, por esa razón, ha sido ilegalmente obtenida. En efecto, si bien no se ha podido establecer más que por la declaración del Guardia Civil que en la investigación la Guardia Civil se valió de un agente encubierto o confidente, ni se ha podido precisar hasta qué punto esto es así, no cabe duda de que, ante la falta de aclaración de estos extremos por el Tribunal a quo, el principio in dubio pro reo exige la decisión más favorable al acusado.

Consecuentemente, la prueba obtenida mediante la entrada y registro, que es la que se dispuso por el conocimiento de hechos proporcionados por el confidente, está afectada por una prohibición de valoración en los términos del artículo 11 LOPJ».

En otras sentencias, como en la STS 575/2013, de 28 de junio, se ha dado menos trascendencia a algunas irregularidades, siempre que dejan a salvo los derechos constitucionales del sujeto. Así, en la mencionada se ha dicho que la jurisprudencia de esta Sala, relacionada con las posibles irregularidades cometidas en la autorización y/o ejecución de la medida del agente encubierto, ha relativizado el alcance de las mismas, siempre que esas infracciones no afecten al contenido material de los derechos constitucionales que, en un momento determinado, puedan converger.

También se recordaba que en la STS 154/2009, 6 de febrero, se decía que «... es totalmente cierto que esa actuación encubierta del agente británico se llevó a cabo con vulneración, tanto de las normas supranacionales, que establecen que «Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen», como de las internas que disponen la exigencia de la autorización por Juez o Fiscal español, con su correspondiente motivación, para la actuación del funcionario policial bajo identidad supuesta... Pero ello no significa que el recurrente, como consecuencia de semejante irregularidad, sin duda consecuencia, como la propia sentencia recurrida admite, de la grave descoordinación sufrida en la investigación de los hechos aquí enjuiciados entre autoridades de diferentes países, viera vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ni mucho menos aún, que la presencia del agente británico en aquella reunión conlleve el que «las pruebas obtenidas como resultado de dicha reunión son nulas de conformidad con lo previsto en el artículo 11 LOPJ y no pueden ser traídas ni valoradas por las autoridades judiciales españolas dado que para su obtención se incumple la legislación vigente en la materia», según se afirma en el recurso, pues los preceptos infringidos con la irregular actuación del agente no consagran al menos directamente, derecho fundamental alguno».

Y se añadía en la STS 1114/2002, 12 de junio, que «es cierto que en la fecha de los hechos no existía una previsión legal de las actuaciones del llamado agente encubierto. Pero eso no significa que su actuación haya de considerarse fuera de la ley y así lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala (STS de 5 de junio de 1999), que afirmó que la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en el empleo de agentes encubiertos no impide valorar como prueba sus declaraciones. Se trata de una actuación de la Policía Judicial en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en relación a la averiguación de los delitos y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (artículo 126 de la Constitución), que será lícita si no se convierte en una provocación al delito y no afecta de otra forma a derechos fundamentales, lo cual no consta que se haya producido en la investigación de los hechos objeto de la presente causa».

Por otro lado, la STS de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2499) advierte que en estos casos «la intervención policial puede producirse en cualquier fase del iter criminis, en el momento en que el delito ya se ha cometido

o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (artículo 282 bis LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial».

### 3. EL CONFIDENTE

La desconfianza hacia el confidente es evidente. La STEDH de 6 septiembre 1978 admitió su legitimidad como prueba, aunque después, con mayor matización, las sentencias del mismo Tribunal de 27 septiembre 1990 y 20 noviembre 1989 únicamente validaron las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder a su través como medios de investigación. La STS de 28 febrero 1991 (RJ 1991, 1564) manifiesta directamente esa desconfianza por el uso de los confidentes de que antes se ha hecho mención.

En cualquier caso es en el plenario en donde la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los Jueces valoren en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado. El Tribunal valorará todas las circunstancias concurrentes antes de otorgar su credibilidad. Las condiciones o razones que promovieron esa especial inter-vencción como infiltrado formarán parte pues del juicio de valor asumido finalmente por los Jueces».

(...) El inicio de una investigación policial a raíz de una confidencia, o su prosecución o avance con el auxilio de confidentes no es razón para la nulidad. Se tratará, eso sí, de verificar que existe prueba de cargo practicada con todas las garantías (y, entre ellas, la necesaria contradicción) para fundar la convicción de culpabilidad. Pero, que en el origen de las pesquisas se encuentre o pueda encontrarse una confidencia no vulnera derecho fundamental alguno ni es causal de nulidad o de ineficacia (STS 631/2019, de 18 de diciembre).

En todo caso, como evidencia la STS de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6696) «la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía... aparece proscrita en nuestro Ordenamiento. En primer lugar, en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente, por vulnerar el artículo 6.3.d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano constitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, reconocido en el artículo 24.1.º y 2.º de la CE. En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria, por desconocer lo prevenido en el artículo 710 LECrim, conforme al cual los testigos de referencia precizarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado...».

Cuando las informaciones vienen acompañadas de otros datos corroboradores, o ellas mismas son las que funcionan como elemento corroborador de otros y, por supuesto, sin necesidad de desvelar la identidad del informador, unas noticias confidenciales pueden coadyuvar a conformar el soporte indiciario necesario para una intervención de las comunicaciones (SSTS 27/2004, de 13 de enero o 77/2007, de 7 de febrero). La STS 834/2009, de 29 de julio aclara en ese sentido que la policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente, pero que en ese caso esa no puede ser la única base para una medida restrictiva de derechos, de lo que se infiere que sí puede ser el desencadenante de la investigación y además un dato complementario de una base indiciaria plural (STS 174/2021, de 25 de febrero).

La STS 552/2015, de 23 de setiembre, llama la atención sobre el cuidado con el que deben ser valoradas las declaraciones procedentes de personas que se mueven en el ámbito de los confidentes policiales. Se dice, así: «Ciertamente, el tipo de relaciones motivadas por colaboraciones como las de que se trata, producidas, por lo general, en un régimen de plena falta de transparencia e interferidas por intereses muchas veces asimismo poco claros y no necesariamente limpios, hace que las informaciones generadas en tal contexto deban ser tomadas con especial cautela y contrastadas muy cuidadosamente con las de otra procedencia; pero no simplemente descartadas».

Pero a renglón seguido, la referida sentencia recuerda que «la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (sentencia Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, sentencia Windisch, de 27 de septiembre de 1990 [TEDH 1990, 21]).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la confidencia como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa. Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones confidenciales no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas».

En este sentido, en relación con la exigencia de indicios suficiente para justificar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, la STS 535/2015, de 14 de setiembre, recordaba: Ciertamente el origen de esa noticia puede ser una confidencia en el ámbito policial, con o sin conocimiento de la persona confidente. Al respecto conviene recordar la doctrina jurisprudencial conforme a la cual no es suficiente la mera mención de tales fuentes (SSTS 203/2015, de 23 de marzo y 1497/2005, 13 de diciembre). Como recuerda nuestra STS 412/2015 de 30 de junio: Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a contrastar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. En este mismo sentido se han expresado, entre otras muchas, las SSTS 1047/2007, de 17 de diciembre; 25/2008, de 29 de enero; 141/2013, de 15 de febrero y 121/2010, de 12 de febrero.

También en la STS 412/2015, de 30 de junio, en la que se decía que la jurisprudencia ha considerado insuficientes las meras noticias confidenciales para justificar la restricción de derechos fundamentales. En este sentido, en la STS 203/2015, de 23 de marzo, se decía: «En consecuencia, la mera mención de fuentes confidenciales no es suficiente para justificar tal invasión en los derechos fundamentales y así se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, como es exponente la STS 1497/2005, 13 de diciembre, en la que se recordaba que las noticias o informaciones confidenciales, aunque se consideren fidedignas, no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de los derechos fundamentales (cfr. STC 8/2000, 17 de enero). Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a «fuentes o noticias confidenciales». Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a contrastar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida...

Y, más adelante, se afirma: Es cierto que no es exigible la identificación del confidente, que, de existir, permitiría atribuir a una persona la afirmación inculpativa, pero también lo es que una restricción de un derecho fundamental no puede basarse en algo tan inverificable como las noticias confidenciales. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala».

En la misma línea, la STS de 6 de mayo de 2011 (JUR 2011, 184220), recuerda que la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido las SSTS de 26 de setiembre de 1997 y 4 de marzo de 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTs de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 815) y 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 4712) que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues ésta requiere que se haga constar la identidad del denunciante, como exige el artículo 268 LECrim pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los artículos 287 y siguientes LECrim, elevando al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no exista causa penal abierta, teniendo el valor de denuncia y obligando a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC 8/2000, de 17 de enero y STS 347/2021, de 28 de abril).

En esta dirección la STS de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3379) ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquélla, pues un anónimo no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión (STC Pleno de 23 de octubre de 2003).

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a «fuentes o noticias confidenciales». Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto, es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquéllos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional –STC 167/2002– cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones «lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación».

No obstante, la STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 599) rechazó la tacha que hizo la defensa del condenado a la aportación al proceso y valoración de un fax, que se realizó por un confidente sin la existencia del preceptivo control judicial en su obtención, lo que tiñe de ilegalidad a dicha prueba, según el recurrente, pues la policía no participó en la consecución de dicho fax, sino que lo recibió de un confidente, y a pesar de ello tal recepción no se produce en concepto de denuncia, sino que se utiliza como prueba de cargo.

El Tribunal Supremo se remite a la sentencia de la Audiencia que resuelve certeramente la cuestión de la aportación del telefax, como documento al proceso. «En tal sentido nos dice: ... no es que la policía haya intervenido la línea telefónica para obtener el fax, sino que el documento llega a su poder por entrega de otra persona... Ningún dato tenemos para afirmar que ha sido obtenido el documento ilegítimamente, la actuación policial entra dentro de la normalidad, de la misma manera que si hubiera llegado a su poder un documento anónimamente, y podría la defensa que sostiene la ilicitud haberla probado de existir...».

Por otro lado hemos de tener presente que concluido el proceso de comunicación del fax, más próximo al derecho al secreto de la correspondencia (comunicación postal) que a las intervenciones telefónicas, como lo plantea el recurrente, el documento pasa a formar parte de los papeles o documentos privados del receptor, que merecen protección constitucional, pero lo que el tribunal de instancia ha entendido es que no se ha probado ninguna irregularidad con la aportación del documento por un confidente, pues ello nos está indicando que el poseedor legítimo, evitando la implicación en un proceso delicado con policías acusados, ha optado por desprenderse voluntariamente del mismo entregándolo a terceras personas, para que surta efectos en la causa, sin figurar él en la misma. La regularidad de la aportación parece razonable, pues no es normal que un documento comprometido de este tipo se extravíe o se sustraiga, dado el nulo interés que para un tercero puede revestir.

Consiguientemente en defecto de otros datos es conforme a la lógica y experiencia concluir que el impulso en la aportación a juicio partió de persona legitimada para ello (propietario del escrito) aunque se sirviera de otros para hacerla llegar al tribunal que conoce de la causa.

#### **4. EL DELINCUENTE ARREPENTIDO**

La problemática del delincuente arrepentido se plantea en los procesos por delitos de terrorismo y tráfico de drogas, toda vez que los artículos 579 y 376 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, relativos respectivamente a tales figuras penales, dispensan un trato penal más favorable, consistente en la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados, «al delincuente que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas... para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables...». La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce un nuevo artículo 570 quáter, que en su núm. 4 extiende este beneficio a los miembros de las organizaciones y grupos criminales.

