

# GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

**Rafael Fernández Montalvo**

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo  
Letrado del Tribunal Constitucional

## I. PLANTEAMIENTO

1. El proceso penal es cauce institucional para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en el que se desarrolla una actividad del poder público tendente al descubrimiento de los delitos, identificación de los responsables, imposición de las penas y de las restantes consecuencias jurídicas de la infracción penal, incluida, en su caso, la reparación del daño de la víctima. Pero, a la vez, constituye un instrumento para la salvaguardia de las garantías del ciudadano frente a la imputación penal. Es, por tanto, al mismo tiempo medio necesario para el castigo del delincuente y para la protección social (en particular de las víctimas del delito) y medio de autocontrol o limitación del poder punitivo del Estado.

Como institución jurídica representa un fenómeno cultural que sólo puede ser entendido plena y rectamente en el contexto de valores que influyen en cada etapa histórica. Como ha señalado Bettiol<sup>1</sup>, cultura y proceso son términos correlativos; de modo que los diversos tipos o formas de manifestación del proceso penal están en íntima relación con un determinado tipo de civilización.

Así, el proceso penal adopta inicialmente un sistema acusatorio, en el que es preciso una acusación propuesta y sostenida por persona distinta del Juez y rige, en cierta medida, la publicidad, oralidad y exclusión de la injerencia judicial en la búsqueda de las pruebas.

En la Edad Media, coincidiendo con la recepción del Derecho Canónico, asume la forma inquisitiva, caracterizada por la denuncia secreta, la instrucción escrita, la prisión preventiva del inculcado como regla,

<sup>1</sup> G. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal* (trad. F. Gutiérrez Alviz), Barcelona, 1977, p. 174.

quedando la dirección de las pruebas, el desenvolvimiento y crisis del proceso al arbitrio del Juez.

En el siglo XVIII, la Justicia Penal recibe el influjo del Iluminismo, acogiendo la laicización de las instituciones, la humanización y el sentido racional y utilitario que comporta el movimiento filosófico, no sólo en lo que puede entenderse como Derecho Penal sustantivo *strictu sensu*, sino también, de modo especial, en el ámbito procesal.

Alejado del específico campo jurídico, se recuerda como paradigma la defensa de Voltaire para reivindicar la memoria de Juan Calas, protestante condenado a muerte por el Parlamento de Toulous por la acusación, no demasiado probada, de haber asesinado a su hijo convertido al catolicismo<sup>2</sup>.

Incluso la aportación de Beccaria a las exigencias de la previa determinación del delito, igualdad y proporcionalidad de las penas no puede hacer olvidar su contribución a la revisión de los procedimientos policiales y judiciales, propugnando particularmente la supresión de la denuncia anónima y de la tortura.

La preocupación por la forma y el proceso está también presente en la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal. Así, Carrara (1805 a 1888) pone de manifiesto la importancia de la forma y del proceso. «El hombre, al no tener presente con certeza absoluta lo que es justo, no puede tampoco, por una prodigiosa intuición, tener la conciencia de la justicia intrínseca de un fallo. Lo presume justo cuando lo ve surgir de una serie de actos que obedecen a la ley y a la razón. Por ello, los ciudadanos tienen derecho a presumir injusta una resolución, aunque pueda ser intrínsecamente justa, si ha sido el resultado de un fallo irracional, arbitrario e ilegítimo. Por eso, a los efectos políticos, tanto vale que una sentencia sea justa como que el pueblo tenga razón para presumirla tal por el cumplimiento de unas formalidades ineludibles.» En el proceso penal no puede hablarse sólo de defensa de la sociedad, ya que ello equivaldría a legitimar en ciertos casos la violación del derecho individual por generalizar el peligroso principio *salus publica suprema lex*, lo que no puede admitirse en el Derecho Penal porque conduce a las leyes de la violencia, posibilidad que está fuera de la fórmula «defensa del derecho» en la que se encuentra el origen de la potestad punitiva. En suma, la Justicia Penal debe conciliar la tutela del derecho del acusado con la de la sociedad, de tal forma que manteniendo el derecho al castigo del culpable se proclame, también, el principio de que el acusado no debe ser sometido al castigo sin culpa, o más allá de la justa medida de sus deméritos<sup>3</sup>.

En el curso del siglo XIX se producirá la reforma del enjuiciamiento criminal en los principales Estados, mediante la recepción del sistema

<sup>2</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1963; SILVA MELEIRO, «Direcciones de la Justicia Penal Contemporánea», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio 1949, p. 38; CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire criminalista*, 1931, pp. 31 y ss.

<sup>3</sup> F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1944, vol. II, pp. 178, 190 y 196.

mixto o acusatorio formal, que Gómez Orbaneja califica de anglofrancés o versión francesa del puro proceso acusatorio de partes que Inglaterra había logrado conservar.

La legislación revolucronaria, a partir de 1791, establece el Tribunal del Jurado, con juicio oral y público, y sustituye el principio de prueba legal por el de libre valoración de la prueba. El sistema, que recibe forma definitiva en el Code de 1808, se caracteriza: como en la forma inquisitiva, la investigación y persecución de los delitos representa una función pública, pero, como en el proceso acusatorio, no se trata de una función estrictamente judicial.

En definitiva: se separa la función de investigación o acusación de la función de juzgar; del resultado de la instrucción depende que haya acusación y juicio; y el acto del juicio propiamente dicho es oral y público<sup>4</sup>.

En España, la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal, de 1872, introduce el mencionado sistema procesal mixto, con un sumario escrito, secreto y no contradictorio y un juicio (ante Tribunales de Derecho o Jurado Popular) oral, público y contradictorio, si bien en 1875 se suspendió su observancia en la parte relativa al juicio oral y al Jurado.

Será, por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por RD de 14 de septiembre de 1882, de conformidad con la autorización concedida al Gobierno por la Ley de Bases de 11 de febrero de 1881, el paso definitivo del modelo inquisitivo al tipo acusatorio formal, según el modelo del Code d'Instruction Criminelle, consagrando las garantías generalmente admitidas en su época histórica europea<sup>5</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley refleja la inquietud del legislador decimonónico por lograr un equilibrio en el reconocimiento de las garantías. El problema de la organización de la Justicia criminal, afirma, no se resuelve bien sino definiendo claramente los derechos de la acusación y de la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos ni subordinar el uno al otro; antes bien, armonizándolos en una síntesis superior.

En su articulado, la LECr. atribuía la fase de investigación a los Jueces de Instrucción y el conocimiento y fallo a las Audiencias Provinciales, estableciendo en el artículo 54.12 la causa de recusación que impedía a quien había sido instructor ser luego juzgador de la causa.

El sistema diseñado en los términos expuestos mantuvo su vigencia, prácticamente, hasta la Ley 3/67, de 8 de abril, que creó una modalidad de procedimiento de urgencia en el que el fallo se atribuía al mismo Juzgado de Instrucción, quebrando, además, el principio de única instancia para el enjuiciamiento de los delitos.

La referida acumulación de funciones, justificada en razones de eficacia y que supuso la necesidad de excepcionar la correspondiente causa de recusación, se reiteró en el RD-Ley de 4 de enero de 1977, respecto a los Juzgados Centrales de Instrucción, y en la LO 10/80, de 11 de noviembre. No sería hasta después de la STC 145/88, de 12 de julio,

<sup>4</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981, pp. 117 y 118.

<sup>5</sup> GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, p. 113.

cuando se restablece la separación funcional de la instrucción y el fallo, mediante la LO 7/88, de 28 de diciembre..

La nueva Ley, que se dicta con carácter de provisionalidad y antes de que se decida el modelo definitivo del proceso penal, sin llegar a soluciones tan radicales como las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo, atenúa el peso de la fase instructora judicial, al tiempo que, como señala la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado, acentúa el principio acusatorio y el papel de las partes en el proceso para un tipo de procedimiento que ha de servir de marco a la inmensa mayoría de las causas seguidas por delito.

En los últimos tiempos se ha propugnado en el proceso penal la vigencia de lo que, en terminología de H. J. Schneider, se ha dado en llamar principio victimológico o de protección de los derechos e intereses de las víctimas del delito.

En la sociedad industrial moderna, el Estado ha asumido el deber de proteger del delito a los ciudadanos; los componentes de la sociedad están sometidos a un riesgo común frente al delito y, por lo tanto, de ser víctimas de éste. Dado que el Estado ha fracasado en concreto frente a la víctima del delito y que ésta realiza una aportación especial en favor de la sociedad en la prevención y en la lucha contra la criminalidad, no se puede admitir, ante todo por motivos de justicia, que la víctima esté expuesta en el proceso penal a mayores perjuicios, sobre todo cuando éstos son evitables.

El planteamiento realizado de reconocimiento de los intereses de la víctima, en línea con lo que ha supuesto, por ejemplo, en los Estados Unidos la Ley de 12 de octubre de 1982 —Victim and Witness Protection Act—, en la República Federal Alemana la Ley de Protección a la Víctima, de 18 de diciembre de 1986, o las recomendaciones del Consejo de Europa para el mejoramiento de la situación jurídica de las víctimas, de 28 de junio de 1985, y de la *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, de 1986, no significa, en modo alguno, una política criminal represiva que dañe o restrinja los derechos constitucionales del acusado. Se trata, en realidad, de una compensación de intereses que evite la llamada «victimización secundaria», con los daños sociales, psíquicos y económicos que para la víctima pueden derivar del propio proceso penal.

2. El proceso penal, además, evidencia de forma especial la peculiar concepción de la relación del Estado con el individuo, reflejando una idea autoritaria de la misma o, por el contrario, otra de respeto a los valores de la personalidad, libertad y dignidad humana.

En dicho sentido, el proceso penal está singularmente condicionado por el régimen político. No puede olvidarse que es el único instrumento para la realización del Derecho Penal, ya que no es posible una imposición extrajudicial de la pena. Y esta manera de delinearse el proceso penal en la dialéctica orden-libertad conduce necesariamente a orientar su desenvolvimiento en el marco que políticamente tenga el individuo en el Estado.

Consecuentemente, como recuerda G. Leone, a cualquier evolución política sigue paralela una reforma del proceso penal, cuya interdependencia con las instituciones políticas es, si cabe, más estrecha que las del Derecho penal sustantivo.

En prueba de lo manifestado, Bettiol se hace eco de cómo la regla *in dubio pro reo* ha sido abandonada en favor del principio antitético *in dubio pro civitate*, cuando la preeminencia ontológica del grupo no podía, ciertamente, consentir el favorecer al individuo en una situación que hacía persistir en la mente del Juez incertezas sobre la fundamentación de los hechos constitutivos del delito o sobre la inexistencia de hechos impeditivos de la pretensión punitiva. Igualmente, la prohibición de la *reformatio in peius* de las sentencias de primera instancia por parte del Juez de apelación tiene una razón predominantemente política frente a la fundamentación lógico-jurídica, y la misma regulación de las medidas cautelares o de coerción procesal está también en función de una elección política hecha por el legislador entre la «razón de Estado» y la «razón individual»<sup>6</sup>.

El contenido normativo del Derecho Procesal Penal está profundamente informado por la Constitución, lo que da cierto sentido a la afirmación de que aquél es, en la práctica, un verdadero Derecho Constitucional aplicado.

3. La Constitución española de 1978, que consagró el tránsito del anterior régimen político a un Estado social y democrático de Derecho (art. 1), ha supuesto para el proceso penal el reconocimiento de la garantía de la dignidad humana como valor primario, haciendo explícitos algunos principios inmanentes al ordenamiento procesal vigente, añadiendo otros que la práctica forense y la doctrina no reconocían en él y dando, en todo caso, un nuevo valor y significado a los propios principios.

El artículo 24 CE ha supuesto, para las garantías procesales que incorpora, el que dejen de ser meras formulaciones o abstracciones técnicas inducidas de preceptos procesales concretos con finalidad sistemática, interpretativa o incluso integradora de lagunas legales, para convertirse en exigencias impuestas por una norma constitucional cualificada que les dota del valor y significado de los derechos fundamentales, con toda la eficacia y trascendencia que ello comporta.

El precepto es desde el primer momento norma jurídica suprema vinculante para todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluidos los órganos del Poder Judicial (art. 117 CE); de inmediata aplicación sin necesidad de legislación de desarrollo, que incorpora un acabado sistema de garantías procesales a las que se asegura su observancia mediante el propio recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

Su eficacia supone, en primer lugar, la necesidad de adecuar las normas procesales a sus exigencias mediante una interpretación de las mismas, no sólo declarativa, sino integradora (SSTC 253/88 y de 15 de

<sup>6</sup> G. BETTIOL, *ob. cit.*, p. 175.

febrero de 1990, RA 22552 y 2573/89), que tenga en cuenta la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Norma Fundamental (arts. 161 y 164 CE, 1 y 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ).

Resulta ilustrativo, en relación con el cambio experimentado, lo ocurrido en la Jurisprudencia en torno al llamado principio *in dubio pro reo*. Con independencia de su concreto sentido y alcance, de manera constante el Tribunal Supremo había venido declarando que el recurso de casación, amparado en el número 1 del artículo 849 de la LECr., no podía acoger la infracción del mencionado principio general porque a través suyo no se invocaba precepto sustantivo de naturaleza penal u otra norma jurídica del mismo carácter que debiera ser observada, considerándole de aplicación potestativa en la práctica judicial y, por ende, no susceptible de casación (ATS de 23 de octubre de 1974, entre otros). Sin embargo, a partir de la STC 31/81, de 28 de julio, resulta meridianamente claro para la propia Jurisprudencia penal ordinaria que, una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia, en cualquier caso, ha dejado de ser un principio de derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental, cuya transgresión es residenciable en la propia vía casacional.

En segundo término, el enjuiciamiento o control positivo de constitucionalidad de las leyes procesales penales aplicables, que han de hacer los órganos judiciales, debe tener en cuenta las exigencias del artículo 24 CE, para que, si consideran la posibilidad de su inconstitucionalidad y se trata de leyes posteriores a la Constitución, planteen la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos 163 CE, 35 y ss. de la LOTC y 5.2 de la LOPJ.

En relación a leyes preconstitucionales, la STC 4/81, de 2 de febrero, y, más tarde, la 11/81, de 8 de abril, han adoptado un sistema peculiar y distinto, tanto respecto del Tribunal Constitucional Federal alemán, que remite su eventual contradicción con la Ley Fundamental de Bonn a los Tribunales ordinarios, negándose a aceptar la cuestión como un problema de derogación, como respecto al Tribunal Constitucional italiano, que, por el contrario, se declara competente para decidir, entendiendo que se trata de una ilegitimidad sobrevenida. Nuestro Tribunal Constitucional, en relación a las leyes preconstitucionales, ha tenido en cuenta que la Constitución es a la vez una ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. La coincidencia de ambos supone, por una parte, la inconstitucionalidad sobrevenida, que permite a los Jueces y Tribunales plantear cuestión de inconstitucionalidad en caso de duda, y, por otra parte, dejar de aplicar la norma legal si aquéllos entienden que ha sido derogada por oponerse a la Constitución.

## II. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. El artículo 24.1 CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva mediante una «cláusula general», fruto de una pretendida enmienda de estilo, la número 709 del Senado, que sustituyó la primitiva redac-

ción del Anteproyecto constitucional, que aludía a que «toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses sin que en ningún caso pueda producirse indefensión».

La fórmula utilizada ofrece la dificultad inicial de su delimitación conceptual. Referida al proceso penal, en la perspectiva del acusado o imputado, ha sido considerada pórtico de la enumeración singularizada del párrafo 2 del propio precepto constitucional<sup>7</sup>. Es ésta una noción amplia que priva al derecho a la tutela judicial efectiva de su significado técnico-jurídico, con olvido de la singularidad de cada una de las previsiones de la norma constitucional susceptibles de hacerse valer individualizadamente en el recurso de amparo.

Del análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede extraerse un concepto específico o estricto que, sin olvidar la relación funcional con el resto de las garantías procesales constitucionalizadas, comprendería, por lo que se refiere al proceso penal, al menos: el derecho a promover la actividad jurisdiccional, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho respecto de las pretensiones oportunamente deducidas, y el derecho de acceso a todas las instancias y recursos legalmente establecidos.

En orden a la ejecución de las sentencias, que también se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el ámbito jurisdiccional penal debe distinguirse aquélla del cumplimiento de la pena propiamente dicha, que escapa, en sus modalidades, incidencias y modificaciones, del interés de quien fue acusador en la causa, en la medida en que el *ius puniendi* lo ostenta en exclusiva el Estado y es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo ha de cumplirse, con respeto al principio de legalidad y sin que las decisiones que a tal fin se adopten afecten a los derechos de quien ejercitó la acusación particular<sup>8</sup>.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las concepciones expuestas no son incompatibles, pues, como señala Vives Antón<sup>9</sup>, el uso amplio del concepto del derecho a la tutela judicial efectiva resulta legítimo en cuanto evidencia el carácter instrumental que con respecto al mismo tienen las garantías contenidas en el número 2 del artículo 24, permitiendo abordarlas como elementos necesarios de aquél.

2. Como es sabido, nuestro sistema de enjuiciamiento penal reconoce, junto al ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, regido en su actuación por el principio de legalidad (arts. 124 CE, 435 LOPJ, 1 y 2 del Estatuto Orgánico, y 105 y 271 de la LECr.), legitimación penal activa a todos los ciudadanos españoles (art. 101 LECr.), con las salvedades derivadas de los artículos 102 y 103 de la Ley Procesal, y, singularmente,

<sup>7</sup> L. DÍEZ PICAZO, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Poder Judicial*, núm. 5, marzo 1987, p. 47.

<sup>8</sup> ATC de 3 de julio de 1989, RA 302/89.

<sup>9</sup> T. S. VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Poder Judicial*, número especial II, p. 103.

al ofendido o perjudicado por el delito (arts. 109 y 110 LECr.). Tales previsiones legales se constitucionalizan a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuya restricción sólo cabe justificar por la concurrencia con otros intereses que estén también protegidos constitucionalmente.

Con independencia de la especificidad que en esta materia presenta la Jurisdicción Castrense, en la que el Tribunal Constitucional ha valorado la incidencia de la vinculación y disciplina del Ejército (STS 97/85, de 29 de julio)<sup>10</sup>, pueden ser objeto de especial mención las siguientes limitaciones:

a) El artículo 280 de la LECr. establece que el particular querellante prestará fianza de la clase y cuantía que señale el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio.

El ejercicio de la acción penal puede regularse sometiéndola a condiciones orientadas a posibilitar el otorgamiento de una eficaz tutela judicial, que disminuye en abstracto como consecuencia de la paralización que en el seno de la Administración de Justicia puede provocar el ejercicio de acciones infundadas, para las que el delito de acusación o denuncia falsa no es instrumento disuasorio suficiente; de modo que exigir una fianza que garantice la seriedad de la acción, en los casos en que esa seriedad puede razonablemente ponerse en duda, es perfectamente legítimo, siempre que por las condiciones de la garantía no resulte ilusorio el ejercicio del derecho constitucionalizado<sup>11</sup>.

Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la previsión del artículo 280 LECr. no puede entenderse discriminatoria en relación con las excepciones que resultan del artículo 281 de la propia Ley, ya que en este precepto se contempla un criterio jurídicamente atendible, como es la posición en que la persona se encuentra con respecto a los efectos o consecuencias del delito, teniéndose en cuenta la condición de ofendido o la relación de representación, parentesco o el carácter de heredero de la víctima de la infracción penal<sup>12</sup>.

Admitida la constitucionalidad del mencionado artículo 280 de la LECr., se ha planteado, no obstante, la necesidad de compaginar su existencia con la declaración de gratuidad de la acción popular que se contiene en el artículo 20.3 de la LOPJ. Sin embargo, aunque se haya considerado derogada la norma procesal por algún sector de la doctrina, puede entenderse que la fianza no es incluíble entre las exenciones a que da lugar el precepto de la Ley Orgánica, según resulta de su propia previsión legal, que excluye únicamente aquella que por su inadecuación impida el ejercicio de la acción popular.

b) Respecto a la inmunidad parlamentaria reconocida en el artículo 71.2 CE, la concesión o denegación del suplicatorio por la Cámara ha

<sup>10</sup> Artículo 127 de la LO 2/89, de 13 de abril, del Proceso Militar.

<sup>11</sup> T. S. VIVES ANTÓN, *ob. cit.*, pp. 110 y 111.

<sup>12</sup> SSTC 62/83 y 173/87.



de efectuarse atendiendo a la finalidad específica y naturaleza propia de la prerrogativa, que es distinta de la inviolabilidad<sup>13</sup>. Esto es, debe tender a evitar, únicamente, la utilización política de la vía penal, cuando se trata de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. Y al Tribunal Constitucional corresponde en vía de amparo constatar que se ha efectuado la ponderación teleológica de la institución en términos de razonabilidad (STC 90/85).

c) Los artículos 757 LECr. y 410 LOPJ imponen, para la exigencia de responsabilidad penal a Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, la celebración de un antejuicio o juicio preliminar para la admisión de la querrela, salvo que sea interpuesta por el Ministerio Fiscal; requisito que es considerado doctrinalmente como presupuesto procesal de perseguibilidad del delito.

Desde el punto de vista constitucional se han planteado dos cuestiones: de una parte, si la misma exigencia resulta contraria al principio de igualdad; de otra, si, no obstante su previsión legal, puede rechazarse una querrela formulada contra Juez o Magistrado por delito en el ejercicio de sus funciones sin la previa celebración de dicho antejuicio.

En el primer aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la institución no es atentatoria a los postulados de la igualdad, ya que tiene su legitimidad constitucional en la garantía de la independencia y dignidad de la función jurisdiccional. En el segundo, ha precisado que el precepto específico no impide la aplicabilidad directa de la norma común contenida en el artículo 313 de la LECr. cuando el Tribunal pueda apreciar simplemente que los hechos en que se fundamenta la querrela no constituyen delito<sup>14</sup>.

d) El condicionamiento que supone la autorización judicial precisa para la viabilidad de las querellas por injurias o calumnias vertidas en juicio (arts. 467, párrafo segundo, CP y 279 y 805 LECr.) es conforme a la Constitución, en cuanto supone una restricción del derecho de tutela judicial efectiva encaminada a proteger a quienes hayan comparecido en un proceso frente a los perjuicios que una causa penal pudiera originarlos como consecuencia de las manifestaciones realizadas en el mis-

<sup>13</sup> La inviolabilidad supone la prerrogativa de que gozan los parlamentarios respecto a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, lo que supone que no pueden ser sometidos a procedimiento alguno, tanto por las referidas opiniones como por los votos que emiten en el seno de la Cámara (art. 71.2 CE). La inmunidad comporta que, durante sus mandatos, los Diputados y Senadores sólo puedan ser detenidos en caso de flagrante delito y que no puedan ser inculcados ni procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (STC 36/81).

<sup>14</sup> SSTC 61/82 y 156/89. En esta última sentencia se formuló un voto particular discrepante del Magistrado V. GIMENO SENDRA, en el que sostiene la necesidad de la celebración de la «Vista», argumentándose que si el antejuicio está informado por los principios de oralidad y publicidad, la indebida negativa de un Tribunal a su celebración ha de conllevar no sólo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también la infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

mo para la defensa de sus derechos e intereses. Con esta finalidad está configurada legalmente la autorización de que se trata, cuyo otorgamiento se atribuye precisamente a aquel órgano judicial que, por haber entendido del caso, se encuentra en la mejor situación para apreciar la relevancia, el significado e intención de las manifestaciones o expresiones proferidas en el curso del proceso (STC 100/87, de 12 de junio).

e) Para el ejercicio de la acción penal es preciso la presentación de querrela o el intento de constituirse en parte en el proceso abreviado de la LO 7/88, de conformidad con el artículo 783, párrafo segundo *in fine*, de la LECr. No es, por tanto, medio adecuado la denuncia, ni su mera presentación faculta para la ulterior formulación del recurso de amparo por denegación de tutela judicial efectiva<sup>15</sup>.

f) Quien ejercita la acción en forma de querrela no tiene, sin embargo, en el marco del artículo 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos objeto de la misma, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación.

Consecuentemente, la inadmisión o desestimación de la querrela no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que, de conformidad con el artículo 313 de la LECr., el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados carecen de ilicitud penal. Pero si la resolución judicial no excluye *ab initio* en los hechos objeto de la querrela las notas caracterizadoras de la referida ilicitud debe practicar las diligencias necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que corresponda, con la consecuencia de que la crisis o terminación anticipada del proceso sólo cabe por alguno de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional (arts. 637 y 641 de la LECr.).

3. La motivación, considerada expresamente por el artículo 120.3 de la CE como un requisito de las sentencias, representa, según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una exigencia constitucional extensiva ordinariamente a las resoluciones judiciales.

La doctrina distingue, sin embargo, la mera operación lógica de subsunción de los hechos en la norma, aspecto al que se refieren los artículos 142 LECr. y 248 de la LOPJ, del razonamiento crítico que da a conocer los motivos tenidos en cuenta para dicha subsunción.

La práctica judicial, como observa Fernández Entralgo, partiendo de la literalidad del indicado precepto procesal, restringió la motivación de

<sup>15</sup> SSTC 115/84 y 173/87. A la expresada doctrina no se opone la STC 189/88, de 17 de octubre, ya que, si bien otorga el amparo, debe tenerse en cuenta que se trata de un juicio de faltas en el que, con independencia de la denuncia, se sostuvo en el mismo juicio oral la acusación sobre la que no se pronunció la sentencia objeto de impugnación en vía constitucional.

las sentencias exclusivamente a la mera subsunción, «e incluso concluyó reduciéndola a la formularia invocación de determinados artículos y de la doctrina jurisprudencial que los interpretaba, sin extenderse en explicar por qué el tratamiento jurídico de los hechos declarados probados demandaba su aplicación. Se contradecía así el espíritu de una norma que distinguía la mera cita de las disposiciones legales (los que los usos del foro denominaba "Vistos") y los fundamentos doctrinales y legales de la decisión»<sup>16</sup>.

Por otra parte, se había entendido que la libre valoración de la prueba establecida en el artículo 741 de la LECr. excluía la expresión en la sentencia de la fundamentación del convencimiento judicial sobre la realidad de los hechos y la intervención en los mismos del acusado. En tal sentido es paradigmático el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, al señalar que «es totalmente ocioso e innecesario el análisis o valoración del resultado probatorio dada la soberanía que la ley le concede [al Tribunal] para dicha valoración y que ha de permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones». Esta tarea, además de inusual, insólita y desacostumbrada, se considera que no tiene cabida en la normativa legal establecida en el artículo 142 de la LECr.

En la descrita realidad sociológica y jurídica, poco propicia a la real observancia de la motivación de las resoluciones judiciales, ha tratado la jurisprudencia constitucional de precisar el alcance de la exigencia impuesta en este aspecto por el artículo 24.1 CE, señalando que, aunque no comporta la necesidad de que el Juez o Tribunal haga una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado o una respuesta singularizada a cada una de las alegaciones de las partes, sí requiere que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación de la norma, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico.

En sede constitucional no cabe, sin embargo, residenciar la revisión del acierto o desacierto del razonamiento empleado, salvo que resulte manifiestamente arbitrario o ilógico en relación con la conclusión que el fallo representa, ni tampoco la censura de la parquedad o concentración de los motivos expuestos, siempre que sea posible conocerlos y respondan de manera específica al contenido del fallo adoptado.

En orden a la expresión de los fundamentos probatorios, la doctrina del Tribunal Constitucional ha distinguido entre la prueba directa y la prueba indiciaria. En el primer caso basta que pueda constatarse la existencia de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo, aunque no se haga expresa referencia a ella en la resolución judi-

<sup>16</sup> J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, número especial VI, p. 61.

cial, mientras que en el segundo es preciso que el órgano judicial razone por qué elige una determinada conclusión de entre las hipótesis posibles. En la operación deductiva debe señalarse cuáles son los indicios probados y cómo se deduce de ellos la participación del acusado en los hechos integrantes del tipo penal de que es acusado, de tal manera que cualquier Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios (SSTC 174 y 175/85).

4. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho al recurso forma parte de la tutela judicial efectiva, aunque doctrinalmente se ha considerado que no hay dificultad alguna para entenderle incluido en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>17</sup>. No se trata, ciertamente, de un derecho incondicional, sino que ha de ejercitarse a través de los cauces y con la observancia de los requisitos legalmente establecidos.

A) La determinación del significado y alcance de las normas procesales que establecen los requisitos o presupuestos de los recursos corresponde a los órganos judiciales ordinarios, si bien éstos no pueden adoptar un criterio interpretativo formalista que lleve a considerar la inadmisión del recurso como una sanción a la parte que haya incurrido en un error del procedimiento. Por el contrario, es necesario atender a un criterio de proporcionalidad que impone un tratamiento distinto de los diversos grados de vicios o defectos en el planteamiento de los recursos. No es lo mismo el incumplimiento de los presupuestos procesales que produce la nulidad o ineficacia del acto porque no puede cumplir el fin previsto en la norma, que las simples irregularidades instrumentales de menor alcance que simplemente hacen imperfecto el acto de parte, para las que procede la subsanación en lugar de la grave consecuencia que representa la inadmisión.

En definitiva, como señala la STC 11/88, de 2 de febrero, los presupuestos y requisitos que las leyes establecen han de ser valorados de acuerdo con su finalidad; es decir, mediante la razonable apreciación del medio en que consisten y el fin que con él se persigue, ponderados en su justa proporción para evitar la preponderancia de lo que es sólo instrumento con mengua de la finalidad última de la función jurisdiccional.

B) La Constitución, con carácter general, no ha cambiado el sistema de recursos; sin embargo, la libertad del legislador para establecer los medios de impugnación que estime oportunos y condicionarlos a determinadas exigencias, que no representen trabas injustificadas o arbitrarias<sup>18</sup>, encuentra en el proceso penal la matización que deriva de la pretendida exigencia de la doble instancia.

<sup>17</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, tomo II, Valencia, 1989, p. 83.

<sup>18</sup> SSTC 172/87 y 185/87.