Si el arrepentido es a la vez coimputado, como suele ocurrir, es de aplicación toda la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la necesidad de contar con algún elemento de corroboración como requisito previo a la determinación de la credibilidad. Con otras palabras, la declaración de un coimputado no es valorable si no cuenta con un elemento externo de corroboración. Aun así, la declaración en estos casos despierta algunas reticencias que, no impiden su valoración como prueba de cargo, pero que no se ocultan en la jurisprudencia, cuando de la colaboración se desprenden beneficios para el arrepentido. En la STS 521/2015, de 13 de octubre, se examina esta cuestión. Se dice: En cuanto a los beneficios procesales obtenidos por el coacusado como consecuencia de su aceptación de los hechos son inocultables, pero eso no desacredita sin más sus declaraciones ni anula su eventual valor probatorio. Ciertamente en el momento de valorar la declaración de un coimputado hay que sopesar si actúa impulsado por el exclusivo deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). Toda una tradición doctrinal mira con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por una vía indirecta de valoración probatoria. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditación. En materia de medio ambiente incluso algún texto del Consejo de Europa ha aconsejado dotar de contornos legales al infractor arrepentido. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser tomado en consideración, pero no necesariamente lleva a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza por ser perfectamente congruente con el resto del elenco probatorio puede basar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad que el Tribunal de instancia no ha detectado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente, este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas SSTS 279/2000, de 3 de marzo o 197/2013, de 23 de enero). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto *Corneils v. Holanda* abunda en esas ideas.

El Tribunal Supremo en la STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995, 818) ha señalado que «la figura del arrepentido, en el contexto de lo que ha sido denominado prueba cómplice, supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Este informador debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 135).

En la valoración de esta prueba habrá de ponderarse, por tanto, la circunstancia de gozar de un trato penal, y a veces procesal, más beneficioso, que puede restar credibilidad a su testimonio, lo cual no es obstáculo para admitir su validez si se acredita como veraz mediante otras pruebas que lo corroboren, por lo que, como ha señalado la doctrina, la exigencia de atender su demostrada credibilidad es, en estos casos, inexcusable. En este sentido se pronuncia la STS de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 5565), que apunta que «el mero hecho de pretender que sea reconocida de alguna forma la colaboración de la Justicia no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del coimputado, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar».

Para la STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8713) la circunstancia de que el arrepentido puede ser beneficiario de las atenuantes previstas en el artículo 376 del Código Penal, «obligó al Tribunal a quo a exponer las razones por las que entendía que su declaración no estaba influida por la expectativa de obtener una reducción de la pena, especialmente en este caso donde la Audiencia sólo ha podido considerar declaraciones, no corroboradas –no existía ningún elemento corroborante de sus afirmaciones–, como simplemente verosímiles. Es evidente que casi todo lo que se afirme de una persona que no responda a un desconocimiento de las máximas de la experiencia es verosímil. Cualquier acción humanamente posible atribuida a una persona con capacidad de acción es verosímil y ello significa que, en verdad, la verosimilitud no es un criterio de credibilidad que pueda operar como única corroboración de la inculpación».

El Tribunal Constitucional sigue en esta materia la misma doctrina del TEDH que pone de relieve la problemática probatoria de la declaración del coimputado en relación con la figura del pentiti o arrepentido, propia del derecho procesal italiano pero incorporada a otros ordenamientos para la lucha contra la criminalidad organizada, señalando «que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales...». Por eso el Tribunal exige que las declaraciones de arrepentidos sean corroboradas por otros medios de prueba (STEDH, Labita vs. Italia, 6 de abril de 2000) (STS 273/2014, de 7 de abril y STS n.º 168/2019, de 28 de marzo).

«Por otra parte, es evidente y no requiere demostración alguna, que tales imputaciones no permiten al que las deba soportar contradicción alguna, fuera de su negativa. Ello determina que los jueces a quibus hayan decidido sobre una u otra versión sin ningún apoyo exteriormente controlable. Las consideraciones de la sentencia referentes a los datos para la identificación del recurrente proporcionados por el coencausado, convertido en testigo por un procedimiento poco ortodoxo, no pueden tener el significado de una verdadera corroboración. En efecto, la identificación forma parte de la inculpación carente de todo elemento que la respalde y, como tal, no es una corroboración, sino el elemento que revela la dirección de la inculpación.

En suma: tratándose de una única declaración testifical, proveniente de un coprocesado que puede obtener beneficios personales y que carece de todo elemento objetivo que lo pueda corroborar, el Tribunal debió fundamentar de una manera convincente qué razones tuvo para acordar credibilidad a un testimonio en principio poco fiable. La simple remisión a la verosimilitud de las declaraciones de este testigo no puede constituir ningún fundamento admisible, pues la negativa del inculpado no deja de ser –abstractamente considerada– tan verosímil como la acusación.

La exigencia de motivación especial en estos casos se deduce de la noción de un proceso con todas las garantías, en la que el principio de contradicción y el derecho de defensa constituyen un aspecto nuclear de las garantías del imputado. El carácter implícito de esta materia en el concepto de debido proceso o de proceso con todas las garantías se pone en nuestros días de manifiesto en la reforma del artículo 111 de la Constitución italiana. En efecto, el nuevo artículo 111, sancionado el 10 de noviembre de 1999 se introdujo como garantía procesal del giusto processo, de forma análoga al artículo 6 CEDH y al artículo 24 CE. En cumplimiento de esta nueva norma constitucional el Senado de la República aprobó el 11 de noviembre de



1999 una modificación del artículo 192 del Código de Procedimientos Penales, que establece los criterios de valoración de la prueba, expresando en el núm. 3 del mismo que las declaraciones del coimputado del mismo delito... se deben valorar conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad» (STS de 15 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8713]).

Por otro lado, la obtención de beneficios por el coimputado, derivados de la confesión efectuada, no supone por sí misma la imposibilidad de valorar su declaración como prueba de cargo. El CP contempla la figura del arrepentido colaborador para considerar la posibilidad de una reducción de la pena imponible. Es un dato a tener en cuenta en el momento de determinar la fiabilidad de la prueba, lo cual habrá de hacerse en relación con el resto de las pruebas existentes y con la consistencia de los elementos de corroboración disponibles (STS 482/2020, de 30 de septiembre).

Esta doctrina es recogida mutatis mutandis por la STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 443), que analiza el valor de la declaración de la persona que dijo haber comprado la droga a la acusada. Este testigo había manifestado que hizo esa declaración porque la policía le prometió, hallándose detenido, que le llevaría a la Cruz Roja a por metadona y que no hubiera hecho la imputación si no necesitara la metadona, pues teme a la denunciada y a su familia. «También aquí se trata de un testigo que declaró, detenido en otra causa y que recibió un beneficio concreto a cambio de una declaración inculpatoria que no puede ser corroborada con ningún elemento objetivo. Por tal razón la Audiencia estaba obligada a motivar específicamente su convicción, pues ello surge de la noción misma de un proceso con todas las garantías... Falta toda fundamentación del Tribunal a quo de las razones por las que estimó que la contrapartida ofrecida al testigo protegido no tenía incidencia en la veracidad de una inculpación carente de corroboración objetiva, y ello determina que no sea posible establecer si la única prueba en la que se fundamenta el fallo condenatorio ha sido valorada sin contradicción de las reglas de la lógica o de los principios de la experiencia».

De todos modos, como ha señalado la STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995, 818) «aun en el caso de que las manifestaciones del coimputado, o correo, fueran debidas a motivos deleznable o espurios, no podría hablarse de prueba nula sino en todo caso de prueba ineficaz, con lo que tampoco serían nunca deleznable aquellas otras pruebas directa o indirectamente derivadas de tales declaraciones».

Finalmente podemos mencionar en este epígrafe, como otras medidas de fomento de la delación, los supuestos contemplados en los artículos 59 (colaboración contra redes organizadas) y 59 bis (víctimas de la trata de seres humanos) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la reforma operada por las Leyes Orgánicas 2/2009, de 11 de diciembre y 10/2011, de 27 de julio, a los que es aplicable la doctrina analizada referente al delincuente arrepentido, al guardar identidad de razón.

## **5. EMPLEO DE MEDIOS MATERIALES**

La STS de 21 de junio de 1993 (RJ 1993, 5276) declaró que «no vulnera el artículo 24 CE (ni el 11 LOPJ) el haber dado valor a pruebas provenientes de elementos predisuestos para permitir el descubrimiento del autor. En el caso los responsables del Ayuntamiento utilizaron una sustancia reveladora fluorescente que sirvió luego para demostrar que el procesado había sido el autor de la sustracción de los billetes marcados de esa forma. En efecto, tal medida no pudo haber servido para inducir al procesado a cometer el delito, pues éste no tuvo conocimiento de la marca de los billetes antes de la realización del hecho y, además, es impensable que, si lo hubiera sabido, ello hubiera creado en él la disposición de cometer el delito. Se trata, como es claro, de una medida oculta de vigilancia que, si bien no sirve para prevenir el hecho, permite el descubrimiento ex post facto del autor y, de esta manera, constituye una medida indirecta de protección de bienes patrimoniales que, a pesar de no impedir la comisión del delito, sirve para apartar en el futuro al autor descubierto y prevenir de esa manera la repetición del hecho. De esta forma no se vulnera el derecho a la igualdad, dado que el autor no es discriminado ni antes ni durante el proceso, así como tampoco se contraviene ninguna de las garantías establecidas para la obtención de las pruebas».

Distinto es el caso contemplado en la STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 573), en el que la Defensa del acusado de un delito de agresión sexual, trató de aportar al proceso una grabación hecha a la denunciante los días previos al juicio, de una entrevista de trabajo simulada, captada con engaño y desconocimiento de ésta, así como el documento informe realizado por el detective privado autor de la grabación, para tratar de desacreditar el testimonio de la víctima y negar la existencia de ciertas anomalías psíquicas de la misma.

El Tribunal considera que «la prueba adolece de ilicitud en su génesis. Con engaño y desconocimiento de la afectada se simula una entrevista para conseguir un puesto de trabajo. También se visionaban secuencias de su vida privada. Éstas, aunque se hayan producido en público, están amparadas por el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que no deben utilizar terceros en su propio beneficio.

Tampoco el origen de la prueba y su desarrollo ofrecen garantías, ya que se realiza por una de las partes con un enfoque parcial y preparado y con finalidades de preconstitución probatoria programadas con antelación. Consecuentemente el sentido, contenido, desarrollo y circunstancias de la entrevista se han materializado desde una óptica interesada.

En cualquier caso, el tribunal sentenciador que es quien debe apreciar la credibilidad de un testigo o perito, en este caso no la estimó pertinente, porque a través de los médicos y psicólogos la enfermedad o secuela del síndrome de estrés postraumático que padece la ofendida había sido técnicamente determinada.

La Audiencia pudo valorar con plena inmediación si la ofendida mentía en el juicio o mentía en la entrevista a la que fue sometida ficticia y fraudulentamente. Cuando una persona tiene dificultades en obtener un trabajo por sus padecimientos, si se le ofrece uno que imperiosamente necesita, es natural que oculte o disimule las limitaciones o inconvenientes que le impidan o dificulten la obtención de dicho trabajo.

Por lo demás el aspecto externo o comportamiento de una persona no es determinante para diagnosticar que un padecimiento psíquico no existe o ha remitido. Los de tal naturaleza no suelen manifestarse externamente o pueden hacerlo de modo engañoso. Por eso resulta extraño que el recurrente no haya acudido a la prueba pericial médico-psiquiátrica o psicológica para desvirtuar un dictamen que tiene un apoyo científico y está respaldado por varios expertos, que en su condición de peritos han depuesto en juicio con posibilidades de contradicción de todas las partes procesales».

La STS 214/2018, de 8 de mayo, recoge la jurisprudencia que ha declarado: «la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad cuando una persona, graba sus propias conversaciones con terceros, con exclusión de aquellos supuestos relacionados con la provocación delictiva o su empleo como medio de indagación desde estructuras oficiales de investigación delictiva, o que afectan al núcleo de la intimidad. También ha de añadirse los supuestos en los que el contenido de lo grabado es divulgado, ocasionando un daño a la intimidad para lo que habría de estarse al contenido, íntimo o no, de lo que se divulga y ha sido obtenido de forma irregular. Salvados esos escollos, de provocación, de empleo por parte de una institución pública de investigación, o de vulneración del derecho a la intimidad, su utilización podrá ser considerada inapropiada, o cuestionada éticamente, pero no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones».

En consecuencia, y a la luz de la extensa doctrina jurisprudencial expuesta, de la doctrina del TC y del TEDH, pueden ya sentarse una serie de conclusiones.

- 1.º) La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.
- 2.º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
- 3.º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los artículos 588 y siguientes LECrim.
- 4.º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.
- 5.º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que

podrían ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

6.º) La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado.

Desde lo expuesto ninguna lesión se produce cuando el inicio de las actuaciones resulta de las grabaciones que una persona aporta a la investigación y son objeto de la pesquisa policial y judicial, sujeta a los principios y garantías propios de un sistema procesal observante de los derechos fundamentales.

Ahora bien, una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría de un hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple noticia criminis, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso (STS 507/2020, de 14 de octubre).

## **L) LA PUBLICIDAD DEL PROCESO Y SUS EXCEPCIONES**

«El alcance y contenido del derecho a un proceso público, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, debe fijarse partiendo del artículo 10.2 de la Carta Magna. Este derecho fundamental, en materia penal (ya que ésta ofrece específicas singularidades) está reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 14 del Pacto Internacional de Nueva York y 6 del Convenio de Roma. Su finalidad consiste en evitar una justicia secreta, que, por serlo, escapa al control social que, sin duda, en un Estado Democrático como el nuestro, es muy importante. Es un contrasentido que se oculte a quienes son titulares de la soberanía el ejercicio de uno de los Poderes, el Judicial. La publicidad es una garantía importante. La Justicia en la fase de plenario ha de administrarse de tal manera que los ciudadanos y los medios de comunicación, que son vehículos de unión indispensables y especialmente cualificados entre los centros de poder y la ciudadanía, puedan presenciarlos. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que están carentes los que se realizan privadamente o sin publicidad» (STS de 16 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 6950]).

«El derecho al proceso público se caracteriza, conforme a la jurisprudencia del TEDH, a través de un elemento positivo: el consistente en ser uno de los medios de promover la confianza del pueblo en los órganos judiciales, y de otro de carácter negativo, que radica en evitar el secretismo en la dispensa de justicia y que por ello escapa al control de público (sentencias de 8 de diciembre de 1984 –caso Pretto– y 22 de febrero de 1984 –caso Sutter–). Según expresa la STEDH de 22 de mayo de 1990 (caso Weber): el derecho a que los debates sean públicos constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo, dado que es una forma eficaz de evitar la arbitrariedad o al menos de controlarla. Conforme se ha señalado doctrinalmente, el Tribunal acoge implícitamente el brocardo sajón expresivo de que la justicia se debe hacer viendo cómo se hace justicia (Justice must done and must be seen to be done). En similar sentido, la STC 96/1987, de 10 junio señala que el artículo 6.1 del Convenio protege a las partes contra una justicia secreta y tiene dos finalidades: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales; y la STC 64/1994, de 28 febrero, señala que su finalidad o razón de ser no es otra que la de posibilitar que el funcionamiento de los tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables.

Y este derecho fundamental ostenta, entre otras, las notas siguientes:

a) Se trata de una norma jurídica perteneciente al derecho general y por ello las excepciones que se dirán, en cuanto correspondientes al *ius singulare*, deben ser objeto de interpretación restrictiva como todas las de tal naturaleza (Paulus, Dig. I, XIII, 14: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad*

consecuencias); y así se desprende de la norma contenida en el artículo 9.3 de la CE y de la jurisprudencia del TEDH (sentencias de 28 de junio de 1981: caso Le Compte y otros, y de 10 de febrero de 1983: caso Albert y otro), y del Tribunal Constitucional (STC 65/1992, de 29 de abril: supone una excepción al derecho a un juicio público).

b) Pero al tiempo, en cuanto configura un derecho fundamental de prestación y no reaccional, tal derecho no tiene carácter absoluto, sino que es limitable no sólo por ley que respete su contenido esencial (artículo 53.1 CE), sino por las excepciones previstas para cada caso normativa y superconstitucionalmente (artículo 10.2 de la misma CE) por los Pactos Internacionales, que son así lo que doctrinalmente ha sido estimado como derecho superior o, como se ha dicho en el mundo anglosajón, un higher law.

c) Obviamente, tal aplicación de la normativa singular requiere inexcusablemente tres modulaciones: 1.º) Inclusión en uno de los supuestos previstos por las normas procesales (artículo 120.1 CE) o en los ya expresados artículos 14.1 del PIDCP y 6.1 del CEDH: razones de moralidad, orden público, intereses de los menores o protección de la vida privada de las partes. 2.º) Motivación del acuerdo (artículos 680 LECrim y 232.2 LOPJ) mediante el que se adopta la restricción o limitación del derecho fundamental (STC 65/1992, de 29 de abril). 3.º) Atinencia estricta a los términos de la autorización judicial habilitante de la limitación: que con arreglo a los expresados artículos de los Pactos Internacionales puede afectar a la totalidad o a parte de los juicios.

d) Finalmente, la vulneración del derecho requiere que el recurrente alegue (cuando menos) en qué sentido le produjo indefensión la vulneración alegada, pues ello es lo que reiteradamente señala el Tribunal Constitucional y esta Sala y da sentido último al derecho unitario al proceso justo o legalmente debido que establece el artículo 24 CE. Como señala la STC 181/1994, en definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela efectiva y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto».

Los precedentes fundamentos, recogidos en la STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995, 820) (también en la STS de 11 de marzo de 1998 [RJ 1998, 2355] –Caso Otegui–), vienen a ratificar la doctrina contenida en la STS de 30 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7998), que de forma explícita había declarado que el artículo 680 LECrim debía entenderse modificado, ampliándose los casos de su párrafo 2.º con los enumerados en la LOPJ (artículo 232.2) y en el CEDH; y en la citada STS de 16 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6950), expresiva de que «los derechos de la víctima, el respeto debido a su honor u honra, a su dignidad, a la privacidad de la vida, cuando se trata de ciertos delitos, como el de violación, puede aconsejar que el proceso en su fase de plenario se celebre a puerta cerrada..., sin que por ello resulte vulnerado el derecho de defensa, ya que es la sociedad la que se ve privada de un derecho, aunque incida en quienes son parte, porque pueden esperar del Tribunal una mayor justicia si el pueblo presencia el juicio»; decisión que adoptó con acierto el Tribunal de instancia, de forma motivada, «recogiéndose la resolución en el acta correspondiente sin necesidad de auto independiente (artículo 743 LECrim), sin que contra la misma cupiera recurso alguno, de acuerdo con el artículo 680 LECrim».

Todo lo contrario sucedió en el caso referido en la STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8100), en que el juicio por agresión sexual se celebró a puerta cerrada sin haberse seguido el trámite del artículo 680 LECrim.

«Es cierto –se lee en esta sentencia– que el derecho del acusado a un juicio público puede ceder ante exigencias de moralidad, orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática, perjuicio de los fines de la justicia, protección de la vida privada de las partes o de personas menores y respeto a la persona ofendida o a su familia, excepciones que resumen las, en parte coincidentes, que describen el artículo 680 LECrim, al 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el 6 del CEDH de 1950, pues constituyen los dos últimos textos citados parte integrante de la legislación interna española tras su adecuada ratificación y publicación. Pero cuando tales circunstancias concurren han de expresarse en la resolución del tribunal, que previamente deliberará al respecto y que resolverá acordando la supresión de la publicidad del juicio mediante auto motivado, como dice expresamente el citado artículo 680 LECrim, subrayando así la necesidad de explicar en la resolución las razones que motiven la excepción legitimadora de suprimir en el caso concreto la garantía constitucional de que el juicio sea público. En este sentido se han orientado varias sentencias del TEDH incluso respecto a procedimientos disciplinarios que han subrayado la garantía que constituye el principio de publicidad para los justiciables contra una justicia secreta que escapa de la

fiscalización del público y redundante también en la preservación de la confianza en los tribunales (sentencias De Moor, de 23 de junio de 1994, Diennet, de 26 de septiembre de 1995, Stallinger y Kuso de 23 de abril de 1997, Gautrin, de 20 de mayo de 1998 y Serré de 29 de septiembre de 1999 [TEDH 1999, 43]).

En este caso el Tribunal acordó realizar el juicio a puerta cerrada al inicio de la celebración del acto, sin que conste existiera previa deliberación al respecto de sus miembros ni hacer constar la decisión en forma de auto que contuviera una motivación pertinente y adecuada con las circunstancias que pudieran justificar la derogación para el caso concreto de la garantía constitucional protectora del encausado, quien se vio así privado de ella de forma arbitraria por la ausencia de expresión de motivos de la privación ni pueda adivinarse cuál fuere la causa para la celebración no pública. Ello constituye una denegación injustificada de una garantía constitucional del acusado que ha de dar lugar a anular toda la parte del proceso que se inició en el momento de comienzo del juicio que habrá de repetirse con la adecuada publicidad a que el acusado tiene derecho».

Un problema similar se contempló en la STS 44/2015, de 29 de enero, aunque en este caso se entendió que la decisión estaba justificada. El artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a un proceso público. Y el artículo 120 dispone que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. El artículo 232 de la LOPJ admite que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones. En relación al juicio oral, el artículo 680 LECrim, luego de disponer la publicidad del plenario, bajo pena de nulidad, contempla la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar, tras consulta del Presidente realizada de oficio o a petición de los acusadores, que las sesiones se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia, consignando su acuerdo en auto motivado.

Generalmente, por lo tanto, el juicio oral será público, lo que constituye una garantía orientada al mejor control social del ejercicio de la jurisdicción, evitando así el desarrollo de una justicia oculta a los ojos de los ciudadanos. No obstante, este principio admite restricciones cuya razón de ser está bien recogida en el artículo 6.1 del CEDH, cuando, luego de establecer que la sentencia deberá ser pronunciada públicamente, dice que «el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

En este caso, la acusación particular solicitó la celebración a puerta cerrada, y el Ministerio Fiscal apoyó la petición parcialmente. El Tribunal lo acordó inmediatamente, de forma verbal, sin que luego se consignara por escrito. La decisión solamente afectó a las declaraciones del procesado ahora recurrente, a las de las víctimas y a la prueba pericial psicológica, celebrándose el resto de las sesiones en audiencia pública. Y el Tribunal basó su decisión en la naturaleza de los hechos y actuó con la finalidad de no perjudicar a las víctimas.

Esta Sala entendió que teniendo en cuenta los hechos declarados probados y el contenido de la sentencia en lo que se refiere a la valoración de las pruebas, y también que ya se trataba de la segunda vez que tenía que celebrarse el juicio oral, la decisión del Tribunal de limitar la publicidad de algunas de las pruebas que habían de practicarse estaba justificada, pues manteniendo en audiencia pública el resto de las actuaciones, no era imprescindible someter al propio acusado ni a las víctimas a la publicidad en el momento de prestar su declaración, ni tampoco era preciso que la prueba pericial sobre el estado mental de las víctimas se realizara ante el público.

Desde ese punto de vista, se afirma en la sentencia que no hubo una vulneración del derecho a un proceso público, sino una limitación parcial de tal derecho que puede considerarse justificada, dadas las características del caso.