Los Códigos Penales decimonónicos se caracterizaron por el principio de la única instancia, ligado a la instauración del Jurado y a los principios de oralidad y libre apreciación de la prueba<sup>19</sup>.

En nuestra LECr., la ausencia de recurso de apelación frente a sentencias dictadas en el proceso ordinario por delitos se explicaba en la doctrina como una consecuencia del principio de inmediación. Su admisión, se decía, habría de ser a costa de repetir íntegramente toda la actividad procesal ante el Tribunal *ad quem*, aumentando aún más el tiempo de incertidumbre del acusado. En un proceso escrito, la situación es distinta porque el recurso se puede decidir a base de los materiales de la primera instancia, aunque también en él padezca el principio de inmediación en cuanto a la práctica de las pruebas.

La fuerza de la argumentación expuesta no se hacía valer en el juicio de faltas, que tenía asignado un recurso de apelación a pesar de desenvolverse la primera con arreglo a la forma oral<sup>20</sup>.

Los Códigos procesales penales más modernos admiten la doble instancia, y, en nuestro ordenamiento, la Ley 3/67, de 8 de abril, para el «procedimiento de urgencia», y la LO 10/80, de 11 de noviembre, para el «procedimiento oral», introdujeron también el recurso de apelación frente a sentencias.

De cualquier forma, la situación se ha considerado que cambia con la Constitución, ya que, de acuerdo con los artículos 10.2 y 96.1, las normas relativas a los derechos fundamentales deben entenderse integradas con lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), que otorga a toda persona declarada culpable de un delito el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley<sup>21</sup>.

El examen de la cuestión de la doble instancia en el ámbito procesal penal fue abordado por primera vez en la STC 42/82, de 5 de julio, que otorgó el amparo solicitado frente a la inadmisión de un recurso de apelación acordada por un Juez de Peligrosidad Social. Con posterioridad se han dictado diversas resoluciones que conforman un cuerpo de doctrina susceptible de ser resumida en los siguientes términos:

a) El mandato de la norma internacional no es bastante por sí solo para crear un recurso inexistente en el ordenamiento jurídico, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del declarado culpable a un recurso ante el Tribunal superior, lo que supone que la interpretación de las normas haya de efectuarse en el sentido más favorable a un recurso de este género.

b) No se reconoce propiamente una doble instancia, sino la sumisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un Tribunal supe-

<sup>19</sup> V. GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, p. 82.

<sup>20</sup> L. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1978, p. 385.

<sup>21</sup> Véase artículo 2.1 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

rior; sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país ha de fijar sus modalidades (STC 76/82, de 14 de diciembre).

c) El recurso de casación en nuestro sistema procesal, además de la finalidad que tradicionalmente se le ha anudado de unificación interpretativa de las normas, contribuyendo a la fijeza del ordenamiento con vistas a la seguridad jurídica, cumple la función de aplicar y velar por la observancia del derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido, permitiendo al justiciable someter el fallo condenatorio al Tribunal superior a que se refiere el indicado artículo 14.5 del PEDCP (SSTC 17/85, de 9 de febrero; 60/85, de 8 de octubre, y 20/89, de 31 de enero).

La LO 7/88, de 28 de diciembre, no ha terminado con el doble sistema vigente en nuestro ordenamiento, de manera que el proceso por delitos graves sigue configurándose por la ley de única instancia, con la posibilidad de un recurso de casación formal y restringido, mientras que en el procedimiento abreviado del que conocen los Jueces de lo Penal para delitos menos graves<sup>22</sup> se mantiene el sistema de doble instancia sin posibilidad de casación, al igual que el juicio de faltas.

d) En los casos en que la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo conoce del enjuiciamiento de las causas de personas aforadas (arts. 71.3 CE y 57.2 LOPJ), la falta de un ulterior conocimiento se compensa por el hecho mismo del fuero privilegiado al ser juzgados por el órgano jurisdiccional superior, según el artículo 123.1 CE (SSTC 51/85, de 10 de abril, y 30/86, de 20 de febrero).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha utilizado, asimismo, el criterio interpretativo derivado del artículo 2.2 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, según el cual el principio general del doble conocimiento en el proceso penal «puede ser objeto de excepciones... cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta...» (ATC 1309/88, de 12 de diciembre).

Incluso la atribución de la competencia a un órgano judicial de mayor rango funcional que el que la tiene ordinariamente atribuida no constituye ninguna infracción constitucional, dado el incremento de garantías que supone la asunción del caso por un Tribunal de orden superior.

C) La misma importancia y regulación formalista del recurso de casación ha determinado una abundante Jurisprudencia Constitucional que, partiendo de que corresponde al Tribunal Supremo apreciar en

<sup>22</sup> Castigados con penas privativas de libertad no superior a seis años, con pena de multa, de privación del permiso de conducir, o con cualquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años (art. 14, tercero, LECr.).

principio la inadmisibilidad del recurso, ha consagrado, sin embargo, la regla de que tal decisión es improcedente: cuando no se basa en causa legalmente prevista; la aplicación de la causa legal carece manifiestamente de justificación; y cuando resulta más adecuado o proporcionado al requisito omitido acudir a su posible subsanación<sup>23</sup>.

Así, la referencia indiferenciada del artículo 884.4 de la LECr. a la inobservancia de los requisitos que la ley exige para la preparación o interposición del recurso de casación no puede entenderse como una remisión genérica a cualquier defecto de forma que exima al Tribunal del deber de interpretar la norma del modo más ajustado a su sentido institucional. No siempre, ni necesariamente, un defecto o carencia de forma en el escrito de interposición del recurso lleva sin alternativa a su inadmisión; por el contrario, ha de ponderarse su trascendencia o esencialidad y las posibilidades de subsanación.

De forma singularizada, pueden destacarse los siguientes extremos:

a) La obligación que impone la ley procesal al recurrente, en el último inciso del párrafo primero del artículo 874 LECr., de exponer los fundamentos del recurso en párrafos numerados se halla al servicio de alcanzar la mayor concisión y claridad en el planteamiento de la pretensión impugnatoria, exigencia que ha de ser interpretada de acuerdo con su *ratio*, de manera que si tal finalidad se cumple la inadmisión del recurso resulta improcedente (SSTC 110/85, de 8 de octubre; 102/86, de 16 de junio, y 123/86, de 22 de octubre).

b) El Tribunal Supremo, en aplicación del llamado principio de unidad de alegaciones en los escritos de preparación y formalización, ha inadmitido recursos en los que en el primero de dichos escritos se citaba como infringido el artículo 849.1 de la LECr., no el artículo 5.4 de la LOPJ, y en el segundo se aducía violación de preceptos constitucionales. Esta doctrina ha sido considerada por el Tribunal Constitucional fruto de una sustantivación, como categoría específica, de un recurso de casación por infracción de norma constitucional que representa un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso.

D) En relación con el recurso de revisión penal, son importantes las precisiones de las SSTC 7/81, de 30 de marzo, y 124/84, de 18 de diciembre<sup>24</sup>. Conforme a su doctrina, la solicitud motivada para promover el recurso (art. 955 LECr.) sólo origina necesariamente la actuación ministerial conducente a formar y resolver el expediente, que es preprocesal, y a comunicar al solicitante la decisión que se adopte. La falta de dicha resolución motivada infringe el artículo 24.1 CE, que, sin embargo, no comprende el derecho a que se interponga el recurso de revisión por el Ministerio Fiscal.

<sup>23</sup> SSTC 79/86, 81/86, 97/86 y 79/87, entre otras.

<sup>24</sup> J. APARICIO CALVO, *Poder Judicial*, núm. 10, pp. 71 y ss.

Aunque las causas de revisión enumeradas en el artículo 954 de la LECr. son las comúnmente admitidas en el Derecho comparado, el Tribunal Constitucional ha apreciado insuficiencias en su actual regulación, referidas especialmente a la función decisoria del Ministerio de Justicia, la ausencia del condenado en la fase de interposición y la conveniencia de que, en el supuesto del artículo 954.4 de la LECr., quien debiera valorar los nuevos elementos de prueba, conforme a los artículos 24.1 y 117.4 CE, es el propio órgano jurisdiccional. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional ha considerado que no puede reconocer legitimación directa al condenado para interponer el recurso porque supondría una manera de establecer un nuevo régimen del recurso, invadiendo las competencias propias del legislador.

5. La indefensión que el artículo 24.1 CE prohíbe ha de entenderse como una limitación de los medios de alegación o de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, producida por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales.

Por tanto, no coincide necesariamente la indefensión constitucionalmente relevante con un concepto de la misma meramente procesal o con cualquier infracción de las reglas procesales. Por el contrario, consiste, en esencia, en la privación de la posibilidad de alegar y, en su caso, justificar los propios derechos o intereses, o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias.

A diferencia del carácter marcadamente formal que el concepto de indefensión tiene en el ámbito procesal, en el plano constitucional, como derecho fundamental, el concepto que la Constitución recoge en el artículo 24.1 para proscribirla es un concepto material; y, en consecuencia, ha de entenderse que no se produce indefensión cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no ha habido en la práctica merma de las posibilidades legales de alegación o defensa<sup>25</sup>.

### III. DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el artículo 24.2 CE, pero relacionado también con lo que dispone el artículo 117.3 y 4 de la Norma Fundamental, exige: que la ley haya creado previamente el órgano judicial, que la norma le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la producción del hecho objeto de enjuiciamiento, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, estando, asimismo, determinada legalmente su titularidad o composición, con la debida garantía de independencia e imparcialidad.

<sup>25</sup> SSTC 48/86 y 89/86.



1. La preconstitución del órgano supone, en primer lugar, su creación y atribución de competencia en base a criterios generales fijados anticipadamente y no con vista a determinados hechos, garantizando al justiciable la certeza sobre su determinación e impidiendo que ésta se haga *a posteriori*<sup>26</sup>.

Se trata, por tanto, de un requisito temporal con dimensión constitucional y orgánica que excluye el Juez *ex post facto*.

Precisamente con base en esta exigencia se ha cuestionado la constitucionalidad de las disposiciones que en el curso de un proceso inciden en la competencia de un Juez, a quien se le sustrae el conocimiento para atribuírselo a otro distinto<sup>27</sup>.

A nuestro modo de ver, sin embargo, ha de estarse al derecho transitorio de la correspondiente norma, teniéndose en cuenta, por una parte, que la generalidad de la formulación *ad futurum* de la nueva competencia excluiría, propiamente, la configuración de un Juez *ad hoc* y, por otra, que el proceso es una actividad que se desarrolla en el tiempo, de manera que la nueva ley resulta aplicable a los actos procesales que se realizan bajo su vigencia, quedando ya consumados los realizados bajo la anterior. La expresada regla se matiza considerando que por actos procesales se entienden todos los incluidos en una fase procesal y que, iniciada ésta bajo la vigencia de una ley, debe culminarse conforme a ella, produciéndose en las fases sucesivas la acomodación al nuevo proceso<sup>28</sup>.

La exigencia de que se trata comporta también un determinado rango en la norma creadora del órgano y atributiva de la competencia; así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su sentencia 101/84, al precisar que, conforme a los artículos 53.1 y 86.1 de la Constitución, la predeterminación judicial ha de efectuarse por ley en sentido estricto y no por medio de Decreto-Ley, ni por disposición emanada del Ejecutivo, aunque tal exigencia de rango normativo no puede aplicarse con efecto retroactivo a normas preconstitucionales.

En la doctrina se ha mantenido la necesidad de que la norma tenga el carácter concreto de Ley Orgánica, habida cuenta de lo dispuesto en el mencionado precepto 53.1 y 81.1 CE, respecto a las «normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales»<sup>29</sup>. Sin embargo, la Jurisprudencia Constitucional ha precisado que, en lo que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede mantenerse la equiparación del ámbito negativo de exclusión del Decreto-Ley del artículo 86.1 de la CE con el positivo de exigencia de Ley Orgánica del artículo

<sup>26</sup> SSTC 101/84 y 93/88. SS. de la Corte Constitucional italiana 88/62 y 128/68.

<sup>27</sup> M. MONTORO PUERTO, «Tutela efectiva y Juez ordinario predeterminado por la ley», *Poder Judicial*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2127.

<sup>28</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/89: el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/88, de 28 de diciembre. La Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley establece que los procedimientos en curso a la entrada en vigor de la Ley se acomodarán a lo dispuesto en los artículos 779 y ss. de la LECr., modificados conforme a lo establecido en esta Ley, salvo cuando se haya formulado por la acusación la calificación provisional.

<sup>29</sup> GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, pp. 48 y 49.

lo 81 CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general del derecho o, en su caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo, aunque se produzca en leyes sectoriales (STC 140/86, de 11 de noviembre).

Así, pues, de la interpretación conjunta de los artículos 24.2 y 81.1 CE no puede concluirse que se requiera rango de Ley Orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos Tribunales ordinarios. La existencia de tales normas constituye un presupuesto para la efectividad del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, pero no representa un desarrollo del mismo en los términos del artículo 81.1 CE.

2. El carácter de Juez ordinario se entiende como opuesto a Jurisdicción especial; esto es, como exigencia de que el órgano esté enmarcado en la Jurisdicción ordinaria<sup>30</sup>.

Ciertamente, el monopolio jurisdiccional para la imposición de la pena y el derecho a ser juzgados por Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH) conlleva, como pone de relieve Gimeno Sendra<sup>31</sup>, la ilegitimidad constitucional de cualquier órgano administrativo que pudiera estar habilitado para la imposición de sanciones penales, o de cualquier jurisdicción que con extralimitación de su competencia pretendiera imponerlas. El Tribunal Constitucional así lo ha entendido en relación con la Jurisdicción Militar, señalando que si se le atribuyera indebidamente un asunto determinado, ello comportaría la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (SSTC 75/82, 11/84, 66/86 y Sentencia de 16 de noviembre de 1989, RRAA acumulados 1340/87 y 612/88).

La Constitución reconoce la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución (art. 117.5); de manera que, prescindiendo de las hipótesis de estado de sitio, resulta claro el carácter restringido con que se admite la Jurisdicción Militar, reducida a las infracciones que lesionen bienes jurídicos de carácter castrense, entendidos como aquellos que afecten al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas.

La condición de Juez ordinario también excluye al Juez especial, entendido como Juez *ad hoc*, al margen de normas competenciales dotadas de cierta generalidad, aunque ello no supone la consagración constitucional de un determinado fuero, ni tampoco la prohibición de reglas especiales de competencia en el ámbito penal.

El tema está relacionado con el alcance del llamado «Juez natural», cuyo significado originario y restringido parecía aludir al Juez del territorio, lo que supondría que formase parte de la garantía el que el crite-

<sup>30</sup> MONTORO PUERTO, *ob. cit.*, p. 2123.

<sup>31</sup> GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, p. 49.

rio atributivo de la competencia no fuera otro que el del lugar de la comisión del delito<sup>32</sup>.

El Anteproyecto de la Constitución contenía en el párrafo 2 del artículo 24 la expresión: «Asimismo, todos tienen derecho al juez natural.» Dicho texto, sin embargo, fue sustituido por la actual redacción en virtud de la enmienda 779, que se justificó en los siguientes términos: «la expresión natural calificando al Juez puede tener dos acepciones: la originaria y todavía usual en el mundo anglosajón, que significa Juez competente en virtud de normas objetivas, por lo que en fórmulas constitucionales más progresivas, como son las escandinavas, se utiliza la expresión que se propone en esta enmienda; por el contrario, el adjetivo natural puede referirse a un factor metajurídico desbordado por las reglas de competencia legalmente establecidas y que por ser tales, es decir, por proceder de la Ley, no son naturales, sino culturales, esto es, artificiales...».

Se prefirió, en definitiva, una redacción más descriptiva que conceptual. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al mantener, con carácter general, que Juez ordinario predeterminado por la ley es el señalado por el legislador. La garantía de que se trata no supone el derecho a un Juez determinado en concreto (STC 97/87) y no excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia. La noción constitucional de Juez ordinario predeterminado por la ley no se concreta en el establecimiento legislativo de unas competencias en general, sino que se integra normalmente con aquellas disposiciones legales que derogan o alteran esa competencia general (STC de 28 de marzo de 1990, CCII acumuladas 487/86, 158/87, 495/87 y 510/87). De manera especial, existen supuestos en los que, por razón de la naturaleza o por la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que los hechos se producen y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, el legislador puede atribuir la instrucción y el enjuiciamiento a un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el artículo 152.1 CE, ni tampoco el artículo 24.2 de la misma Norma Fundamental (STC 199/87, de 16 de diciembre).

3. El derecho fundamental de que se trata requiere que la composición del órgano judicial venga fijada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la determinación de su titular o de los miembros que lo integran. Se garantiza con ello la independencia e imparcialidad judicial, como expresamente recogen los artículos 14 del PIDCP y 6.1 del CEDH, exigencia que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse libremente sus componentes, que son, en definitiva, quienes ejercitan

<sup>32</sup> GIUSEPPE SABATINI, *Principi Costituzionali del Processo Penale*, Nápoles, 1976, p. 107. En el artículo III, párrafo último, de la Constitución de los Estados Unidos se señala que el juicio tendrá lugar en el Estado en que el delito se haya cometido. Y la Enmienda IV a dicha Constitución establece: en toda causa criminal el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un Jurado imparcial del Distrito y Estado en que el delito se haya cometido...

las facultades intelectivas y volitivas en las decisiones que deben adoptarse (STC 47/83, de 31 de mayo).

Consecuentemente, la formación de las Salas, los supuestos de sustitución, prórroga de jurisdicción, comisiones de servicios y, en general, la alteración de la titularidad o composición de los órganos judiciales han de estar regulados por la ley, pudiendo tener trascendencia constitucional la aplicación de las correspondientes normas contenidas en los artículos 196, 216 y concordantes de la LOPJ.

La posibilidad de que, conforme al artículo 304 de la LECr., se designen jueces instructores especiales, a pesar de que su intervención se limite al sumario, puede representar vulneración del derecho al Juez legal, en la medida en que la indeterminación de la norma y la discrecionalidad en el apoderamiento pueden suponer el nombramiento de un Juez *ad hoc*.

En cuanto a la imparcialidad judicial, la Jurisprudencia Constitucional más reciente, especialmente a partir de las sentencias 145/88, de 12 de julio, y 164/88, de 26 de septiembre, la incluye expresamente en el ámbito del derecho a un juicio con todas las garantías o con las garantías debidas<sup>33</sup>. No obstante, preferimos abordar este requisito dentro del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, en la misma línea que lo hacían las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que sistemáticamente es un principio que afecta de modo especial al Derecho Judicial Orgánico.

Como señala C. Calvo Sánchez, la independencia es un instrumento necesario para el logro de la imparcialidad, apareciendo ambas notas como caracteres de los dos momentos en que puede contemplarse la Jurisdicción: la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como potestad; la imparcialidad, al momento procesal, a la Jurisdicción como función.

El requisito de imparcialidad supone la posibilidad de recusar a los Jueces y Magistrados en quienes se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales (art. 219 LOPJ); esto es, circunstancias que privan de idoneidad subjetiva al titular del órgano o miembro del Tribunal. Ello, sin embargo, no comporta que corresponda al Tribunal Constitucional en vía de amparo determinar si es o no apreciable la causa de recusación invocada, revisando, incluso, la decisión judicial adoptada al respecto. El derecho a formular la recusación constitucionalmente garantizado comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley con este fin y que la cuestión propuesta sea enjuiciada por Juez distinto del que haya sido objeto de la recusación.

Con independencia de las causas de recusación referidas a las condiciones de idoneidad subjetiva (arts. 219 y 220 LOPJ), el Tribunal Consti-

<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al proceso debido incluye, aunque no se cite de forma expresa por el precepto constitucional, la garantía del Juez imparcial, que representa, sin duda, una de las exigencias de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho como el nuestro, de acuerdo con el artículo 1 CE.

tucional ha abordado el significado y relevancia de la necesaria imparcialidad judicial objetiva o funcional.

En una primera etapa, su doctrina se atuvo al sistema del *numerus clausus*, y así consideró que la prevista en el artículo 54.12 de la LECr., consistente en haber sido el Juez instructor de la causa, no era aplicable al procedimiento de las Diligencias Preparatorias ni al proceso por delitos menos graves y flagrantes, al estar excluida expresamente por el artículo 3 de la Ley 3/67, de 8 de abril, y por el artículo 2.2 de la LO 10/80, de 11 de noviembre, respectivamente.

La STC 113/87, de 3 de julio, aborda ya la posible falta de imparcialidad derivada de la previa instrucción de la causa por el mismo órgano judicial que conoce y falla; si bien, con independencia de que dicha acumulación funcional pueda cuestionarse, no apreció la vulneración del derecho fundamental en el caso contemplado porque el recurrente no fue juzgado ni condenado por el Juez que tuvo a su cargo las actuaciones instructoras al haber acontecido una sustitución en la titularidad del órgano.

Las SSTC 145/88, de 12 de julio; 164/88, de 26 de septiembre; 11/89, de 24 de enero, y 106/89, de 8 de junio, conforman un cuerpo de doctrina sobre la trascendencia constitucional de la acumulación de las funciones instructora y de conocimiento y fallo que puede resumirse en los siguientes puntos:

A) Parte del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contenido en las sentencias de 1 de octubre de 1982 (caso *Piersack*) y de 26 de octubre de 1984 (caso *De Cubber*), que, sobre la base del artículo 6.1 del CEDH, distingue la imparcialidad en una doble vertiente: subjetiva, atinente a evitar un criterio parcial del Juez derivado de sus relaciones con las partes o con el objeto del proceso, y objetiva, dirigida a comprobar si el titular del órgano judicial ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima de parcialidad por consideraciones de carácter funcional y orgánico. En el ámbito de esta última se concluye que la presencia del Juez instructor en el Tribunal que ha de fallar puede inspirar preocupaciones al encausado en orden a la observancia del principio de la imparcialidad en el juicio.

B) La determinación de la actividad instructora se aborda acudiendo a un concepto abstracto, derivado del contenido del sumario, según la previsión del artículo 299 LECr., y a un enunciado ejemplificativo de supuestos excluidos e incluidos en dicha categoría de actos<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 145/88, ha considerado que no son actos de instrucción: el conocimiento de la apelación formulada frente a autos dictados por los Jueces de Instrucción; la resolución que decreta de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el auto de conclusión del sumario (art. 631 LECr.); primeras diligencias que no supongan dirigir el procedimiento contra nadie (art. 303 LECr.); los actos de comunicación y ordenación procesal; aportación de antecedentes penales; y acreditación de sanidad del lesionado. Por el contrario, considera que son actos de instrucción: recibir declaración al detenido, que comporte la

Advirtiendo que no toda intervención del Juez antes de la vista o juicio oral tiene carácter de instrucción, en consonancia con la orientación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el informe *Hauscheldt*, de 16 de julio de 1987, se señala que es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse integrante de la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, pudiendo provocar en el ánimo del instructor, incluso, a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. E incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar con la plena imparcialidad que le es exigible, pudiendo quebrar la confianza que los Tribunales en una sociedad democrática han de inspirar al justiciable.

La LO 7/88, de 28 de diciembre, promulgada especialmente para hacer efectiva la separación entre las funciones de instrucción y de conocimiento y fallo, ha creado los Juzgados de lo Penal y el Juzgado Central de lo Penal para el enjuiciamiento de los delitos menos graves, y, en relación con las personas aforadas, ha modificado los artículos 57.2, 61.2 y 73.4 de la LOPJ, disponiendo que cuando la Sala deba instruir y fallar se designará, conforme a un turno preestablecido, un instructor entre sus miembros, quien no podrá formar parte de ella para enjuiciarlos. Sin embargo, tal delegación no fue prevista para el artículo 8.1 de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, del que derivaba la atribución de la instrucción, procesamiento, conocimiento y fallo de las causas por delitos imputados a tales funcionarios en el ejercicio de su cargo a las Audiencias Provinciales, lo que ha determinado que se declarase la inconstitucionalidad del precepto, por ser contrario al Juez imparcial, en virtud de la sentencia de 28 de marzo de 1990, resolutoria de las Cuestiones de Inconstitucionalidad acumuladas números 487/86, 158/87, 495/87 y 510/87.

4. De la Jurisprudencia Constitucional pueden destacarse los siguientes criterios particulares:

A) No corresponde al Tribunal Constitucional decidir sobre cuestiones entre órganos de la Jurisdicción ordinaria, pues los criterios de la delimitación de competencia entre ellos no es por sí sola materia que sea objeto del derecho reconocido en el artículo 24.2 CE. En tal sentido, cuando exista controversia sobre cuál ha de ser el órgano judicial al

práctica de un verdadero interrogatorio judicial; la decisión sobre la situación personal adoptada conforme a los artículos 503 y 504 de la LECr.; resolver los casos de denuncia o de querrela conforme a la LECr., lo que supone que el Juez deba proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 LECr.) o la práctica de diligencias propuestas por el querrelante (art. 312 LECr.); realización anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral; y acordar *ex officio* la práctica de actos de investigación previstos en la LECr.

que, dentro de la Jurisdicción ordinaria, corresponde el conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelva aquélla no entraña por sí misma lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado legalmente, incluso si tal decisión fuera contraria a las normas procesales, puesto que la interpretación y aplicación de éstas corresponde, en principio, a los órganos del Poder Judicial (SSTC 75/82, de 13 de diciembre; 49/83, de 3 de junio, y 43/85, de 23 de marzo, entre otras; AATC de 7 de marzo de 1984, RA 817/83; de 28 de marzo de 1984, RA 100/85, y de 11 de junio de 1986, RA 147/86).

B) En relación con los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional ha señalado que son orgánica y funcionalmente, por su composición y forma de designación, órganos judiciales ordinarios, y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 sobre el caso *Barberá* y otros, en el que se afirma: «la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un RD-Ley y compuesto por Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial» (STC 199/87).

C) En orden al Jurado, el Tribunal Constitucional ha precisado que, aunque no cabe duda de la aplicabilidad directa de la Constitución y de la efectividad inmediata del derecho fundamental de que se trata, la concreción del Juez ordinario en cada caso queda deferida a la ley vigente, por lo que dentro del enunciado derecho podría incluirse el derecho a ser juzgado por Jurado en la medida en que la ley vigente así lo determine.

Desde este planteamiento se pronuncia sobre la alegación formulada en orden a la aplicabilidad de la Ley del Jurado de 20 de abril de 1988, al haber sido objeto de suspensión por Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 8 de septiembre de 1936, señalando que la Constitución no pone en tela de juicio la validez de los modos de producción normativa del anterior ordenamiento, incidiendo su Disposición Derogatoria únicamente sobre los contenidos normativos, no sobre las formas de creación, por lo que, en consecuencia, el citado Decreto no puede entenderse derogado a causa de su modo de producción. Y, por lo que respecta al contenido del mismo, ha de afirmarse que el artículo 125 CE parte de la situación de suspensión, al configurar el Jurado como una institución cuya efectividad queda diferida al futuro, en cuanto la participación ciudadana a través del mismo se producirá en la forma y con respecto a los procesos penales que la ley determine.

En conclusión, de acuerdo con el mencionado precepto constitucional: existe una obligación para el legislador de crear el Jurado y, dado que el artículo 24.2 CE reconoce el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, tal derecho fundamental comprende el enjuiciamiento por Jurado en la medida en que la ley a que se remite así lo prevea cuando se promulgue, y con el alcance que corresponda a la intervención del Jurado (ATC 147/83, de 13 de abril).

#### IV. DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA TECNICA

1. El derecho a la defensa letrada en el ámbito penal corresponde no sólo a imputados y acusados, sino también a quienes comparecen como acusadores particulares ejercitando la acción penal (STC 30/81, de 24 de julio).

Debe, no obstante, tenerse en cuenta que la asistencia letrada se configura en la LECr. de forma preceptiva para detenidos y presos, excepto en los delitos contra la seguridad —art. 520.2.c) y 5) LECr.—, y para los imputados, designándoseles de oficio Abogado y Procurador cuando no los hubieren nombrado por sí mismos y los solicitaren o cuando no tuvieren aptitud legal para verificarlo. Y, en todo caso, ha de requerírseles para que los nombren, siendo designados de oficio, si no se hace, cuando la causa llega a un estado en que se necesite el consejo de aquéllos o hayan de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación (arts. 118.4 y 778 LECr.).

En el proceso ordinario por delito, la defensa técnica es, por tanto, absolutamente necesaria, al menos a partir del trámite de conclusiones del artículo 652 de la LECr. Tratándose del nuevo procedimiento abreviado, Gimeno Sendra y Portero García<sup>35</sup> han sostenido que la asistencia es imprescindible desde el primer interrogatorio judicial; si bien el artículo 791.1 LECr. señala que, abierto el juicio, si los acusados no hubieren hecho uso de su derecho a nombrar abogado ni se les hubiere nombrado de oficio, se les emplazará, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezcan con Abogado que les defienda y Procurador que les represente, nombrándoles de oficio si no lo hicieron<sup>36</sup>.

Por el contrario, en el Juicio de Faltas, la asistencia de Letrado resulta potestativa.

La regulación expuesta suscita la vigencia en nuestro ordenamiento del llamado derecho a la autodefensa o derecho a defenderse por sí mismo, al que, según un sector de la doctrina, se opone la imposición legal del defensor técnico.

Como señala Moreno Catena<sup>37</sup>, las manifestaciones autodefensivas tienen escasa significación en la LECr. y como derecho no goza de un expreso reconocimiento constitucional. No obstante, aparece consagrado en el artículo 14.3 del PIDCP y en el artículo 6.3 del CEDH, y no pue-

<sup>35</sup> GIMENO SENDRA, *El nuevo proceso penal*, Valencia, 1989, p. 120; PORTERO GARCÍA, *Comentarios a la reforma procesal penal de la LO 7/88*, p. 60.