En cuanto a la falta de consignación de la decisión por escrito, en la sentencia de esta Sala se relativiza su importancia. Se dice: la importancia de esta previsión legal se debilita tras la proclamación constitucional del carácter predominantemente oral del proceso penal (artículo 120.2 CE). Lo relevante, pues, no es tanto la

escritura como la posibilidad de conocimiento de la decisión y de las razones de la misma, que en el caso se satisface debidamente.

En la STS de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7646) (caso «crimen de Fago») ha analizado el efecto que producen los juicios mediáticos en el ánimo del Juzgador. «Es evidente que la publicidad es un elemento esencial de todo proceso, y por otra parte el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz abarca e incluye al derecho a informar sobre las actuaciones judiciales, y cuando éstas tienen por objetivo un hecho tan noticiable, en sí mismo, como es la aparición del cadáver del alcalde de un pueblo, es claro que la condición de autoridad pública del fallecido supone un plus de interés para los medios de comunicación. Es evidente que la publicación de hipótesis y suposiciones en los medios de comunicación es una simple consecuencia de la libertad de prensa que constituye una divisa de toda sociedad democrática. Hay que recordar que la obviedad de que la justicia no puede ser administrada correctamente de espaldas del pueblo de quien emana, precisamente, como se proclama en el artículo 117.1.º de la Constitución.

Por ello, el control social aparece como medio de legitimación del quehacer judicial sin perjuicio de reconocer que el discurso judicial nunca puede ser vicario de la voluble y a veces evanescente opinión pública. Con frecuencia se ha de –por decirlo gráficamente– remar a contracorriente, porque el discurso judicial es el de las garantías del proceso debido. Dicho esto, es preciso reconocer que la publicación de noticias e hipótesis pueden hacer aparecer como culpables ante la Sociedad a personas que solo están o han sido imputadas, y que como tal tienen a su favor el derecho a la presunción de inocencia, sólo desde la autocontención de los medios de comunicación y desde el rigor de veracidad de las noticias que transmitan puede hablarse de límites. El límite último es el Código Penal, pero éste es la última trinchera, nunca la primera.

La profesión periodística, tan crítica siempre con quienes desempeñan actividades con repercusión pública también debe/debería efectuar una reflexión, desde la serenidad, en relación a las consecuencias que pueden derivarse de lo que se escribe o dice, a veces con ligereza y precipitación y por ello una apelación a la deontología profesional nunca está de más. Una última afirmación y un recordatorio necesario.

Como afirmación, declarar que la justicia paralela no es justicia. Justicia sólo es la que se pronuncia en los Tribunales tras la valoración de toda la actividad probatoria, coincida o no con los «aprioris» que puedan circular en la Sociedad.

Como recordatorio, es preciso hacer referencia al Convenio Europeo de 1950. En su artículo 10, se cita entre las restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión «garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial». Es claro que se está ante una limitación del derecho a la libertad de expresión que debe ser respetada por todos los profesionales concernidos.

Dicho lo que antecede, el objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia y la policía se vieron sobrepasadas por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido ser pre-escrita en las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparece/aparecería como vicario de la opinión pública, y así acotado nuestro examen hay que rechazar con toda claridad esa afirmación.

Nada se acredita de forma objetiva que pueda dar sustento a esa afirmación: antes, al contrario, de la lectura de la sentencia se deriva que el Tribunal de manera objetiva e imparcial fue valorando toda la actividad probatoria, de cargo y de descargo, dando razón de las decisiones valorativas adoptadas que arribaron a la conclusión condenatoria. El recurrente expone una sospecha que en este control casacional no encontramos justificada.

En modo alguno aparece que la Audiencia se haya visto sometida a presiones que hubieran podido influir en su decisión, y enlazado con ello no estará de más recordar que el quehacer judicial siempre se desarrolla en un campo conflictivo y tenso fruto de dos causas: – La propia contradicción en la que se desarrolla el proceso, que es un decir y un contradecir. – La trascendencia mediática del hecho, que cada vez es mayor y por esto tal «presión» no es sino un elemento normal en la actividad judicial».

En la STS 1394/2009, 25 de enero, decíamos que «... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el artículo 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia... No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito».

Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación (STS 587/2014, de 18 de julio).

Hemos dicho en otras ocasiones que, en estos casos, «el objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas, con lo que el Tribunal parecería como sustituto de la opinión pública» (STS 344/2019, de 4 de julio).

## **M) PRÁCTICA DE LA PRUEBA MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA**

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en materia de prisión provisional, reformó el artículo 229 de la LOPJ, dando cobertura legal en su párrafo tercero al uso de la videoconferencia en determinados actos procesales, disponiendo que «las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas... podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o Tribunal».

Aquella Ley Orgánica también introdujo en la LECrim el artículo 731 bis, entre los preceptos que disciplinan el juicio oral, el cual dispone, en su redacción actual (LO 8/2006) que «El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 LOPJ».

El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, en su artículo 10 ya se refería a la audición por videoconferencia, en el caso en que una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, de modo que «... este último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá solicitar que la audición se realice por videoconferencia, tal como se establece en los apartados 2 a 8».

El Instrumento contemplado por el artículo 3(2) del Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea firmado el 25

de junio de 2003, sobre aplicación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre los Estados Unidos de América y España firmado el 20 de noviembre de 1990 (BOE 26 de enero de 2010), regula en su artículo 16 quáter el uso de la Videoconferencia:

1. Los Estados Unidos de América y España podrán utilizar tecnología de videotransmisión para tomar declaración a un testigo o a un experto situado en el Estado requerido en un procedimiento para el que se pueda conceder asistencia jurídica mutua...
3. Sin perjuicio de la jurisdicción del Estado requirente la declaración intencionalmente falsa u otra conducta ilícita del testigo o experto durante la videoconferencia serán punibles en el Estado requerido de la misma manera que si se hubiera cometido en un procedimiento interno.
5. El Estado requerido podrá permitir el uso de la tecnología de video-conferencia con otros fines diferentes a los descritos en el párrafo 1 de este artículo, incluyendo los de identificación de personas u objetos o para tomar declaraciones de investigación.

La FGE abordó directamente la cuestión en dos valiosos instrumentos jurídicos, que, si bien son anteriores a la modificación de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, no la contrarían.

El primero es la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, que niega tal posibilidad, aun cuando el acusado haya prestado su conformidad en ser juzgado sin la presencia física del Tribunal; al tiempo que ordena a los fiscales que, en el caso de que sean citados para la celebración de uno de esos juicios orales virtuales, se opongan motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante.

El segundo es la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, que en lo que aquí interesa, respecto a los actos de prueba en los que podrá ser utilizada, concreta:

– Declaración de testigos y peritos.

«Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.

De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio».

– Protección de la libre y espontánea declaración de personas.

«La videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los artículos 9.1 y 11.2 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad. Por otra parte, recordemos que, en el proceso penal, el último párrafo del artículo 448 LECrim dispone que «... cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo



informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba...»; y el artículo 707 segundo párrafo LECrim contiene idéntica redacción.

Asimismo, la videoconferencia se convierte en un instrumento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos».

Hemos de citar un nuevo documento de la FGE, la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, que con fundamento en la reforma del artículo 731 bis LECrim operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, observando que tras la expresión «gravosa o perjudicial» ha añadido el inciso «y especialmente, cuando se trate de un menor», haciendo una interpretación sistemática de los artículos 707 y 731 bis LECrim, llega a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente –ope legis–, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

La Circular invoca también la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, que proclama en su punto núm. 26 que el menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho podrán utilizarse elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares.

En cuanto a la declaración del acusado en el juicio oral, la STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6586) – Caso «Motín de Foncalent»– recuerda que la reforma de los artículos 229.3 de la LOPJ y 731 bis LECrim, operadas por la Ley Orgánica 13/2003 da cobertura legal al uso de la videoconferencia. No obstante, «no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de defensa.

Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser «objeto» de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de «sujeto» activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio.

Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite auto-rización a la Presidencia de ese acto, para que se acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto debido al derecho de Defensa.

Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la STS de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005, 4111), cuando proclama que: «En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo artículo 42.2.º prevé que: ‘... el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea

posible su inmediata comunicación con los defensores...’, lo que por otra parte es norma usual en el Derecho comparado».

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de defensa, salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio.

Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su ius puniendi, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, de manera inevitable, esa situación.

Y, en este sentido, las razones de seguridad que se esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados.

Piénsese, si no, en los numerosos juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes, al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos».

En consecuencia, estima el recurso, anulando el juicio y ordenando la celebración de un nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición del que participó en el juicio que se anula.

En la STS 863/2015, de 30 de diciembre, se examinaba un supuesto en el que una de las víctimas había declarado en el plenario a través de videoconferencia. La Sala rechaza el motivo del recurrente, afirmando que se trata de una práctica que tiene pleno apoyo legal y jurisprudencial. La doctrina de esta Sala ya se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta modalidad de prestación de declaraciones testimoniales o periciales. Como recuerda acertadamente la STS 161/2015, de 17 de marzo, «el proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de

actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia».

Recuerda, más adelante que los apartados 2 y 3 del artículo 229 de la LOPJ establecen que «las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas... podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal». En desarrollo de este principio general, el artículo 731 bis LECrim, reiterando para el juicio oral lo prevenido en el artículo 325 en fase de instrucción, dispone que «el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el artículo 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el artículo 731 bis LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

También recuerda su relevancia en el ámbito europeo, señalando que la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, regula en los apartados 5 a 7 del artículo 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar, la Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción plurianual 2014-2018, relativo a la Justicia en red europea incluye entre los objetivos de la red la ampliación del empleo de videoconferencias, teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales, con el fin de evitar los desplazamientos a la sede del Tribunal ante el que se practiquen las pruebas (epígrafe B, apartado 1.25).

No es ajena a esta tendencia la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que «los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados».

La videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el artículo 17.1.b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Aunque su empleo sigue caracterizado por una cierta excepcionalidad, se ha admitido, como se recuerda en estas dos sentencias, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo, prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales. En la STS 652/2015,

de 3 de noviembre, se admitió como válida la declaración de un perito, cuya asistencia personal se complicaba por la necesidad de asistir a un Congreso en esas mismas fechas.

El Tribunal Constitucional ha señalado, tal como recoge la STS 161/2015, de 17 de marzo, que «cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista».

Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c. Italia*, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos –tales como la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable–, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

En efecto, la cooperación judicial internacional ha adquirido en la actualidad un alcance que relativiza la visión decimonónica que preside la redacción del vigente artículo 448 LECrim.

La posibilidad del uso de la videoconferencia como mecanismo para no recurrir al expediente de la prueba anticipada, más allá de los casos estrictamente necesarios, se ha convertido en una innegable realidad en la práctica de los tribunales.

El artículo 229 LOPJ establece con carácter general que «1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley».

Este enunciado general es luego complementado con lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo 229: «estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal».

La Instrucción 3/2002, 1 de marzo FGE, acerca de los actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, ya señalaba entre sus utilidades procesales, con arreglo al entonces marco jurídico vigente, la de servir de «...complemento del auxilio judicial, nacional e internacional», pues «...la aplicación de la videoconferencia puede contribuir a agilizar la tramitación del proceso porque permite la eliminación de las dilaciones originadas por la utilización del auxilio judicial, nacional o internacional, cuando la persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional. De hecho, la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie personalmente la práctica de la prueba».