<sup>36</sup> V. PÉREZ ARINO sostiene que el legislador ha creado una triple distinción: aquellos que han estado detenidos o presos, que tienen Abogado desde el primer momento; aquellos otros imputados que el Juez entiende que necesitan Abogado, a los que se les nombra en ese momento; y, por último, aquellos que, o bien porque no han sido oídos en el procedimiento o bien porque el Instructor no lo ha considerado necesario, llegan hasta el momento siguiente a la apertura del juicio oral sin haberse-lo nombrado. *Reforma del proceso penal*, Madrid, 1990, p. 34.

<sup>37</sup> V. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, p. 34.



de olvidarse la incidencia directa en nuestro Derecho de los Tratados Internacionales, singularmente en materia de derechos fundamentales, de conformidad con los artículos 10.2 y 96.1 CE.

En el fondo de la cuestión late la doble concepción de la defensa: como requisito de la regularidad del proceso penal o como derecho absoluto del imputado, establecido en su exclusivo beneficio, que podrá ejercitar como mejor considere satisfechos sus derechos e intereses legítimos.

A nuestro entender, los postulados de las citadas normas internacionales y el reconocimiento amplio de la defensa que hace el artículo 118 de la LECr. debe conducir a una interpretación judicial de las normas procesales favorable a compatibilizar, en la medida de lo posible, la intervención personal del imputado en el procedimiento en su propia defensa con la exigencia de la defensa técnica y el requisito de postulación de los actos procesales, dando relevancia a previsiones tales como, entre otras, la del artículo 400 LECr., que reconoce al procesado la facultad de declarar cuantas veces quiera, o la del artículo 739, que reconoce al acusado el derecho a las últimas manifestaciones en el juicio oral.

2. El derecho a la defensa y asistencia técnica comporta de forma esencial para las partes del proceso penal el que puedan encomendar su representación y asesoramiento a quien merezca su confianza y consideren más adecuado para instrumentar su propia defensa.

En el indicado sentido y respecto a la aplicabilidad de la previsión contenida en el artículo 113 de la LECr., que establece que «siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta, lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal», la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que han de tenerse en cuenta dos principios que deben ser conciliados: el derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que el concepto jurídico indeterminado «si fuera posible» haya de traducirse en algo más que en una necesaria ausencia de incompatibilidad entre las distintas partes que ejercen la acción penal o civil derivada del delito —requisito mínimo—; siendo preciso una suficiente convergencia de intereses, e incluso de puntos de vista, en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas (STC 30/81, de 24 de julio).

La actuación procesal del Abogado defensor de libre designación no es susceptible de ser examinada en el recurso de amparo para determinar si fue o no correcta, ya que dicho recurso sólo puede formularse frente a actos u omisiones de poderes públicos, nexo que sólo podría considerarse existente en el caso de que el Letrado hubiera sido designado de oficio (STC 94/83, de 14 de noviembre, y ATC de 29 de octubre de 1986, RA 615/86).

3. La obligación del Estado de proveer a la asistencia letrada gratuita en determinados supuestos no se satisface con el simple nombramiento o designación de Abogado por el turno de oficio, puesto que el artículo 6.3.c) del CEDH, como subraya el TEDH, no habla de nombramiento, sino de asistencia, expresión idéntica a la del artículo 24.2 CE, de donde se infiere que lo que el Convenio dispone es que el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva. En consecuencia, dentro de este enfoque hermenéutico realista, el TEDH condenó en el caso *Artico* al Estado demandado por entender que incumbía a las autoridades de aquel país asegurar al recurrente el disfrute efectivo del derecho que ellas mismas le habían reconocido.

El expresado criterio llevó al Tribunal Constitucional a entender derogado, por contrario al artículo 24.2 CE, el inciso final del párrafo segundo del artículo 876 de la LECr., que establecía la desestimación del recurso de casación si los dos Letrados designados de oficio no encontraban motivo de casación que alegar y el Ministerio Fiscal, a quien se pasaban lo antecedentes para fundar el recurso en beneficio del que lo hubiera interpuesto, los devolvía con la nota de «Vistos» (STC de 3 de marzo de 1988, RA 604/85). Posteriormente, la Ley 21/88, de 19 de julio, daría nueva redacción al indicado precepto procesal, previniéndose para tal supuesto el que la Sala lo comunique al recurrente a fin de que, si lo estima oportuno, designe Abogado e interponga el recurso dentro del plazo de quince días. Sólo si no lo hiciera se le tendrá por desistido.

La procedencia constitucional del nombramiento de Abogado de oficio, cuando ello resulte necesario, se extiende incluso a los procedimientos en que no es preceptiva su asistencia como requisito de postulación. Así, la STC 47/87, de 22 de abril, ha señalado que el indicado derecho a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de eliminar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o las limitaciones existentes en la defensa de alguna de ellas. El hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal no es causa que haga decaer ese derecho de asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de los actos procesales no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la Constitución.

4. El Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 527.a) LECr., que establece que al detenido o preso mientras se halle incomunicado se le designará, en todo caso, su Abogado de oficio, ha distinguido entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE como una de las garantías del derecho a la libertad, protegido en el número 1 del propio artículo, y el de asistencia letrada al imputado o acusado, a que se refiere el artículo 24.2 CE, en el marco de la tutela judicial efectiva y del derecho al proceso debido.

Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada guarda paralelismo con los textos internacionales. Así, el CEDH proclama en su artículo 5 el derecho a la libertad señalando los derechos del detenido, entre los cuales no figura la asistencia letrada, y en su artículo 6 consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado, con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Este mismo modelo se recoge en los artículos 9 y 14 del PIDCP.

Por consiguiente, en los propios textos internacionales tiene especial importancia la diferencia entre el detenido y el acusado en relación con el derecho de asistencia letrada, y así lo evidencia también la doctrina del TEDH en las sentencias de 27 de junio de 1966 (caso *Neumeister*), de 27 de febrero de 1980 (caso *Deweert*), de 13 de mayo de 1980 (caso *Artico*) y 26 de marzo de 1982 (caso *Adolf*), en las que el reconocimiento del derecho se hace depender de la existencia de acusación.

En nuestra Constitución se reconoce expresamente el derecho tanto al detenido como al acusado, pero se hace en distintos preceptos constitucionales, garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada, que impiden determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiran las condiciones profesionales y humanas de su Letrado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho; pero es preciso matizar que el elemento de confianza alcanza especial relieve cuando se trata de la defensa del acusado en un proceso, donde frecuentemente se plantean complejos problemas procesales y sustantivos. Ello no ocurre con el mismo alcance en el supuesto de la detención en primeras diligencias policiales, constitutivas de una situación jurídica en la que la intervención del Letrado, de acuerdo con el artículo 520 LECr., responde a asegurar con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido serán respetados, que no sufrirá coacción o trato incompatible con su dignidad en la declaración, que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar una vez realizados y concluidos, con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se presenta a la firma.

Dichas circunstancias caracterizadoras de la situación del detenido, unidas a que el artículo 17.3 CE habilita al legislador para establecer los términos del derecho a la asistencia letrada del mismo sin imponerle formas concretas de designación, conducen a entender que la relación de confianza, aun conservando cierta importancia, no alcanza, sin embargo, la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho. Consecuentemente, la libre elección de Abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial. Ello no obstante, la imposi-

ción de Abogado de oficio constituye una importante restricción del derecho que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requiere no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen (STC 196/87, de 11 de diciembre).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la falta de asistencia de Abogado en las declaraciones del detenido supone una irregularidad procesal que afecta al derecho de defensa, en la medida en que las declaraciones así prestadas se proyectan en la resolución final condenatoria. Consecuentemente, aunque no produce por sí misma la nulidad del juicio celebrado, las declaraciones así prestadas no deben ser valoradas en orden a la actividad probatoria precisa para desvirtuar la presunción de inocencia.

## V. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACION

1. La Constitución, además del derecho del detenido a conocer, de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, sus derechos y razones de su detención (art. 17.3 CE), consagra como derecho fundamental el de ser informado de la acusación formulada (art. 24.2 CE).

Se trata de un derecho, inherente al sistema acusatorio y de debate contradictorio, que tiene un desarrollo progresivo a lo largo de las distintas fases del procedimiento, y su observancia en el momento de la formulación definitiva de la acusación tiende a delimitar el objeto del proceso, hacer posible una defensa adecuada y fijar los límites de la sentencia.

La LECr., en su artículo 384, estableció el auto de procesamiento como resolución de imputación formal y la necesidad de que en el escrito de calificación provisional las partes acusadoras reflejaran «los hechos punibles que resulten del sumario» (art. 650.1). En la nueva redacción dada al artículo 118 por la Ley 53/78 se dispone, además, la obligación de poner, inmediatamente, en conocimiento de los inculcados la imputación existente.

En el procedimiento de la Ley Orgánica 7/88 se ha suprimido el auto de procesamiento, pero, a nuestro entender, rige el deber judicial de comunicar la imputación en los términos antes señalados, como, por otra parte, puede entenderse también implícito en lo dispuesto en el artículo 789.4 de la LECr.

Objeto de la información ha de ser, sin lugar a dudas, el hecho punible atribuido y la calificación jurídica del mismo, sin perjuicio de las matizaciones que haremos al tratar del principio acusatorio, ya que éste no exige la vinculación estricta del juzgador a la calificación efectuada por las partes, siempre que se respeten las exigencias derivadas del derecho constitucional de defensa.

2. Conforme a la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello se ha reiterado que la sentencia ha de resolver sobre éstas y no sobre las provisionales.

La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido al artículo 732 y, por otro, haría inútil la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral (STC 20/87, de 19 de febrero).

Para evitar la indefensión que pudiera resultar de la alteración de la acusación en conclusiones definitivas, el artículo 793.7 de la LECr., en el nuevo procedimiento de la LO 7/88, establece que cuando en dicho trámite la parte acusadora cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o de circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión del juicio, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

La expresada previsión es considerada en la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado susceptible de ser aplicada al procedimiento ordinario, de acuerdo con el propio significado de la reforma introducida por la Ley Orgánica, que responde singularmente al espíritu de la Constitución y a los términos en que el Tribunal Constitucional viene interpretando el principio acusatorio y el derecho de defensa.

La válida información de la acusación en segunda instancia no subsana una eventual carencia de la misma en la primera, ya que el resultado de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una única ocasión de informarse y defenderse de la acusación —esto es, en apelación— y, en consecuencia, se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías (STC 17/88, de 16 de febrero).

En el juicio de faltas, no puntualizando la Constitución las formas o las solemnidades que la información de la acusación ha de cumplir, debe entenderse que ha de realizarse de acuerdo con el propio tipo de proceso y con la legalidad reguladora del mismo. De tal manera que, ante el carácter menos formalista del juicio y la inexistencia de un único modo de información, debe considerarse válida y cumplida la *ratio* del precepto constitucional cualquiera que sea la forma en que llegue a conocimiento del posible inculpado.

No obstante, la flexibilidad en la formulación y en el modo de conocer la acusación no puede llevar a admitir una acusación en forma implícita o a presumir que ha existido acusación porque haya habido condena (SSTC 141/86, de 12 de noviembre, y 163/96, de 17 de diciembre).

## VI. DERECHO A UN PROCESO PUBLICO Y SIN DILACIONES INDEBIDAS

1. Frente al carácter secreto de las actuaciones procesales del Antiguo Régimen, el derecho a la publicidad del proceso, que se instaura como consecuencia de la propia ideología liberal en las primeras Constituciones<sup>38</sup>, protege a las partes de una Justicia sustraída al control público y mantiene la confianza de la comunidad en los Tribunales, representando en ambos aspectos uno de los pilares del Estado de Derecho.

El derecho a un proceso público, reconocido tanto en el artículo 24.2 como en los artículos 14 del PIDCP y 6 del CEDH, en la propia interpretación del Tribunal Constitucional y TEDH (casos *Pretto* y otros y *Axen*, de 8 de diciembre de 1983, y *Sutter*, de 22 de febrero de 1984), no se aplica a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia.

En la fase sumarial, conforme a los artículos 301 y 302 de la LECr., rige el principio de publicidad relativa y directa, referida tan sólo a las partes personadas. E incluso esta limitada publicidad puede excluirse por el Juez, que, a propuesta del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes o de oficio, puede mediante auto declarar el sumario, total o parcialmente, secreto para las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, debiendo, no obstante, alzar necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

La constitucionalidad del referido secreto sumarial y la compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir ha sido expresamente reconocida por la STC 13/85, de 31 de enero, precisando los siguientes extremos:

A) Para la adopción de dicha medida es condición esencial que venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias que la hagan imprescindible para asegurar el valor constitucional de la Justicia, debiendo coordinarse con el derecho de defensa de las partes.

B) El secreto del sumario tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias dirigidas a obstaculizar la investigación, en su objetivo de averiguar los hechos, y constituye una limitación al derecho de defensa, que no implica, sin embargo, indefensión, en la medida que no impida a la parte ejercitar plenamente dicho derecho cuando se deje sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad.

C) El tiempo de duración del secreto del sumario no es el elemento relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión, ya que ésta depende no del plazo en que se mantenga, sino de la ausencia de justificación razonable y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las diligencias que se hayan podido practicar.

<sup>38</sup> A. artículo 302 Constitución de 1812.

D) El Juez no debe prolongar el secreto del sumario por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo a emplear la máxima diligencia en practicar dentro del plazo acordado, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 302 LECr., las diligencias correspondientes; pero en modo alguno resulta admisible, desde la perspectiva constitucional, que el Juez, por no venir prevista la prórroga del plazo legal de un mes, quede impedido para prolongar la duración de la medida si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva la finalidad a la que atiende.

En relación con el juicio oral, la publicidad es absoluta, entendida como posibilidad de cualquier ciudadano de presenciar dicho acto mientras se disponga de espacio para ello. Y, desde luego, comporta el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real y efectiva para que el juicio se celebre con todas las garantías.

El artículo 120.1 CE establece, no obstante, que la publicidad del proceso puede conocer excepciones que deberán estar autorizadas por la ley. Estas se encuentran recogidas en los artículos 232 de la LOPJ y 680 de la LECr. en atención a razones de moralidad, orden público, protección de los derechos fundamentales y libertades o del respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia. Tal medida ha de adoptarse motivadamente conforme a criterios de proporcionalidad y excepcionalidad<sup>39</sup>.

2. La tardanza en la tramitación y resolución de los procesos penales tiene singular importancia para el inculpado, en los supuestos en que se ha acordado la prisión, y para el propio perjudicado, que mientras no haya pronunciamiento no ve resarcido o reparado el daño a través de la acción civil ejercitada. Pero también tiene incidencia para el propio resultado del proceso y la verdad material que en él se persigue, ya que con el retraso en la celebración del juicio puede resultar inútil el propio testimonio por el lógico olvido de los hechos o de la identidad de los que en ellos participaron.

Las dilaciones a que se refiere el artículo 24.2 CE son las expresivas del funcionamiento anormal del servicio de la Administración de Justicia o de un retraso injustificado en la adopción de las resoluciones judiciales, no cuando la demora se produce como resultado necesario de lo establecido en una disposición procesal que se estima de inexcusable aplicación por el órgano judicial.