Prescindiendo de otros antecedentes, la cooperación jurídica internacional en el ámbito de la Unión Europea, en el proceso penal, tiene como textos de referencia la Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal y la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

Se trata de definir un marco jurídico único y armonizado para la obtención de pruebas en el ámbito de la jurisdicción penal. En este cuadro normativo se incluyen preceptos de una aplicación directa en materia de prueba anticipada. Desde luego, su objeto va mucho más allá de lo que sería hacer posible la declaración de un testigo que se encuentra fuera del territorio en el que se ubica la sede del órgano judicial. Pero lo verdaderamente importante es que ese marco jurídico de cooperación ofrece posibilidades que hasta hace

bien poco eran inimaginables. El viejo artículo 448 LECrim asociaba de forma ineludible la ausencia del testigo a la anticipación probatoria. También ahora sigue siendo aconsejable que el anuncio del obstáculo para la presencia del testigo determine la práctica de una declaración contradictoria, con presencia del Fiscal y la defensa, para garantizar su futura incorporación al proceso por la vía del artículo 730 LECrim. Pero ello no debe hacer olvidar que el expediente contemplado en los artículos 448 y 777.2 LECrim describe una fórmula excepcional, llamada a sustituir las ventajas de la intermediación cuando ésta no pueda ser garantizada. Pero ahora sí puede serlo.

La orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal (artículo 186 de la ley 3/2018). De ahí que «...cuando la autoridad competente española que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

A tal fin se determinarán de acuerdo con la autoridad de ejecución competente las disposiciones prácticas con arreglo a las cuales se llevará a cabo la comparecencia.

Si en un caso concreto la autoridad de ejecución no dispusiera de los medios técnicos necesarios para celebrar la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la autoridad competente española que la hubiera solicitado podrá ponerlos a su disposición previo acuerdo».

En definitiva, la existencia de una declaración ajustada a las previsiones de los artículos 448 y 777.2 LECrim no debería servir de argumento para denegar la petición de cualquiera de las defensas dirigida a la emisión de una orden europea de investigación que, con el filtro de un sistema de videoconferencia, permita la declaración de un testigo residente en un país extranjero durante la celebración del plenario.

De ahí la importancia de modular el entendimiento histórico del expediente de anticipación probatoria, agotando las posibilidades de localización del testigo cuya declaración se pretende, sin descartar la vía de la cooperación judicial internacional que ofrece posibilidades inéditas desde la perspectiva de la redacción vigente de la LECrim (STS 17/2021, de 14 de enero).

## **N) LA CONCENTRACIÓN DE LOS ACTOS DE PRUEBA: EL ARTÍCULO 788.1 LECRIM**

«La previsión legal establecida en el artículo 793.4 LECrim (en la actualidad artículo 788.1) está fundada en la necesidad de señalar un límite razonable que permita conservar la validez de lo actuado en caso de suspensión del juicio, de suerte que, cuando la reanudación de éste tenga lugar después de los treinta días de la suspensión, la prueba ya practicada debe repetirse, pues –como sostiene la doctrina científica– la valoración jurisdiccional debe realizarse sobre el resultado conjunto de la actividad probatoria en términos tales que no vacíen de contenido el principio de concentración procesal, que correría un grave riesgo de ser quebrantado si el Tribunal valora una prueba practicada meses atrás, prescindiendo de las ventajas de una intermediación diluida y olvidada por el transcurso del tiempo» (STS de 26 de marzo de 2001 [RJ 2001, 1961]).

Pero como ha precisado la STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2765) «esa norma, que tiene relación con el principio procesal de concentración, carece por sí misma del rango de un derecho fundamental, y en cuanto supone quebrantamiento de las normas esenciales del Juicio su efecto de originar la nulidad de actuaciones se supedita a la provocación de efectiva indefensión (artículo 238 LOPJ), lo que no sucedió en el caso de autos, dado que la decisión de la Sala de continuar el juicio en fecha que excedía del plazo legal contó con la propia aquiescencia del Letrado que no se opuso a la fecha elegida por el Tribunal».

También la STS de 7 de abril de 2000 (RJ 2000, 3705) ha tenido ocasión de analizar este precepto. En el caso enjuiciado el juicio oral, que había comenzado regularmente, se suspendió por la incomparecencia de un testigo, y la continuación fue señalada para una fecha que excedía del plazo de treinta días legalmente establecido, fundando la Audiencia tal decisión en el artículo 202 LECrim, atendiendo a la complejidad del caso y a la existencia de otros señalamientos preferentes.

«Es indudable –dice la sentencia del Tribunal Supremo– que la Sala no cumplió la exigencia del artículo 793.4 LECrim de no superar el plazo de treinta días, cuando se acuerda la suspensión o aplazamiento autorizado por el artículo 746 LECrim. Exigencia que no puede excepcionarse al amparo del artículo 202 si se quiere mantener la validez de los actos realizados. La gravedad de las consecuencias que resultan de su inobservancia –pérdida de la validez de lo actuado y por consiguiente necesidad de repetir las pruebas hasta entonces practicadas– exige de los Tribunales de instancia un especial cuidado y celo a la hora de hacer el nuevo señalamiento para la reanudación de un juicio que haya de suspenderse, de modo que sólo en el caso de una total y absoluta indisponibilidad de días y horas hábiles para la continuación del juicio dentro de los treinta días siguientes al de la suspensión se justifica hacer un señalamiento fuera del plazo máximo autorizado.

Ahora bien: la gravedad de las consecuencias de su infracción aconseja interpretar la exigencia y su alcance con acomodo a su fundamento verdadero, que se encuentra, como dice la STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2765), dentro del ámbito procesal ordinario del principio de concentración, en la necesidad de evitar se desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre la prueba ya producida. La posibilidad de errores valorativos en la ponderación de pruebas practicadas ante el Tribunal, aumenta cuanto mayor sea el lapso de tiempo transcurrido entre la percepción sensorial de la prueba por el Tribunal que la presencia y el momento de su valoración, terminado ya el juicio oral. Riesgo especialmente evidente en pruebas –como la testifical, por ejemplo–, en las que las actitudes, los gestos, y en general el modo de decir del deponente tiene una singular importancia a la hora de formar el juicio de valoración, lo que no sucede con las auténticas pruebas documentales de contenido indeleble y permanente. Por ello la ineficacia sobrevenida de las pruebas practicadas en el juicio suspendido por la reanudación de la vista fuera del plazo máximo de treinta días debe entenderse condicionada a la posibilidad de un error en la valoración probatoria; lo que no sucede si, como en este caso ocurre, las pruebas relevantes son la diligencia documentada de aprehensión de 122 pastillas de éxtasis en el domicilio del recurrente, y los propios documentos de identidad y de conducir en que aparece materialmente adherida su fotografía con nombres distintos al suyo. Excepcionalmente, por tanto, y sin perjuicio de entender que la regla general es la contraria, en este caso la infracción de la exigencia legal no supuso la nulidad del juicio oral celebrado».

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 10 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1418) y 16 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 132), que reiterando que «las garantías de inmediación y concentración son garantías del acto de valoración de la prueba y del proceso de conformación de los hechos, dada la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal –incluso cuando el empleo de la estenotipia permite consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto... por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración, señalan que tales deficiencias no pueden predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual aboca a considerar que el concepto tradicional de inmediación y concentración debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de reproducción de la imagen y del sonido y que permiten que el propio tribunal ante quien se practicó la totalidad de la prueba, llevando a cabo un examen directo y personal de los testimonios, esto es con coincidencia material en el tiempo y en el espacio de quien declara y quien juzga, y pueda compensar el posible déficit de concentración en la práctica de la prueba por exceso del plazo del artículo 788.1 con el visionado de la grabación del acta del juicio oral, artículo 788.4».

Por su parte la STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7365) también consideró justificado el rebasamiento del plazo de treinta días, «porque fue de poca duración –de siete días– y la razón era atendible, como era la imposibilidad de uno de los Magistrados integrantes del Tribunal de poder formar parte de éste, a causa de una comisión de servicio... Puede estimarse tal situación de imposibilidad equiparable a la de la enfermedad de algún Magistrado, que prevé el artículo 746.4.º LECrim, y calificable de causa justa legitimadora de la suspensión del plazo de los treinta días que marca la regla 4.º del artículo 793 de la Ley Procesal Penal, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 202 LECrim».

Conforme señalábamos en la STS 308/2018, de 21 de junio, la previsión contenida en el artículo 788 LECrim, está fundada en «la necesidad de señalar un límite razonable que permita conservar la validez de lo actuado en el caso de suspensiones de juicio de manera que cuando el mismo se reanuda no se vea lesionada la observancia del principio de concentración (...)

El plazo de 30 días que señala el artículo 788 de la Ley procesal es un plazo que sólo rige para el proceso abreviado, no para enjuiciamiento ordinario, que tiene previstas una competencia de enjuiciamiento de delitos

más graves por la consecuencia jurídica que las del proceso abreviado. Lo que la ley pretende es que se observe el principio de concentración de manera que la prueba, que ha de ser valorada en forma conjunta y racionalmente, se desarrolle en un espacio temporal cercano».

En el mismo sentido, señalábamos en la STS 1039/2013, de 23 de diciembre, que la gravedad de las consecuencias de la infracción del precepto comentado, «aconseja interpretar la exigencia y su alcance con acomodo a su fundamento verdadero, que se encuentra, como dice la Sentencia de 29 de marzo de 1999, dentro del ámbito procesal ordinario del principio de concentración, en la necesidad de evitar que se desnaturalice la operación de juzgar sobre la prueba ya producida mucho tiempo atrás. La posibilidad de errores valorativos en la ponderación de pruebas practicadas ante el Tribunal aumenta cuanto mayor sea el lapso de tiempo transcurrido entre la percepción sensorial de la prueba por el Tribunal que la presencia y el momento de su valoración, terminado ya el juicio oral. Riesgo especialmente evidente en pruebas –como la testifical, por ejemplo–, en las que las actitudes, los gestos, y en general el modo de decir del deponente tiene una singular importancia a la hora de formar el juicio de valoración, lo que no sucede con las auténticas pruebas documentales de contenido indeleble y permanente. Por ello se ha dicho en la STS 581/2000, de 7 de abril, que la ineficacia sobrevenida de las pruebas practicadas en el juicio suspendido por la reanudación de la vista fuera del plazo máximo de treinta días debe entenderse condicionada a la posibilidad de un error en la valoración probatoria» (STS 439/2019, de 2 de octubre).

## **Ñ) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL RECURSO**

### **1. CAUCE PROCESAL ADECUADO PARA INVOCAR LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

La doctrina del Tribunal Supremo destacó en un principio, que la vía procesal adecuada para hacer valer en casación la conculcación de la presunción de inocencia no era la del número 1.º, sino la del 2.º del artículo 849 de la Ley Rituaria (SSTS de 10 de junio de 1983 [RJ 1983, 3116], 20 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4559], 27 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4591], 12 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6517], 14 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6567], 17 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6577], 21 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6711], 23 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6728], 2 de febrero de 1984 [RJ 1984, 704], 10 de febrero de 1984 [RJ 1984, 750], 5 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1705], 15 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1826], 28 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2694], 29 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4780] y 29 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6752]); aun cuando en alguna sentencia se puso de relieve la contradicción que suponía denunciar un error en la apreciación de la prueba cuando lo que se estaba indicando, como presunción de inocencia, era precisamente su inexistencia (STS de 3 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7039]).

No obstante, la jurisprudencia siguió un criterio permisivo «para acoger y potenciar la tramitación de los recursos, según se leía en la STS de 7 de julio de 1984 (RJ 1984, 3833), declarando «que mientras se asimila la nueva normativa y se familiarizan los justiciables con la presunción, dado el carácter preeminente de la Constitución, toda pretensión casacional basada en la misma será admisible siempre y cuando, claro está, dichos preceptos sean los artículos 849, 850 o el 851 LECrim».

Así, se entendió que debía admitirse el recurso aunque se articulara el motivo a través del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal (SSTS de 17 de enero de 1984 [RJ 1984, 30], 8 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2487], 24 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5037], 2 de noviembre de 1984 [RJ 1984, 5421], 13 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6280], 25 de febrero de 1986 [RJ 1986, 899] y 8 de julio de 1986 [RJ 1986, 3898]) no debiendo obstaculizarse el acceso a la casación (SSTS de 10 de julio de 1987 [RJ 1987, 5311], 10 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7282] y 20 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8558]).

Tras la promulgación de la LOPJ, la articulación en vía casacional viene ofrecida por su artículo 5.4, que no es identificable en sus efectos, ni con el recurso de casación por infracción de ley en ninguna de sus modalidades, ni con el de quebrantamiento de forma, sino de una manera análoga al recurso de amparo constitucional (SSTS de 3 de febrero de 1988 [RJ 1988, 847], 30 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4103], 1 de julio de 1988 [RJ 1988, 5647], 12 de julio de 1988 [RJ 1988, 6566], 10 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8989] y 7 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1483]); aun cuando la no utilización de esta vía no es obstáculo para la admisión del recurso, al menos en una fase prudencial, hasta la asimilación de la nueva normativa (SSTS de 8 de julio de 1986 [RJ 1986, 3899], 28 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9882], 7 de abril de 1988 [RJ 1988, 2756], 18 de abril de 1988 [RJ 1988, 2800] y 10 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8313]).

Para la STS de 23 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7420) «la invocación directa de la vulneración de la presunción de inocencia aconseja el acceso a la casación, aunque no esté apoyada en precepto legal orgánico o procesal, ya que la fuerza expansiva de las libertades públicas permite hacerlas valer de manera directa e inmediata».

Incluso se ha declarado que como el principio alegado es de rigurosa e imperativa aplicación por parte de todos los órganos del Estado, dado el carácter constitucional del mismo, es susceptible de apreciarse incluso de oficio, cuando la violación de la presunción de inocencia es notoria y patente (STS de 26 de junio de 1984 [RJ 1984, 3689]); y que «el derecho constitucional de referencia debe prevalecer sobre cualquier defecto en su formalización procesal» (STS de 6 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6115]); acordando la STS de 25 de enero de 2008 (RJ 2008, 1563) que pese a no haberse preparado el motivo, en virtud del principio pro actione, y el derecho a la tutela judicial efectiva, procede su estudio y resolución, al no seguirse por esta Sala Casacional de forma rigurosa el principio de identidad de alegaciones cuando se trata de la invocación de un derecho fundamental.

En ese sentido extensivo las SSTS de 5 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4057) y 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2499) declaran que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrim, pues como señala la STC 136/2006, de 8 de mayo, en virtud del artículo 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC 60/2008, de 26 de mayo).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba. Del mismo tenor es la STC 102/2008, de 28 de julio.

En resumen como ha declarado la STC de 8 de mayo de 2006: Hay que aclarar que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que sólo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrim, ya que en virtud del artículo 852 LECrim, el recurso de casación podía interponerse en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del artículo 24.2 CE (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia) es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como en suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ 7) (STS 507/2020, de 14 de octubre).

## **2. LEGITIMACIÓN**

La legitimación para invocarla sólo la ostenta el acusado. El acusador no puede alegar su vulneración entendiendo que, si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada legalmente deba conducir a la condena. Como se lee en la STS de 23 de junio de 1989 (RJ 1989, 5204), «se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a la persona que es objeto de imputación, excluido del área que corresponde a las acusaciones... la situación procesalmente inversa, es decir, la exigencia de condena cuando se ha acreditado el hecho y la culpabilidad, ha de pretenderse por los cauces de la legalidad ordinaria y no es correcto hacerlo bajo el amparo constitucional de esta presunción, sino por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestren



el error del juzgador, o bien por error de Derecho cuando con el supuesto de hecho recogido como probado por la sentencia de instancia la aplicación de los correspondientes preceptos aparezca equivocada... o en una no dispensación de la efectiva tutela judicial, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución...».

En consecuencia, la acusación particular carece de legitimación, porque la pretensión casacional como toda pretensión procesal sólo protege para tutelar derechos propios... y es llano que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que únicamente corresponde al sujeto pasivo de la pretensión. Desde tal planteamiento resulta inadmisibles que se diga que se ha vulnerado un derecho ajeno al haberse aplicado (STS de 13 de julio de 1990 [RJ 1990, 6703]). También las SSTS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990, 6780), 27 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2461), 19 de junio de 1992 (RJ 1992, 5798), 9 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7233), 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 773) y 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 593); viniéndose a decir en las SSTS de 8 de abril de 1992 (RJ 1992, 3126), 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8421) y 17 de julio de 2008 (RJ 2008, 5159) caso «atentados del 11M» que «no existe una especie de presunción de inocencia invertida en beneficio de quien acusa»; y en la STS de 29 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7672) que «en ningún caso tiene la acusación particular un derecho a una presunción de culpabilidad del acusado, cuando ello pueda traer causa de valorar el acervo probatorio de la causa desde su particular e interesado punto de vista».

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en STC 141/ 2006, de 8 de mayo, diciendo que «no existe una especie de derecho a la presunción de inocencia invertido, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas».

Tampoco está legitimado el Ministerio Fiscal, el cual «puede legítimamente discrepar de la sentencia ejercitando los recursos que nacen de la legalidad procesal pero no invocando derechos constitucionales que no le son propios» (STS de 3 de abril de 1991 [RJ 1991, 2560]).

Las sentencias absolutorias sólo pueden ser recurridas por las acusaciones, acudiendo a los cauces establecidos en las diferentes vías de recursos que abren las leyes procesales. (STS de 14 de julio de 2000; STS n.º 282/2014, de 10 de abril).

Pero tampoco puede invocarla con éxito «la procesada que ha admitido los hechos probados en sus declaraciones ante el Tribunal de la causa, que carece de toda legitimación para alegar en casación la infracción de garantías constitucionales por haber sido condenada sin pruebas que demuestren su culpabilidad» (STS de 10 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9118]); «ni el condenado que se conformó con la calificación acusadora, cuando él mismo, mediante un acto propio, libremente aceptado, impidió la celebración del juicio oral y, por ende, la posibilidad de ser practicadas unas pruebas de resultado, bien inculpatario, bien exculpatario... esa conformidad constituye una verdadera confesión con suficiente entidad para destruir, por sí sola, ese principio presuntivo» (STS de 17 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7697]); «lo que genera una preclusión para el acusado de la facultad de alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de prueba –que no ha podido producirse por imperativo legal en base a su conformidad– que constituye la esencia de la invocación del derecho a la presunción de inocencia» (STS de 5 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3452]). En suma, «la conformidad, que incorpora una confesión del hecho objeto de la acusación, es incompatible con la alegación de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia» (STS de 25 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8560]).

El responsable civil carece igualmente de legitimación activa para invocar la presunción de inocencia del responsable penal «interponiendo el recurso en nombre de un tercero y en lo que se refiere al ámbito de su actuación delictiva propiamente dicha» (STS de 16 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7155]). La presunción de inocencia es un derecho personalísimo de cada acusado, por lo que no existe legitimación para invocar la vulneración afectante a un tercero (STS de 18 de octubre de 2004 [RJ 2005, 1114] caso «Fondos Reservados»).

La STS 282/2014, de 10 de abril recuerda que como se ha dicho doctrinal y jurisprudencialmente, SSTS de 5 de diciembre de 2007, 4 de mayo de 2005, 14 de julio de 2000, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que solamente corresponde al sujeto pasivo de la pretensión punitiva. Las partes acusadoras carecen de legitimación para esgrimirla, en contra de su único y legítimo titular que es, como se ha dicho, la persona acusada de un hecho delictivo.

No puede alegarse, con fortuna, la vulneración del principio constitucional de inocencia a favor del acusador, entendiéndose que, si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo, practicada legalmente ha de llevar a la condena.

Y, más adelante insiste señalando que darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

En este sentido en SSTS 10/2012, de 18 de enero y 1377/2011, de 23 de diciembre, se dice que «Ciertamente sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay –por decirlo plásticamente– un derecho a la presunción de inocencia invertida a favor de la acusación, SSTS 1532/2004, de 22 de diciembre; 258/2003, de 25 de febrero; 390/2003, de 18 de marzo; y SSTC 141/2006 y 176/2006».

Según la STS 733/2015, de 25 de noviembre, como ha señalado esta Sala, STS 892/2007, con cita de las SSTS de 4 de marzo de 2004 y 411/2007 «... que la presunción de inocencia invertida que autorizaría al Tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia, no se recoge nuestra Constitución, pues cuando la sentencia absolutoria se fundamenta precisamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio».

Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que «Al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas» (STC 141/2006, FJ 3). No existe, pues, un derecho de la acusación a que las pruebas se valoren de manera que su resultado conduzca a una condena (STS 733/2015, de 25 de noviembre).

En el mismo sentido se dice en la STS 666/2015, de 8 de noviembre que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia.

En la STS 460/2021, de 27 de mayo, completando la anterior reflexión, se dice que «Si bien, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre ó 901/2014, de 30 de diciembre). De modo que, advierte la última de las resoluciones citadas, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable. Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que

se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la valoración apodíctica, carente de explicación motivada, entre otras concreciones».

Dicho en los términos de la STS 598/2014, de 23 de julio, mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

(...) Una sentencia absolutoria puede ser anulada por ausencia, insuficiencia o arbitrariedad en su motivación en el bien entendido que esta vía impugnativa no puede ser utilizada a modo de una presunción de inocencia invertida que permita a las acusaciones cuestionar y replantear la valoración probatoria (STS 442/2021, de 25 de mayo).

### **3. EXTENSIÓN DEL CONTROL CASACIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

La función casacional encomendada al Tribunal Supremo cuando se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a tenor de la STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7182), ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba. En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal a quo, no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles. También las SSTs de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 7573) –Caso Nevenca–, 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7831), 25 de marzo de 2005 (RJ 2005, 4349), 15 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 429), 12 de enero de 2007 (RJ 2007, 323), 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3247) –caso Operación «Nova»–, 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4080), 10 de febrero de 2009 (RJ 2009, 446), 22 de mayo de 2009 (RJ 2010, 662), 5 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4057) y 2 de junio de 2010 (RJ 2010, 3489). En resumen: prueba existente, prueba lícita y prueba suficiente (STS de 11 de diciembre de 2009 [RJ 2010, 2047]). «De esa forma, el recurso de casación satisface las exigencias del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, en cuanto permite someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior» (STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008, 5159]) caso «atentados del 11M»).

Como afirma la STS de 5 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4057), la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 299/2004, de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo tenetur* (STS 1030/2006, de 25 de octubre) ...

En definitiva, el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

– En primer lugar, debe analizarse el «juicio sobre la prueba», es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

– En segundo lugar, se ha de verificar «el juicio sobre la suficiencia», es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

– En tercer lugar, debemos verificar «el juicio sobre la motivación y su razonabilidad», es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminadora para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

Así, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena ...

La cuestión, de todos modos, se centra en determinar si la valoración del Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia y no es contraria a los conocimientos científicos (STS 59/2016, de 4 de febrero).

Doctrina que se reitera, entre otras muchas, en la STS 648/2015, de 22 de octubre, que recuerda que conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos, esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del artículo 741 LECrim y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 555), 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3073), 16 de julio de 2009 (RJ 2010, 1989), 21 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5750), 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7646) –caso «crimen de Fago»–, 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862), 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2499), 6 de mayo de 2011 (JUR 2011, 184220) y 17 de mayo de 2011 (JUR 2011, 194428).

En resumen, empleando las palabras de las SSTS de 2 de enero de 2009 (RJ 2009, 49) y 25 de abril de 2010 (RJ 2010, 4922) «los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada». Y «para satisfacer el canon de razonabilidad de la imputación se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad».