<sup>39</sup> En orden a la llamada publicidad absoluta, mediata o indirecta, esto es, a la que se obtiene mediante el acceso a los medios de comunicación, FERNÁNDEZ ENTRALGO (*ob. cit.*, p. 68) sostiene que, a falta de una normativa específica, el principio constitucional de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120 CE), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por imperativos de espacio, lugar y tiempo, están en la imposibilidad de hacerlo.

La dilación indebida constituye, además, un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser integrado en cada caso concreto atendiendo a criterios objetivos conforme a la propia doctrina del TEDH, que ha señalado que constituye violación del correlativo derecho las dilaciones que se producen más allá de lo razonable.

Para la razonabilidad de la duración de un procedimiento, el citado Tribunal ha utilizado, fundamentalmente, los siguientes criterios: complejidad del asunto, tanto de los hechos como del Derecho aplicable; comportamiento de las partes y de las autoridades competentes, y las consecuencias que del proceso demorado se siguen.

Los indicados parámetros han sido también acogidos por nuestro Tribunal Constitucional, utilizando, asimismo, las pautas y márgenes ordinarios en el tipo de proceso de que se trata y el estándar medio admisible para determinar las dilaciones que resultan prohibidas (SSTC 36/84, de 14 de marzo; 109/84, de 26 de noviembre, y 5/85, de 23 de enero).

En tal sentido debe recordarse que una de las preocupaciones que inspiran la reforma del proceso de la LO 7/88 es, precisamente, la rapidez en su tramitación, y a ello responden reglas como las contenidas en el artículo 785 de la LECr., en las que se consignan, entre otras, que los informes de conducta a que se refieren los artículos 377 y 378 únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considere imprescindibles; no se demorará la conclusión de la instrucción por falta de certificado de nacimiento; y, en los casos de lesiones, no será preciso esperar a la sanidad del lesionado, cuando sea procedente el archivo o el sobreseimiento o fuere posible formular escrito de acusación.

En relación con el restablecimiento del derecho fundamental, aunque en ocasiones el Tribunal Constitucional ha señalado que no tiene sentido aducir en amparo su violación cuando el proceso ya ha finalizado, debe distinguirse la situación de simple inactividad judicial y la tardía producción de un determinado acto.

En el primer caso, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se preserva mediante el desarrollo de las secuencias del proceso dentro de los términos temporales razonables. En el segundo supuesto, no siendo posible el restablecimiento *in natura*, el camino no es otro que el de las fórmulas sustitutorias, y entre ellas la indemnización, pues en otro caso se negaría toda efectividad al derecho de que tratamos.

Dicha solución es la que con naturalidad aplica el TEDH, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 60 del Convenio, y la que el Tribunal Constitucional ha asumido. Así, en la sentencia 36/84, de 14 de marzo, señala que la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, cuando no puede ser remediado de otro modo, un derecho a ser indemnizado.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la responsabilidad patrimonial y la indemnización correspondiente no se canalizan jurisdiccionalmente por la vía del amparo constitucional. El quebrantamiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un supuesto —supuesto extremo en cuanto entraña una violación constitucional— del funcio-



namiento anormal de la Administración de Justicia, a que se refieren los artículos 121 CE y 292 a 297 de la LOPJ.

## VII. DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS

1. Las garantías constitucionales del proceso se extienden a la investigación penal, entendida, sobre la base del artículo 299 de la LECr., como el conjunto de diligencias practicadas por las autoridades competentes con objeto de lograr: el esclarecimiento de unos hechos que revisten los caracteres de delito y de las circunstancias en que se produjeron, y el aseguramiento de la persona que aparezca como responsable de los mismos, del cuerpo del delito, piezas de convicción y la responsabilidad de los hechos que se persiguen<sup>40</sup>.

En esta fase instrumental y preparatoria del juicio oral, en la que están presentes las exigencias derivadas del deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de las conductas que llevan aparejada el reproche penal, concurre también la necesidad de observar los postulados que derivan de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, tanto en relación con la defensa del imputado como, en general, los estrictamente personales de quienes se ven implicados en la investigación penal y conciernen a su integridad física y moral, libertad individual, intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (arts. 15, 17 y 18 CE).

En la redacción originaria de la LECr., en el procedimiento por delito era pieza clave la imputación formal que derivaba del auto de procesamiento, como decisión sumarial atributiva de un determinado *status* en el que estaba presente la garantía de la defensa. En el proceso de la LO 7/88, de 28 de diciembre, desaparece dicho auto, pero, ya antes, la Ley 53/78, de 4 de diciembre, en consonancia con las exigencias constitucionales, reconoció la categoría de imputado a toda persona a la que se atribuyera, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndola ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido. Se atendía con ello a quienes, sin ser procesados, podían ser interrogados por el Juez de Instrucción o ser citados para intervenir en otro género de diligencias, permitiendo la atribución indirecta de la condición de imputado<sup>41</sup>.

Conforme a la redacción dada al artículo 118 LECr., la imputación resulta de la detención, de la adopción de cualquier medida cautelar personal o real y de la admisión de denuncia o de querrela contra determinada persona. Sin embargo, no resulta clara la vinculación al proceso, que también se produce, según el párrafo segundo del propio precepto, por «cualquier actuación de la que resulte la imputación de un delito contra una persona o personas determinadas».

<sup>40</sup> V. MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, número especial II, pp. 131 y ss.

<sup>41</sup> STC 44/85.

La STC 135/89, de 19 de julio, ha precisado el alcance de dicha expresión, señalando que si no basta con la simple interposición de denuncia o querrela contra determinada persona, siendo precisa su admisión, menos debe bastar para la atribución de la condición de imputado la atribución de un hecho punible en cualquier diligencia o declaración testifical que se produzca durante la investigación penal. La fórmula del artículo 118.II LECr. no debe ser entendida literalmente, sino que ha de ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez de Instrucción (STC 37/89, de 15 de febrero). Es el titular del órgano judicial quien debe ponderar si la atribución formulada es «más o menos fundada» o, por el contrario, es manifiestamente infundada o imposible en su contenido.

No obstante, si el Juez, dentro del margen razonable de apreciación de que dispone, considera verosímil la imputación, de modo que nazca en él la sospecha contra persona determinada, no debe retrasar la consideración de ésta como imputada, surgiendo entonces los siguientes derechos:

1.º A la información de la propia imputación y de los derechos que le asisten en la detención o primera comparecencia (arts. 118, 520 y 789.4 LECr.), proporcionándole intérprete si no conociera el idioma español (art. 785.1 LECr.); exigencia ésta que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente a los españoles que ignoren el castellano (STC 74/87).

2.º Ejercicio de la autodefensa procesal, formulando las declaraciones exculpatorias que considere oportunas (art. 400 LECr.) o guardando silencio.

3.º A la asistencia técnica mediante nombramiento de Abogado de su elección o nombramiento de oficio cuando lo solicite, resultando obligada la presencia de Letrado, tanto en las diligencias que deban practicarse en relación con el detenido, salvo que se trate de hechos tipificados como delitos contra la seguridad del tráfico (art. 520.5 LECr.), como cuando la causa llegue a un estado en que se necesite su consejo o haya de interponerse algún recurso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, las declaraciones sumariales prestadas sin las garantías reconocidas al imputado sólo trascienden con efecto difusor invalidante a otros actos del procedimiento cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por ser su declaración irregular el único fundamento de su procesamiento, de la medida cautelar adoptada o de la condena impuesta. Si no se da tal circunstancia, la irregularidad producida no trasciende hasta causar por sí misma la nulidad del juicio<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> SSTC 47/86, 37/89, 66/89 y 115/89; AATC 115/87 y 234/89, entre otros.

2. La adopción de medidas coercitivas de investigación corporal con ocasión de diligencias policiales o judiciales de indagación de hechos presuntamente delictivos pueden constitucionalmente cuestionarse, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 15 y 18 CE.

En tal sentido, de la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en torno a reconocimientos ginecológicos para la comprobación de abortos quirúrgicos contenida en la sentencia 37/89, de 15 de febrero, pueden extraerse los siguientes principios:

A) La Constitución garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones o criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

B) No pueden entenderse intromisiones forzadas a la intimidad aquellas actuaciones que por las partes del cuerpo en que operen, o por los instrumentos mediante los que se realicen, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona.

C) Aun tratándose de actuaciones que afectan al ámbito protegido, la intimidad puede llegar a ceder en ciertos casos siempre que se den los siguientes requisitos:

a) Ha de acordarse en decisión judicial motivada no en una invocación genérica a los intereses públicos, a los que en cualquier caso ha de servir, sino en la contemplación específica de los siguientes criterios: previsión legislativa, apreciación por la autoridad judicial de la situación en que se halla el sujeto que puede ser afectado en relación con la actuación judicial en curso, y estimación de la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la necesidad de la adopción de la medida para asegurar la defensa del interés público a que tiende el ejercicio del *ius puniendi*.

b) La ejecución de la medida ha de proveerse de manera que resulte respetuosa con la dignidad de la persona y no constituya un trato degradante.

3. El contenido del artículo 18.2 y 3 CE eleva a la categoría de garantía constitucional el llamado principio de «exclusividad jurisdiccional» o de «reserva jurisdiccional» en la incidencia en los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Si bien, por disposición expresa del artículo 55 CE, tales derechos son susceptibles de suspensión cuando se acuerde el estado de excepción o de sitio (LO 4/81, de 1 de julio) y, de forma individual, de acuerdo con la Ley Orgánica y la necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Consecuentemente, sin el consentimiento de su titular, para la entrada en domicilio, salvo caso de flagrante delito, resulta constitucional-

mente precisa resolución judicial del órgano competente; esto es, según los artículos 546 LECr. y 87.2 LOPJ, del Juez o Tribunal que conozca la causa o, en su caso, del Juez de Instrucción de la demarcación judicial, no pudiendo ser acordada la medida ni siquiera en el ejercicio de la potestad administrativa de autotutela, como claramente resulta de la STC 22/84, de 17 de febrero.

Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que la LO 4/88, de 25 de mayo, dio nueva redacción al artículo 553 de la LECr., habilitando a los Agentes de Policía para proceder «de propia autoridad» a la entrada en casa o lugar cerrado para la detención de personas cuando haya mandamiento de prisión, sean sorprendidos en caso de flagrante delito o se trate de delincuente inmediatamente perseguido, y en los casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes (art. 384 bis LECr.), cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como para el registro correspondiente, debiéndose dar cuenta inmediata del mismo al Juez competente, de las causas que lo motivaron y de sus incidencias.

La misma Ley Orgánica ha incorporado al artículo 579 de la Ley Procesal el régimen para la intervención de las comunicaciones. Dicho precepto exige resolución judicial motivada en el seno de una investigación penal para la detención y apertura de la correspondencia postal o telegráfica y para la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas: cuando hubiere indicios de obtener por tales medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa, se trate de las comunicaciones de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal o de aquellas comunicaciones que sirvan para la realización de sus fines delictivos.

En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen en averiguación de delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, las medidas antes señaladas podrán ser ordenadas por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en el plazo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

4. Entre las medidas relativas a la libertad personal debe considerarse, en primer lugar, la detención, predicándose las garantías inherentes a ella de cualquier situación en la que la persona se encuentre impedida u obstaculizada en la libertad deambulatoria, incluida cualquier forma de retención policial (STC 98/86, de 10 de julio). Su duración no puede exceder del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo de setenta y dos horas el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2 CE).

En relación con la derogada LO 9/84, de 26 de diciembre, la STC 199/87, de 16 de diciembre, precisó que el artículo 55.2 CE permite que

la detención gubernativa pueda prolongarse legalmente más allá de las citadas setenta y dos horas, límite general previsto en el precepto constitucional, y esa posibilidad de prolongación es la que se configura como «suspensión del derecho», que, sin embargo, no altera el significado procesal de la medida ni hace decaer las demás garantías que asisten al detenido. Por otra parte, tal prolongación no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo sin una previa y expresa autorización judicial.

Corresponde, además, a la Ley Orgánica fijar el plazo máximo de duración de la detención ampliada, debiendo tenerse en cuenta que, aunque el legislador tiene un margen de discrecionalidad al respecto, no constituye una libertad de opción que le permita ampliar a su arbitrio la duración de la situación excepcional. En este sentido siguen siendo puntos necesarios de referencia tanto el artículo 9.3 del PIDCP como el artículo 5.3 del CEDH, que requieren la puesta a disposición judicial del detenido en el plazo más breve posible.

Todo ello supone que el legislador debe ponderar las exigencias derivadas de la investigación correspondiente y la aplicación del criterio de la necesidad estricta y de la mayor brevedad posible de la detención.

El actual artículo 520 bis de la LECr., introducido por la mencionada LO 4/88, ha dado respuesta al criterio de la Jurisprudencia Constitucional, señalando que la detención de persona detenida como presunto partícipe en alguno de los delitos a que se refiere el artículo 348 bis puede prolongarse más allá de las setenta y dos horas, el tiempo necesario para los fines de la investigación, hasta un máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga se adoptará en resolución motivada.

Como es sabido, el Ministerio Fiscal puede acordar la detención, además de la citación de comparecencia, en el procedimiento abreviado de la LO 7/88; pero debe considerarse, a nuestro entender, como detención gubernativa y no judicial, sin que, por tanto, disponga del nuevo plazo de tres días establecido en el artículo 497 de la LECr.

La incomunicación del detenido representa algo más que un mayor grado de intensidad en la pérdida de la libertad, dadas las trascendentes consecuencias que se derivan de tal situación, muy en particular en los casos en que se acuerda en fase de detención gubernativa (art. 527 de la LECr.).

Consecuentemente, el artículo 55.2 CE no habilita al legislador orgánico para suprimir la intervención judicial, encomendando exclusivamente la adopción de la medida a la autoridad gubernativa. Por su propia naturaleza y finalidad encaminada a no perjudicar «el éxito de la instrucción» (art. 524 LECr.), cabe que la ordenación inmediata de la incomunicación se realice por la autoridad gubernativa, pero ello no excluye que la decisión definitiva corresponda al órgano judicial. En este sentido, el nuevo artículo 520 bis.2 LECr. establece que, detenida una persona por los motivos a que se refiere el artículo 384 bis, podrá

soicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse en resolución motivada en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado, sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527 LECr., hasta que el Juez hubiera dictado la resolución pertinente.

La prisión provisional supone la privación de libertad del inculpado durante la sustanciación del proceso con el fin de asegurar su presencia en el juicio, garantizar una ordenada investigación de los hechos por el órgano encargado legalmente de dirigirla y asegurar la pena que eventualmente pueda imponerse. Desde ningún punto de vista debiera atribuirse a la medida cautelar de que se trata la función de anticipar la pena, ni desde el prisma sancionatorio ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar, aunque bien es cierto que, conforme al propio artículo 503 de la LECr., se hacen intervenir en la decisión consideraciones ajenas a sus propios fines cautelares, como son la alarma social o la frecuencia con que se cometan los hechos delictivos, además de permitirse esta medida cualquiera que sea la pena señalada al delito que se impute al inculpado.

La Ley encomienda, dentro de la función jurisdiccional que les es propia, a los Jueces y Tribunales la competencia de decidir sobre la situación de libertad o de prisión provisional, conforme a las reglas establecidas en los artículos 503 y 504 de la LECr.; preceptos que, sin embargo, han de ser aplicados con vinculación a la norma constitucional, integrada por lo dispuesto en los artículos 3.9 y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5 y 6.2 del CEDH y 6.1, 9.3 y 14.2 del PIDCP.

Por tanto, los órganos jurisdiccionales, al adoptar la medida cautelar de que se trata, deben atender a los siguientes criterios: interdicción de la arbitrariedad; presunción de inocencia; limitación de la medida de prisión hasta un plazo razonable; justificación de la medida en el aseguramiento de la comparecencia del acusado al juicio oral y en su puesta a disposición judicial para la ejecución del eventual fallo o en la evitación de otras infracciones; y excepcionalidad de la prisión provisional, que no debe constituir la regla general.

En cuanto al plazo, la Constitución no se contentó con acudir al concepto indeterminado del «plazo razonable», al que se remiten ordinariamente los Convenios Internacionales, sino que impuso al legislador la fijación de plazos efectivos y, aunque éstos pueden variar, mientras la ley fije unos determinados, es evidente que han de cumplirse y ese cumplimiento integra la misma garantía constitucional de la libertad consagrada en el artículo 17 CE. Ello no obstante, en reciente sentencia, de fecha 18 de enero de 1990 (RA 1437/87), el Tribunal Constitucional ha señalado que, además del plazo legal, el concepto de «plazo razonable» representa un estándar jurídico que ha de ser integrado en cada caso concreto, mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano jurisdiccional y del propio recurrente, siendo sus-

ceptible de revisarse su aplicación concreta en sede de amparo constitucional.

En cuanto a la prórroga, es incuestionable que los Tribunales pueden prolongar la situación procesal de prisión provisional antes del transcurso de los dos años desde su comienzo, conforme al artículo 504.4 LECr., si se dan los requisitos establecidos en la norma. Pero cuando así no se hace, no cabe subsanar fuera de dicho plazo la vulneración constitucional de la garantía de la libertad personal no respetada por la omisión del órgano jurisdiccional (STC de 3 de abril de 1987, RA 786/86).

A pesar del carácter de simple medida cautelar, la prisión provisional es, sin duda, una decisión judicial que incide negativamente en el *status* de libertad personal del inculpado, y, por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1 y 4 del artículo 17 CE; como restrictivas son también las leyes orgánicas que establecen las condiciones de su aplicación y la duración máxima de la medida para los delitos en función de las penas previstas y de las circunstancias que concurran en la causa. De tal consideración la doctrina constitucional deduce que, en orden a la sucesión de tales normas, los órganos judiciales, al fijar el alcance temporal de las mismas, deben elegir y aplicar la menos restrictiva del derecho (STC 32/87, de 10 de marzo).

5. De las garantías del proceso debido forma parte también la observancia de principios procesales constitucionalizados, como son: el principio acusatorio, de contradicción, igualdad, oralidad e inmediatez.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de los principios generales del proceso, señalando que la propia tutela judicial efectiva supone el cumplimiento por los Tribunales de los principios rectores del proceso, explícitos o implícitos en el ordenamiento procesal, que no es un simple conjunto de trámites, sino un ajustado sistema de garantías para las partes.

A) El principio acusatorio supone: la existencia de uno o varios acusadores que ejercitan la acción penal y formulan la pretensión punitiva, uno o varios acusados frente a los que se pide la actividad procesal o el juicio y un Tribunal imparcial. Pero, al mismo tiempo, exige unos hechos concretos respecto de los cuales se pide el enjuiciamiento y dentro de los cuales ha de mantenerse el Tribunal al ejercer sus poderes y deberes jurisdiccionales.

El principio de que se trata rige en primera y en segunda instancia, en los procesos por delitos y en los juicios de faltas, aunque tiene una distinta proyección según la fase del procedimiento.

En el sumario y en la fase investigadora de la instrucción en el proceso abreviado, aunque la LO 7/88 acentúe el principio acusatorio, permanece un importante componente inquisitivo.

La LECr., a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, reconoce, con carácter general, tres vías de iniciación: de oficio, denuncia y querrela. En las dos primeras no existe ejercicio de acción penal alguna; pero incluso en la tercera debe tenerse en cuenta que, aunque el Juez rechace la querrela por defectos formales, si los hechos sobre los que versa revisten caracteres de delito y existe posibilidad de que hayan sido cometidos, debe mandar proceder de oficio la incoación de la causa penal.

Por otra parte, el Juez no queda ceñido rigurosamente al hecho o hechos a que se refiere la querrela, a las personas querrelladas, ni a las diligencias solicitadas en dicho escrito. Por el contrario, está obligado a incluir en la instrucción los hechos conexos, ha de dirigir aquélla frente a cualquier persona presuntamente responsable y ha de practicar cuantas diligencias considere útiles a los fines del sumario, denegando, en cambio, la realización de las que solicite el querellante o el Ministerio Fiscal si las considera perjudiciales o inútiles para la instrucción.

En la fase intermedia, que tiene por objeto la valoración de los resultados de la instrucción para decidir sobre la apertura del juicio oral, las partes tienen derecho de disposición sobre el ejercicio de la acción penal.

En tal sentido, si las partes acusadoras piden el sobreseimiento, el único medio de que dispone el Tribunal para desvincularse de tal solicitud y acordar la apertura del juicio oral es encontrar quien sostenga la acción penal utilizando las previsiones de los artículos 642 y 644 de la LECr. Esto es, anunciando la causa a los supuestos interesados en el ejercicio de dicha acción, en el caso de que no estén personados o dirigiéndose al superior del Fiscal por si estima procedente sostener la acción.

En el procedimiento de la LO 7/88, aunque se pida el sobreseimiento, el Juez devuelve las actuaciones a las acusaciones para la calificación y continuación del juicio hasta sentencia, en los supuestos de los números 1, 3, 7 y 10 del artículo 8 del Código Penal; es decir, cuando se trata de la aplicación de las eximentes de enajenación mental, estado de necesidad y miedo insuperable (art. 790.3 LECr.).

La petición de apertura del juicio oral vincula al Tribunal en el procedimiento ordinario si existe persona procesada, salvo cuando el hecho no sea constitutivo de delito (art. 637.2 LECr.) o deba ser calificado de falta.

Se erige así la tipicidad en presupuesto absoluto de admisibilidad de la persecución penal y la ausencia de la misma en el fundamento de la *denegatio actionis*. En cualquier otro caso, a la vista del artículo 645 LECr., no puede prescindirse de la apertura del juicio oral (STC 171/88, de 30 de septiembre).

En el procedimiento abreviado, dado que no existe procesamiento, el Juez puede acordar también el sobreseimiento, a pesar de la petición de apertura del juicio oral de las partes acusadoras, cuando no existen indicios de criminalidad contra el acusado, siendo su resolución susceptible de apelación ante la Audiencia.



En la fase de juicio oral y sentencia debe darse la necesaria correlación entre acusación y sentencia, que comporta, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, identidad del hecho punible y homogeneidad del tipo delictivo<sup>43</sup>.

El hecho objeto de la condena ha de ser el mismo de la acusación, incluso en los aspectos que se refieran a sus circunstancias, en la medida en que sean penalmente relevantes. Asimismo, la pena impuesta no ha de exceder de la más grave de la acusación y el tipo apreciado en sentencia no ha de contener ningún elemento distinto del tipo que fue objeto de la acusación (SSTC 12/81, de 10 de abril; 103/83, de 23 de noviembre, y 104/86, de 17 de julio).

El actual artículo 794.3 de la LECr., que, conforme a la mencionada Circular de la Fiscalía 1/89, debe generalizarse al procedimiento ordinario, ha sintetizado la doctrina expuesta en los siguientes términos: «la sentencia no podrá imponer que exceda de la más grave de la acusación, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado».

Teniendo en cuenta las exigencias del principio acusatorio y del derecho de defensa, la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado el alcance de la facultad de planteamiento de la llamada tesis que reconoce el artículo 733 de la LECr., señalando que el Tribunal de instancia puede introducir en el juicio un delito no designado *nominatim* en la acusación, aunque comprendido en los hechos objeto de calificación, con los siguientes límites: 1.º inalterabilidad del hecho justiciable, tal como ha sido planteado por las partes acusadoras; 2.º restricción de la facultad judicial a la calificación jurídica cuando en la efectuada por las partes aprecie manifiesto error; 3.º extensión de dicha facultad a que ilustren al Tribunal sobre si el hecho justiciable constituye otro delito distinto del calificado o si concurre una circunstancia eximente de la responsabilidad penal no alegada por las partes (SSTS de 24 de diciembre de 1985, 4 de noviembre de 1986 y 2 de abril de 1987).

El juicio de faltas se rige también, fundamentalmente, por el principio acusatorio y las infracciones de este principio tienen relevancia constitucional, toda vez que un proceso con todas las garantías en el sentido del artículo 24 CE requiere que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal. Debe, no obstante, tenerse en cuenta la mayor flexibilidad que permite el régimen del juicio de faltas para formular la acusación, sin que ello suponga, como se ha dicho, la admisión de una acusación implícita.

B) El Tribunal Constitucional ha reiterado la vigencia de la garantía de contradicción en el proceso, que se convertiría en inútil e imposible

<sup>43</sup> J. L. VÁZQUEZ SOTELO, «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1984, pp. 95 y ss.; RUIZ VADILLO, «Algunas consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión», *La Ley*, 23 de octubre de 1987.

sin el deber judicial previo de garantizar la audiencia mediante las oportunas citaciones y comunicaciones.

En orden a la rebeldía en el proceso penal, el sistema establecido en los artículos 834 a 846 LECr. está basado en la sujeción del acusado al procedimiento. Su comparecencia es un deber jurídico, y la exigencia de su personación en el sumario para el ejercicio de la defensa de sus derechos no puede entenderse contraria al artículo 24 CE.

Consecuentemente, conforme a las SSTC 7/84, de 27 de julio, y 149/1986, de 26 de noviembre, la no admisión de la comparecencia del procesado rebelde por medio de Procurador no cercena sustancialmente su derecho de defensa.

Los artículos 841 y 846 de la LECr. impiden la celebración del juicio oral y el consiguiente pronunciamiento de sentencia estando el procesado en rebeldía. Sin embargo, la LO 7/88 admite la celebración del juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho a recurrir en anulación contra la sentencia dictada, conforme prevé el artículo 797 de la LECr.

La ausencia injustificada del acusado que hubiere sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 4 del artículo 789, no será causa de suspensión del juicio oral, según dispone el artículo 793.1 LECr., si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La aplicación de dicho precepto, que tiene en cuenta los criterios de la Resolución de 21 de mayo de 1975 (75-11) del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>44</sup> y la tendencia del Derecho comparado para compatibilizar los derechos de audiencia y defensa y la eficacia de la Administración de Justicia Penal, en evitación de dilaciones inútiles que puedan redundar en perjuicio de la víctima, ha de efectuarse sin olvidar la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a que el órgano judicial se asegure de que la citación cumpla, efectivamente, su específica finalidad, de manera que el citado pueda disponer lo conveniente para la defensa de su derecho.

Dicho criterio, predicable de cualquier clase de proceso, tiene especial trascendencia en el ámbito penal, en el que el ejercicio del *ius puniendi* se proyecta en relación a derechos esenciales del hombre, y de manera singular en la fase plenaria, acatando el viejo postulado *audiat et altera pars*, que impone la bilateralidad de la audiencia (STC 4/82, de 8 de febrero).

El TEDH, en las sentencias *Neumeister*, de 27 de junio de 1968; *Matznetter*, de 10 de noviembre de 1969; *Delcourt*, de 17 de enero de 1970, y *Bönish*, de 6 de mayo de 1985, ha subrayado el carácter equitativo del

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO, *ob. cit.*, p. 25.

proceso en el sentido de alcanzar una igualdad de armas entre la parte acusada y las partes acusadoras, inherente al proceso con las garantías debidas.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 66/89, de 17 de abril, recuerda que el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción y la igualdad de las partes; esto es, que cuenten con medios parejos de ataque y defensa a efectos de «evitar desequilibrios entre las respectivas posiciones de las partes». Esta exigencia, que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por la propia naturaleza de la fase investigadora que en ella se desarrolla, cobra, sin duda, singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria, incluidos los supuestos de prueba anticipada; pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento ordinario por delito.

En efecto, en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes están procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. Debe tenerse en cuenta que con ocasión del trámite del artículo 627 de la LECr. se abren varias posibilidades al Tribunal, y no sólo y obligatoriamente la apertura del juicio oral. Cabe que el Tribunal, de acuerdo con el artículo 631 LECr., revoque el auto del Juez de Instrucción devolviendo a éste la causa y ordenando la práctica de nuevas diligencias, o bien, aun confirmando el auto del Juez y declarando terminado el sumario, disponga el sobreseimiento por estimar que el hecho no es constitutivo de delito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 637.2 de la LECr. Consecuentemente, concluye la citada sentencia, la negativa del trámite del artículo 627 LECr. al procesado es contraria a un proceso con todas las garantías.

En el nuevo procedimiento de la LO 7/88 se ha planteado si el artículo 790.2 de la LECr. puede suponer una quiebra del principio de igualdad en relación con la proposición de diligencias instructoras complementarias, ya que cuando son instadas por el Ministerio Fiscal el Juez debe acceder a lo solicitado, mientras que cuando tal solicitud procede de la acusación o acusaciones personadas el Juez acuerda lo que estime procedente.

Un sector de la doctrina ha encontrado una justificación objetiva y razonable para la diferenciación en la legalidad e interés público que preside la actuación del Ministerio Fiscal. En tal sentido se pronuncian Portero, Reig y Marchena<sup>45</sup>, teniendo, además, en cuenta que al Ministerio Fiscal corresponde agilizar el procedimiento y procurar su desenvolvimiento lo más pronto posible hasta el juicio oral, y que en el propio

<sup>45</sup> PORTERO GARCÍA, J. V. REIG REIG y M. MARCHENA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 69.

escrito de acusación cualquiera de las partes puede, según el apartado quinto del artículo 790, proponer la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral.

Respecto al imputado, al menos parcialmente, queda garantizada su intervención y el carácter contradictorio de tales diligencias complementarias mediante su traslado y la posibilidad de instar lo que a su derecho convenga, ya que se trata de un incidente contradictorio previo similar al de las pruebas anticipadas, aunque las diligencias de que se trata no tengan propiamente el carácter de éstas.

C) La Constitución, en su artículo 120.2, formula el principio de oralidad reforzada en el proceso penal, íntimamente relacionado con los de publicidad, intermediación y concéntración.

Como ha señalado la doctrina, para calificar un modelo procedimental como oral o escrito es preciso atender a su estructura total, más que a una de sus fases concretas.

En nuestro ordenamiento jurídico, aunque la fase instructora y el período intermedio se rijan por el principio de escritura, el juicio propiamente dicho es de carácter oral, sin perjuicio de su documentación (art. 229.1 LOPJ).

El artículo 793.9 de la LECr. establece que «del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y Abogados de la acusación y defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario». La importancia de esta documentación resulta evidente en orden a las posibilidades de revisión de la sentencia en vía de recurso, e incluso en sede constitucional, por vulneración de derechos fundamentales.