Así se pronuncian las SSTS de 22 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3603), 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 4714) y 12 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1550). Esta última revoca la sentencia condenatoria de instancia por delito de estafa, por inexistencia de prueba de cargo sustentada en argumentos lógicos que justifiquen la imputación, dada la razonabilidad de la tesis sustentada por el acusado sobre la ausencia de ánimo de lucro basada en la alegación de que las disposiciones patrimoniales de la perjudicada eran contraprestación a título de precio de lo que adquiría.

La misma doctrina sientan las SSTS de 18 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5508), 17 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1999) y 28 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7636), que concluyen que «cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia».

Además, a tenor de la STS de 13 de octubre de 2009 (RJ 2010, 664) caso «Gestoras Pro Amnistía», el Tribunal de Casación sólo ha de analizar la prueba aludida en la sentencia que se revisa. «Es pretensión del Ministerio Público, con base en el argumento de que a ello nos conduce el que debamos entrar a decidir sobre la existencia o no de prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes cuya vulneración el propio recurso plantea, que acudamos no sólo a las pruebas expresamente mencionadas en la sentencia recurrida sino a todo lo incorporado a las actuaciones, de modo que el propio Fiscal expone con toda precisión en su escrito de impugnación al recurso la totalidad de los elementos materiales que, a su juicio, avalan el acierto de los pronunciamientos de la Audiencia, incluso aquellos que ésta no ha considerado necesario incluir en su resolución.

Ante ello, la respuesta de este Tribunal no admite duda, habida cuenta de que la previsión contenida en el artículo 899 LECrim, que nos faculta para acudir al examen directo de las actuaciones, no sólo ha de utilizarse con la oportuna moderación, dada la naturaleza propia de la Casación y la improcedencia genérica de la revisión de la valoración probatoria, sino que queda condicionada a despejar una duda fáctica que

podiere redundar en beneficio del reo, en ningún caso para extraer material probatorio en su contra con el que complementar el mencionado en la resolución de instancia, subsanando las lagunas que en este terreno la misma podiere ofrecer. Es por ello, por lo que hemos de restringir esas posibilidades de pruebas inculpativas exclusivamente a las que aparezcan amparadas por el contenido de la recurrida».

Finalmente, en el recurso de amparo, la protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, a tenor de las SSTC 135/2003, de 30 de junio, 267/2005, de 24 de octubre, 8/2006, de 16 de enero, 68/2010, de 18 de octubre, 9/2011, de 28 de febrero y 25/2011, de 14 de marzo, «en primer lugar la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa; en segundo lugar comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; en tercer y último lugar supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Por tanto, sólo cabrá constatar una 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, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado».

La jurisprudencia también se ha referido a la necesidad de tener en cuenta la prueba de descargo. Así, en la STS 63/2016, de 8 de febrero, se dice que el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige ponderar los distintos elementos probatorios, tanto de cargo como de descargo, aunque no impone que esa ponderación se realice necesariamente de un modo pormenorizado, abordando todas las alegaciones de descargo expuestas por la defensa, incluso las más inverosímiles, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo el control casacional verificar que se ha sometido a valoración la prueba de descargo practicada a instancia de la defensa y que se aprecie una explicación razonable para el rechazo de su resultado, en contraste con las pruebas de cargo (SSTC 242/2005, de 10 de octubre; 187/2006, de 19 de junio; 148/2009, de 15 de junio; 172/2011, de 19 de julio; y SSTS 1527/2013, de 25 de septiembre; 1372/2012, de 9 de julio y 757/2015, de 30 de noviembre).

En algunas sentencias de la Sala Segunda se hace una especial referencia a la necesidad de que la certeza que alcanza el Tribunal de instancia pueda considerarse objetiva en el sentido de que pueda ser asumida por la generalidad en tanto que, ajustada a la lógica, a la experiencia y a los conocimientos científicos. Así, por ejemplo, en la STS 2/2016, de 19 de enero, se razona como sigue: «La garantía constitucional de presunción de inocencia nos emplaza en la casación al examen de la decisión recurrida que permita establecer si su justificación de la condena parte de la existencia una prueba y de su validez, por haber sido lícitamente obtenida y practicada en juicio oral conforme a los principios de inmediación, contradicción y publicidad y de contenido inculpativo, respecto de la participación del sujeto en un hecho delictivo Debe constatarse así la inexistencia de vacío probatorio.

Constatada la existencia de ésta, el juicio de su valoración por la instancia ha de venir revestida de razonabilidad, en el establecimiento de los hechos que externamente la justifican, y de coherencia, conforme a lógica y experiencia de las inferencias expresadas a partir de aquéllos, en particular cuando la imputación se funda en hechos indiciarios.

A lo que ha de añadirse que la inferencia sea concluyente, en cuanto excluye alternativas fundadas en razones objetivas razonables.

En cuanto al control de la razonabilidad de la motivación, con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, importa que aquellas conclusiones puedan aceptarse por la generalidad, y, en consecuencia, la certeza con que se asumen pueda tenerse por objetiva. Lo que exige que partan de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas desde la que las razones expuestas se adecuen al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes».

El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. Siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al

canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC 117/2007).

Si bien la objetividad no implica exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aun no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo, esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar».

O en la STS 15/2016, de 26 de enero, en la que, con la misma orientación, se dice: «La alegada garantía de presunción de inocencia presupone el pleno previo acomodo de la actividad probatoria a las exigencias del derecho también constitucional a un proceso con todas las garantías. Es decir, no solamente a la existencia de una actividad probatoria de cargo, sino a su validez por haber sido lícitamente obtenida y practicada en juicio oral conforme a los principios de intermediación, contradicción y publicidad.

Constatada la existencia de ésta, el juicio de su valoración por la instancia ha de venir revestida de razonabilidad, en el establecimiento de los hechos que externamente la justifican, y de coherencia, conforme a lógica y experiencia de las inferencias expresadas a partir de aquéllos, en particular cuando la imputación se funda en hechos indiciarios. A lo que ha de añadirse que la inferencia sea concluyente, en cuanto excluye alternativas fundadas en razones objetivas razonables.

Para el control de tal condición ha de acudir a la motivación expuesta por el órgano jurisdiccional que decide la condena cuestionada. No solamente para determinar que ha sido satisfecho el presupuesto de respeto al derecho a la tutela judicial, sino para, más allá de la elemental argumentación exigible por tal garantía, poder establecer si las concretas razones de la decisión jurisdiccional ponen de manifiesto que la certeza de quien la impone se adecua a aquellas exigencias.

Importa de ésta, más que la subjetiva convicción del Tribunal, la objetividad que le confiere su acomodo a criterios objetivos suministrados por la lógica y la experiencia, con los que contrastar los enunciados fácticos, para que por la generalidad puedan valorarse como razonablemente extraídos de lo reportado directamente por los medios probatorios y desde los que, erigidos en base de inferencia, coherentemente quepa llegar a afirmar su veracidad de manera concluyente, es decir no como una tesis entre varias también razonables y coherentes. Porque en tal supuesto la situación no será de certeza razonable,

sino de duda objetivamente razonable, en la que la condena no será compatible con la garantía constitucional».

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos en los que, tras la reforma operada por la Ley 41/2015, existe un recurso de apelación previo a la casación, al igual que ocurre con los seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya

se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el de instancia.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (STS 488/2021, de 3 de junio, y, en el mismo sentido las SSTS 413/2021, de 13 de mayo; 503/2021, de 10 de junio; 438/2021, de 20 de mayo; 412/2021, de 13 de mayo; 7072016, de 16 de setiembre y otras muchas).

#### **4. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE EN VÍA DE RECURSO APRECIE VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Cuando por vía de recurso interpuesto contra sentencia condenatoria, el Tribunal a quem estima que la presunción de inocencia no se ha desvirtuado, bien por total falta de prueba de cargo o por invalidez de las practicadas, la consecuencia es la anulación de la sentencia condenatoria y la absolución. Esta solución, en principio, es válida tanto en los recursos de amparo constitucional, como en los de casación, y aun en los de apelación.

Pero se presentan otros supuestos más problemáticos, en los que la vulneración del derecho constitucional se produce por la indefensión causada por la denegación de una prueba, siendo el caso más frecuente, el de haberse dictado sentencia condenatoria pese a la incomparecencia en el juicio oral de los testigos de cargo.

A este supuesto se refirió una antigua STS de 30 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4103), que hace un detenido análisis sobre la base de la analogía con el recurso de amparo constitucional; así, «apreciada la vulneración de un derecho constitucional cabe preguntarse por las consecuencias jurídico-procesales de tal vulneración. La respuesta a esta cuestión requiere tener presente que, salvo excepciones (SSTC 174/ 1985 y 175/1985), el Tribunal Constitucional ha mantenido desde la STC 31/1981 que, apreciada una vulneración de la presunción de inocencia corresponde retrotraer el procedimiento al momento en el que debió ser observada, esto es, a aquel en que, a la vista de las actuaciones sumariales pueda la acusación solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento, o proponer nueva prueba.

La decisión, adoptada por el Tribunal Constitucional, sin embargo, no está prevista en la LECrim para el recurso de casación por infracción de ley regulado en el artículo 849, por cuya vía se ha articulado, por lo general, la queja por la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, sería erróneo pensar que el Tribunal Supremo debería entonces dictar segunda sentencia en los términos del artículo 902 LECrim pronunciándose sobre el fondo de la cuestión que ha motivado el recurso de casación. Tal punto de vista introduciría un factor de inseguridad muy difícil de justificar, toda vez que si la anulación se decide en la casación se debería dictar segunda sentencia absolutoria, mientras que si es apreciada en el marco de un recurso de amparo daría lugar a las consecuencias establecidas en la STC 31/1981.

La solución de este problema se encuentra en la interpretación de la regulación que ha hecho el artículo 5.4 de la LOPJ. Indudablemente el Legislador, al atribuir al Tribunal Supremo la competencia para decidir estos recursos, ha querido crear una instancia para garantizar la supremacía de la Constitución previa a la del



recurso de amparo constitucional previsto en la LOTC. Consecuentemente, el recurso de casación por vulneración de derechos constitucionales en materia penal no se debe tratar exclusivamente según las reglas del recurso de casación por infracción de ley, sino, en lo referente a sus consecuencias, de una manera análoga al recurso de amparo constitucional, pues de esta forma no se producirá discrepancia alguna entre lo resuelto por el Tribunal de Casación y lo que, en su caso, estime corresponder el Tribunal Constitucional. Esta interpretación es consecuencia del carácter especial que tiene el recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales frente al de infracción de ley».

Esta solución jurisprudencial se ha hecho extensiva también a los supuestos de falta de motivación de la sentencia. Así la STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990, 6622) mantuvo que «cuando el déficit argumental actúa sobre un proceso válidamente concluido y probatoriamente completo, la ausencia de fundamentación puede equipararse a una insatisfactoria respuesta a las cuestiones planteadas por la acusación o la defensa, afectando a la validez de lo actuado de manera análoga al quebrantamiento de forma que sanciona la incongruencia omisiva, permitiendo devolver la causa al Tribunal del que procede para que la subsane y termine conforme a derecho».

Ese efecto anulador han establecido también las SSTS de 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6754), 8 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1292), 15 de febrero de 1990 (RJ 1990, 2959), 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9737), 14 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8135), 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9519), 16 de abril de 2001 (RJ 2001, 2092), 1 de abril de 2009 (RJ 2009, 2456), entre otras, que resuelven la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la infracción, por similitud a los efectos del recurso de amparo, en el que el Tribunal Constitucional, al estimar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, mantiene soluciones anulatorias de las sentencias infractoras, retro trayendo las actuaciones, unas veces al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia y otras, yendo más lejos, a diversos momentos del proceso en los que se conculcó el derecho fundamental, a fin de que, con la práctica de nuevas diligencias, se subsane la vulneración padecida (SSTC 31/1981, de 28 de julio, 140/1985, de 21 de octubre, 145/1985, de 28 de octubre, 173/1985, 16 de diciembre, 175/1985, de 17 de diciembre, 80/1986, de 17 de junio, 217/1989, de 21 de diciembre, 28/2002, de 11 de febrero, 92/2006, de 27 de marzo, 197/2009, de 28 de septiembre y 12/2011, de 28 de febrero).

Hemos de citar, por último, dado su indudable interés, la STS de 15 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 8433) (Ponente: Joaquín Delgado García). El supuesto enjuiciado era el siguiente: en un primer juicio se practicó como prueba la declaración de dos de los coimputados y de un testigo, pero en el segundo, que tenía por objeto el enjuiciamiento de otro imputado, tales pruebas, que habían sido propuestas por el Ministerio Fiscal, no se practicaron, porque, por un lado, aquéllos no fueron citados y, por otro, los testigos no comparecieron, limitándose la prueba de este segundo juicio a la declaración del procesado que negó su participación en los hechos, pese a lo cual, fue condenado por la Audiencia.

El Tribunal Supremo entendió que se habían vulnerado los principios de contradicción y defensa y declaró que las pruebas del primer juicio no podían servir para condenar a quien luego fue enjuiciado en otro posterior. Se dio un grave defecto procesal al no haber sido citados para el segundo juicio oral los dos coinculpados que ya habían sido juzgados y que habían declarado en el primero; y «tal defecto ha producido una manifiesta situación de indefensión al Ministerio Fiscal, quien de ese modo se vio privado de practicar en el segundo juicio la prueba que había propuesto y había sido admitida»; en consecuencia, estima el recurso y, pese a haber sido articulado por la vía del núm. 2 del artículo 849 LECrim, resuelve «que en el caso presente la estimación del recurso por violación de la presunción de inocencia ha de producir como efecto concreto, no una sentencia absolutoria como es lo normal en estos supuestos, sino la retroacción del procedimiento al momento en que se produjo el vicio de procedimiento, solución ya adoptada por la Sala en SSTS de 30 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4103), 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2603) y 15 de junio de 1989 (RJ 1989, 5126), y también por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 31/1981, de 28 de julio y 80/1986, de 17 de junio, entre otras. Y ello, aunque el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, no planteara ninguna cuestión en este punto, porque el Tribunal de instancia, de oficio, tenía la obligación de asegurar el debido respeto del artículo 6 del Convenio de Roma, como ha dicho el TEDH en su sentencia de 6 de diciembre de 1988 (TEDH 1988, 1) dictada en el asunto Barberá, Messegue y Jabardo».

Mayor interés presenta, a mi juicio, el voto particular que formula el Magistrado Manzanares Samaniego, que estima que esa solución es improcedente, toda vez que el Ministerio Público no había solicitado la suspensión de ese segundo juicio ante la incomparecencia de los coimputados y testigo, por lo que, el darle una «especie de segunda oportunidad», es incompatible con el principio acusatorio y contrario a los derechos

del acusado; y piensa que «el caso de autos no ofrece complicación alguna, a diferencia de algún raro y particular supuesto, como el del Fiscal o Acusador que, tras haber protestado por la falta de práctica de determinada prueba, ve aceptada sus conclusiones, lo que, si bien le priva de legitimación para recurrir, puede servir para que el Tribunal lo tome en consideración si prospera la denuncia por lesión de la presunción de inocencia, tal y como ocurre precisamente con las SSTS de 15 y 30 de junio de 1989 (RJ 1989, 5705). Y, aun así, conviene advertir sobre la necesidad de evitar que quien fundadamente se ampara en la presunción de inocencia frente a una condena por falta de pruebas, pueda acabar sufriendo una pena mayor si la acusación aprovecha la nueva oportunidad para modificar al alza sus conclusiones provisionales. Esto significa que incluso en esos casos especialísimos convendría establecer limitaciones encaminadas a prevenir un nuevo desequilibrio en contra del recurrente. Lo que no resulta correcto, en modo alguno, es decantarse por una retroacción generalizada para “subsana” de oficio dejaciones o deficiencias –reales o supuestas– de la parte acusadora, en línea con la STS de 30 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4103). Por lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ésta oscila –una vez apreciada la vulneración de la presunción de inocencia– entre la mera anulación de la sentencia condenatoria (STC 174 y 175 de 1985) y esa retroacción aquí censurada (SSTC 31/1981 y 80/1986), de modo que poco contribuye a la solución del problema, sobre todo porque su doctrina parece mantenerse al margen de aquella diferenciación entre regla general y excepción».

Lo cierto es que no faltan en la jurisprudencia excepciones a esa regla generalizada de retroacción de los efectos anulatorios de la sentencia; así, en la STS de 15 de octubre de 1990 (RJ 1990, 9240), aun reconociendo la necesidad de la práctica de la prueba testifical omitida en la instancia, para evitar las dilaciones que supondría la devolución de la causa al Tribunal a quo, dado que los hechos enjuiciados se habían producido seis años antes, condena por un delito de robo con intimidación, estimando la presunción de inocencia respecto del subtipo agravado de uso de armas que había aplicado la Audiencia; y la STS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 2990), que absolvió al recurrente, después de declarar que «la inactividad probatoria originada por la propia Sala al rechazar la petición del Ministerio Fiscal para que se suspendiesen las sesiones del juicio oral nos lleva a estimar el motivo por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia».

En la STS 666/2015, de 8 de noviembre se precisa que esta Sala ha acogido la distinción entre los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos, por lo que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios (STS 178/2011, de 23 de febrero), aunque haya que precisar que una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena constituye en realidad una vulneración del derecho a la presunción de inocencia que debe determinar directamente la absolución.

En este último sentido, la STS 338/2015, de 2 de junio, distingue las necesidades de motivación relativas a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, de mayor grado estas últimas, y señala que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre FJ 2, 120/1999, de 28 de junio, 249/2000, de 30 de octubre FJ 3, 155/2002, de 22 de julio FJ 7, 209/2002, de 11 de noviembre FJ 3, 163/2004, de 4 de octubre FJ 9). Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC 151/1997, de 18 de junio, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el artículo 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la

presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpado (SSTC 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000).

## 5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL RECURSO

Las SSTC 170/2006, de 5 de junio y 284/2006, de 9 de octubre, han tratado el supuesto del condenado que recurre la sentencia alegando vulneración de la presunción de inocencia, a cuyo reproche se adhiere en casación el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, pese a lo cual la condena es confirmada por el Tribunal Supremo.

En ambos casos el Ministerio Fiscal interesó la denegación del amparo, señalando que la adhesión del Fiscal a un motivo de casación del condenado ni supone retirada de la acusación, ni necesidad de estimar dicho motivo, privando a la Sala del Tribunal Supremo de la función jurisdiccional que por ley le corresponde en la casación...

«Una de las manifestaciones del principio acusatorio constitucionalmente garantizada –se lee en la STC 284/2006– viene constituida por el deber de congruencia entre la acusación y el fallo de la Sentencia de instancia, en virtud del cual el juzgador se encuentra sometido sustancialmente a los términos de la acusación con un doble condicionamiento: fáctico... y jurídico...».

Pero «no hay infracción alguna del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado –con la adhesión de la acusación pública– y se confirma plenamente la Sentencia de instancia, ya que el juzgador no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en el recurso, se ajusta a Derecho, porque ni excede de los términos del debate, ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión constituye el objeto de la única pretensión de impugnación (STC 283/1993, de 27 de septiembre, F 5, y en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, F 3; 250/1994, de 19 de septiembre, F 2, y 146/1998, de 25 de junio, F 4).

Esta doctrina ha sido desarrollada por el Pleno de este Tribunal en la STC 123/2005, de 12 de mayo, con relación al recurso de casación penal en el que se impugna la calificación jurídica del hecho enjuiciado, señalando que en ese caso lo que se ventila en el recurso «no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial», por lo que en el recurso el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo y, en consecuencia, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida» (FJ 8). En definitiva, se concluye que la confirmación por el Tribunal de casación de la calificación jurídica realizada en la Sentencia de instancia recurrida, incluso contra la petición de las distintas partes recurrentes, ni priva a la condenada recurrente de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica y de rebatirla en la casación, ni significa que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial (F 9).

Posteriormente hemos extendido igualmente las anteriores consideraciones respecto del recurso de casación fundado en la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del artículo 852 LECrim y 24.2 CE, que es el supuesto que se suscita en el presente amparo. Partiendo de que mediante la invocación de este derecho fundamental «es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, F 7, y 170/2006, de 5 de junio, F 3), hemos estimado que, cuando el motivo del recurso de casación del condenado y la adhesión del Ministerio Fiscal al mismo se fundan en la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la Sentencia recurrida, aun en contra de la petición de las partes recurrentes, no comportan infracción del principio acusatorio, pues «el objeto del recurso era, en lo que aquí interesa, la revisión de la legalidad de la condena de instancia desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia», sin que ello signifique que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias, sino ejercicio de la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente

encomendada y satisfacción del derecho del condenado al recurso penal, que este Tribunal ha interpretado como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la debida aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, F 7, y 170/2006, de 5 de junio, F 3)».

La cuestión fue también examinada en la STS 205/2015, de 10 de marzo de 2016, que finalizaba con una extensa cita de la STC 123/2005, de 12 de mayo. Se decía en la Sentencia de esta Sala: El Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo. En consecuencia, en esta sede y momento procesales todas las partes unánimemente reclaman la nulidad de la sentencia. Ninguna solicita su confirmación.

Esto nos lleva a plantearnos hasta qué punto estaría esta Sala vinculada por esa unánime petición de las partes.

¿Es posible rechazar un motivo de casación promovido por condenados y apoyado por la única acusación?  
¿En qué medida juega el principio acusatorio en casación? Aunque en este caso se trata de una petición de nulidad, lo que introduce un matiz singular no despreciable frente a situaciones en que la coincidencia viene referida a una cuestión sustantiva o de fondo que juega en beneficio del reo.

En la jurisprudencia de esta Sala el tema ha sido abordado pocas veces en profundidad. La práctica no obstante es casi pacífica. Aunque no frecuentes, tampoco son en absoluto insólitos los supuestos en que se rechazan recursos de casación del reo que han merecido el apoyo del Fiscal sin oposición de ninguna otra parte. La relativa inhabitualidad de esta situación obedece más bien a que es extraño que no acompañe la razón de fondo al Ministerio Público cuando apoya un recurso de casación de la parte pasiva, rectificando normalmente su posición en la instancia (vid. por ej. la STS 496/2013, de 13 de junio: uno de los motivos de la parte condenada contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal; sin embargo, es rechazado por razones de fondo). No se suele cuestionar la capacidad del Tribunal de casación para actuar de esa forma separándose de lo propugnado de consuno por recurrente y recurrido (acusación pública).

La STS 859/2013, de 21 de octubre aborda directamente esa temática inclinándose decididamente por considerar intactas las posibilidades de este Tribunal de estimar o no el recurso pese a no existir posiciones contradictorias en casación. Tal sentencia venía, no obstante, acompañada de un voto particular. El razonamiento desplegado en ella bebe en gran medida de la constatación de una previa doctrina constitucional.

Esa práctica, implantada, aunque poco teorizada en la jurisprudencia, doctrinalmente viene justificada por la no vigencia del principio acusatorio en sede de recursos (o, al menos, no en la forma y con las exigencias con que se desenvuelve en la instancia). Está refrendada por el Tribunal Constitucional: SSTC 123/2005, de 8 de junio y 183/2005, de 4 de julio (STS 205/2015, de 10 de marzo de 2016).