La LO 7/88 ha establecido, como hacía la LO 10/80, la posibilidad de que el Juez de lo Penal dicte sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose el fallo mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla en la forma prevista en el artículo 248.3 de la LOPJ.

El principio de intermediación supone para la doctrina (Prieto Castro, Gimeno Sendra, Asencio Mellado) la exigencia general de que el Tribunal esté en contacto directo con las partes y objeto del proceso. Pero de modo singular, como exigencia propia de la libre valoración de la prueba, comporta, en su aspecto subjetivo, la necesidad de que el Juez o Tribunal se relacione de manera directa con el medio de prueba, esto es, que fundamente su sentencia con base en la actividad probatoria que se desarrolla bajo su directa intervención, y, en su aspecto objetivo, que el órgano judicial tienda a la utilización preferente de aquellos elementos que se encuentran en posición más directa o cercana con el hecho a probar.

El Tribunal Constitucional se ha referido a ambos aspectos, aunque

de manera singular al primero, plasmado en el artículo 741 de la LECr., que exige que las pruebas a valorar sean las practicadas en el juicio oral, señalando que ello es consustancial al sistema acusatorio y tiene el valor que deriva del artículo 120 CE. No obstante, no constituye vulneración del principio constitucional de que se trata el que el fallo condenatorio se base en declaraciones sumariales rectificadas en el juicio oral, siempre que se cumpla el requisito de su reproducción mediante la lectura efectiva que prevé el artículo 714 de la LECr. Si bien no es suficiente la simple fórmula de estilo de tenerlas por reproducidas, sino que es necesario que lo sean en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, dentro de los principios de publicidad, oralidad e inmediatez (STC 22/88).

En su vertiente objetiva, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los testigos de referencia en la sentencia 217/89, de 21 de diciembre, señalando que su validez está expresamente reconocida en el artículo 710 de la LECr., al establecer que «los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado».

## VIII. DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA

El derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada.

En primer lugar, la apreciación de los requisitos legales en orden al recibimiento a prueba corresponde al órgano judicial, sin perjuicio de las facultades del Tribunal Constitucional cuando se formule el amparo en base a una vulneración del derecho fundamental como consecuencia de una interpretación de las normas procesales excesivamente formalista o desproporcionada por sus consecuencias (ATC de 16 de julio de 1986, RA 176/86).

En segundo término, el propio artículo 24.2 CE exige que la prueba propuesta sea pertinente, esto es, no confiere a las partes el derecho a que sean admitidos todos los medios por ellas propuestos, sino tan sólo los pertinentes, entendiendo por tales los que tengan relación directa con el objeto del proceso, de manera que sean útiles para hacer valer el derecho de quien los propone y relevantes para formar la definitiva convicción del juzgador.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en juicio de legalidad valorar la pertinencia de la prueba propuesta, función para la que es preciso reconocerles un razonable margen de apreciación; de tal manera que la denegación de un concreto medio de prueba sólo tiene relevancia constitucional cuando, pudiendo producir indefensión, carece de toda fundamentación o la motivación del rechazo es arbitraria o irrazonable.

## IX. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SI MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

La confesión del acusado reconociéndose culpable ha tenido una singular importancia histórica en la Edad Media y en el proceso inquisitivo, en el que con el fin de obtener tal declaración se apeló incluso al tormento. En la LECr., sin embargo, se reflejan los principios humanitarios de la legislación de su época: proscribiéndose el juramento para el inculpado (art. 387); prohibiéndose las preguntas capciosas o sugestivas y cualquier medio de coacción o amenaza (art. 389); procurando que el reo conserve en todo momento la serenidad de juicio (art. 393), con expresa previsión de imposición al Juez de corrección disciplinaria, a no ser que incurra en mayor responsabilidad, cuando infrinja aquellas prohibiciones; y sin que la confesión dispense al Juez de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad (arts. 406 y 802)<sup>46</sup>.

En el Derecho moderno, como recuerda Asencio Mellado, la declaración del inculpado es un acto complejo o de naturaleza mixta, al ser a un tiempo medio de defensa y medio de investigación o de prueba<sup>47</sup>.

Considerando el primer aspecto, una de las actitudes que puede adoptar el inculpado es la de guardar silencio en ejercicio del derecho constitucional que en tal sentido le reconoce el artículo 24.2. De tal actitud no debiera extraerse conclusión favorable o adversa al acusado, aunque si con anterioridad al juicio oral ha prestado declaración es posible aplicar el artículo 714 de la LECr., siendo susceptible de valorarse, previa lectura en la vista y sometimiento a contradicción (art. 730 de la LECr.).

El derecho de que se trata es, sin duda, renunciable, constituyendo la declaración del inculpado, prestada con las garantías legales, un indudable medio de prueba, según deriva de la regulación contenida en los artículos 688 y ss. de la LECr. y ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional, susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia, incluso, aunque haya sido ulteriormente rectificadas en el acto del juicio oral.

## X. DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA

1. Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho informante de la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata.

<sup>46</sup> F. DÍAZ PALOS y J. LATOUR BROTON, «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, p. 469.

<sup>47</sup> J. M. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pp. 118 y ss.

Como tal derecho fundamental reconocido en la Norma Fundamental, debe ser tutelado por los Jueces y Tribunales, goza de la protección extraordinaria del recurso de amparo y no resulta disponible para el propio legislador, que, en todo caso, ha de respetar sus exigencias.

El derecho a la presunción de inocencia comprende:

A) Que nadie pueda ser considerado culpable de una infracción hasta que así se declare en sentencia después de la oportuna sustanciación procesal, con la importante consecuencia de que las medidas cautelares que se adopten no puedan representar la imposición de penas anticipadas y deban responder, al menos primordialmente, al fin garantizador del resultado procesal que las justifica.

B) Que la carga de la prueba corresponda a la parte acusadora, de manera que nadie se vea obligado a probar su inocencia, y que cualquier insuficiencia probatoria en la estimación judicial haya de suponer un pronunciamiento absolutorio.

C) Que una sentencia condenatoria sólo pueda adoptarse si obra en el proceso una actividad probatoria válida en Derecho, que en alguna forma pueda entenderse de cargo o con sentido incriminador.

La prueba ha de practicarse con las debidas garantías y, como regla general, en el juicio, para hacer posible de este modo la contradicción.

El Tribunal Constitucional, desde su sentencia 31/81, de 28 de julio, parte de la distinción entre medio de prueba y resultado probatorio, limitándose a examinar en el seno del recurso de amparo si se produjo actividad probatoria como presupuesto necesario para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de inocencia.

Al Tribunal Constitucional en dicha vía le concierne el control de la existencia de la prueba como medio y de los caracteres y requisitos de la actividad probatoria de cargo; por el contrario, en cuanto al resultado o valoración del medio o medios de prueba, con carácter general, se ha señalado que corresponde a la función propia y específica de los órganos de la jurisdicción penal, conforme al principio de libre valoración recogido en el artículo 741 de la LECr., debiendo el Tribunal de instancia ponderar con inmediatez el significado y trascendencia de la actividad probatoria desarrollada en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia.

2. Respecto al valor probatorio de las diligencias sumariales, se puede apreciar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional una doctrina de elaboración pausada y progresiva: tiene una primera formulación sintética en la citada sentencia 31/81, de 28 de julio; experimenta un cierto paréntesis, que se prolonga durante los años 1982 a 1984, en el que las resoluciones dictadas tratan de aspectos concretos y de las que difícilmente se extraen unos principios unitarios generalizadores; y adquiere perfiles acusados y coherencia interna a partir de 1985. Esta circunstancia explica en parte la crítica formulada por un sector de la doctrina (Montero Aroca, Ortell Ramos) en relación con las primeras

sentencias, al señalar que el criterio de la «mínima actividad probatoria» se había quedado corto porque excluía de la apreciación judicial los atestados policiales y admitía incondicionadamente que pudieran ser considerados los actos de investigación del sumario realizados con intervención del Juez.

A la sentencia 31/81 le bastaba con excluir la consideración del atestado policial como prueba susceptible de valoración judicial para otorgar el amparo solicitado. Sin embargo, en el Fundamento Jurídico tercero se sientan las bases del ulterior desarrollo doctrinal, que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

A) El ordenamiento jurídico procesal español sitúa el momento de la prueba en el juicio oral (arts. 663 a 731 y concordantes LECr.).

B) Las diligencias anteriores, encaminadas a la averiguación del delito e identificación de los delincuentes, no constituyen, como regla general, prueba de cargo.

C) La restricción de la prueba testifical al juicio oral responde al principio de contradicción que inspira el procedimiento penal español, viniendo a formar parte del contenido de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado [arts. 6.3 CEDH y 14.3.e) PIDCP].

D) Las expresadas reglas no deben ser entendidas en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa. Estas excepciones son, de una parte, los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida y, de otra, aquellos en que dichas diligencias son reproducidas en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

En relación con el primer supuesto, la STC 62/85, de 10 de mayo, señaló la posibilidad de la realización anticipada de la prueba que no pueda practicarse en el acto del juicio oral, como es el caso del testigo que no esté a disposición del órgano judicial en el momento de la celebración de aquél. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha admitido que pueda traerse al juicio oral como prueba anticipada o preconstituida las diligencias o actuaciones sumariales de imposible o muy difícil reproducción, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados en el artículo 730 de la LECr. (STC 201/89, de 30 de noviembre).

Asencio Mellado<sup>48</sup> distingue entre actos por naturaleza irreproducibles y que la LECr. somete a contradicción en función a dicho carácter (arts. 333, 336, 350, 466, 467, 569, entre otros), y actos por naturaleza reproducibles en el juicio oral pero irrepitibles por concurrir circunstancias previamente determinadas por la ley que autorizan su práctica anticipada, como ocurre en los supuestos de los artículos 449, 657.3 y 792.1 LECr.

<sup>48</sup> J. M. ASECIO MELLADO, *ob. cit.*, p. 172.



Las causas que el Derecho comparado admite para la lectura de las diligencias pueden sintetizarse, con Asencio Mellado, en los siguientes grupos:

- 1.º Muerte del testigo o perito; residencia desconocida; anomalía física o psíquica que se oponga a su declaración en el juicio.
- 2.º Enfermedad o imposibilidad duradera que se oponga a la presencia de testigo, peritos o coimputados en un tiempo incierto.
- 3.º Residencia alejada de la sede del Tribunal.
- 4.º Conformidad de las partes.

El segundo supuesto, antes aludido, de las diligencias sumariales que se reproducen en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción representa, en realidad, una confirmación de la regla general. Se parte de que la prueba, en cuanto medio, se produce en el juicio oral; el acusado, perito o testigo que ya declararon en el sumario o fase instructora vuelven a hacerlo ante el Tribunal sentenciador. Únicamente supone un criterio de valoración del resultado, permitiendo completar la verosimilitud de dicho medio en contraste con lo que fue en su día acto de investigación sumarial. Es, en definitiva, la lectura de la documentación de las declaraciones sumariales cuando no sean conformes con las que se prestan en el juicio oral, según dispone el artículo 714 LECr.

El precepto de la Ley Procesal Penal sólo contempla las divergencias de las declaraciones de los testigos, pero no hay obstáculo para extender la previsión a acusados y peritos, siempre que sean sustanciales, bien por omisión de algún extremo o por contradicción entre lo declarado.

Después de efectuada la lectura y de la invitación del Presidente a que explique la diferencia o contradicción observada, la declaración en el juicio, en la que el Tribunal podrá basar su convicción, estará integrada por lo declarado antes de la lectura, por el contenido de la declaración leída y por las explicaciones que dé sobre la disconformidad apreciada entre ellas, que complementan, aclaran o matizan las manifestaciones anteriores.

3. Cuando las pruebas practicadas son directas, es decir, cuando la actividad probatoria recae inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado, la delimitación de la competencia del Tribunal Constitucional en la salvaguardia del derecho a la presunción de inocencia presenta una menor dificultad que cuando sólo existen en el juicio penal prueba indirecta o circunstancial, entendida como aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que se pueden inferir éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y lo que se trata de probar.

Si sólo se ha producido la referida prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional no puede revisar, como se ha dicho, la valoración de la

prueba que haga el Tribunal penal, pero debe verificar si esa prueba ha existido y si puede calificarse como prueba de cargo.

Cuando la única prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si lo es realmente; si constituye una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminen al acusado, o si las conclusiones a las que se puede llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado.

El Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria, para la que su doctrina, elaborada sobre todo a partir de sus sentencias 174 y 175/85, de 17 de diciembre, ha exigido: acreditación plena de los hechos que constituyen los indicios; nexo lógico entre los indicios y los hechos constitutivos del delito o de la participación en ellos del acusado; y razonamiento explícito de la deducción, de modo que si los hechos objeto de prueba directa permiten diversas interpretaciones o conclusiones el Tribunal debe señalar por qué elige la que estima probada, no siendo suficiente para considerar culpable al acusado que su versión de los hechos no resulte convincente. Ello no obstante, debe tenerse en cuenta el valor indiciario implícito que la Jurisprudencia Constitucional ha reconocido a determinados hechos o circunstancias, como ha ocurrido con la tenencia u ocupación de droga.

4. La cuestión de la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas se ha planteado con amplitud en la Jurisprudencia americana, en la que la inconstitucionalidad de los medios empleados para la obtención de la prueba constituye causa de exclusión de su admisibilidad en el proceso.

Nuestro Tribunal Constitucional ha abordado la cuestión, fundamentalmente, en la sentencia 114/84, de 29 de noviembre, y, más tarde, en las sentencias 64/86, de 21 de mayo, y 37/89, de 15 de febrero.

Los criterios doctrinales de dichas resoluciones pueden resumirse en los siguientes puntos:

A) No existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. Consecuentemente, la recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental.

La admisión de una prueba ilícitamente obtenida y la decisión en ella fundamentada puede, sin embargo, incidir y lesionar alguno de los derechos o garantías constitucionales del proceso reconocidos en el artículo 24 CE.

B) Si fuera posible inferir del ordenamiento jurídico una regla que impusiera la ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida,

debería concluirse que la decisión jurisdiccional en ella basada afecta al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas que se obtienen antijurídicamente. Siempre podrá el Juez no admitir dicha prueba, pero la inadmisión no vendrá determinada por expresa previsión legal, sino por consideración judicial sobre la base del artículo 659 de la LECr., por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base a su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de obtención.

En el Derecho español, el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de norma, ya que ni siquiera el recurso a la vía interpretativa que deriva del artículo 10.2 CE resulta a estos efectos concluyente por no existir al respecto pronunciamiento del TEDH.

C) Aun careciendo de regla legal que establezca la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o libertad fundamental.

En definitiva, el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitamente obtenidas se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria obtención de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

En el sentido expuesto, el artículo 11.1 de la LOPJ establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales.

La tacha que pueda oponerse a las pruebas, según la doctrina expuesta, es la vulneración de los derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, ya que la que se produzca en el momento de su admisión al proceso o de su práctica en él puede reconducirse a la regla de la interdicción de la indefensión (STC 64/86, de 21 de mayo).

