

EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS A LA LUZ DE LAS DIRECTIVAS Y JURISPRUDENCIA EUROPEAS

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI¹

I.- Introducción

Esta reflexión, necesariamente general y sintética dada la multiplicidad y diversidad de los temas que suscitan la normativa y jurisprudencia europea, se circunscribe a examinar cuestiones que se plantean en la praxis en materia de garantías del enjuiciamiento penal en cuatro ámbitos:

- Quién decide: la imparcialidad del Juez o Tribunal de enjuiciamiento
- En qué escenario se decide: la presunción de inocencia como regla de tratamiento.
- Cómo se decide: la presunción de inocencia como regla de juicio; el derecho de defensa y la protección efectiva de las víctimas y
- Cómo se revisa lo decidido: apelación y casación .

II.-Quién decide: la imparcialidad del Juez o Tribunal de enjuiciamiento

El artículo 6.1 CEDH menta que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley.

La imparcialidad judicial se manifiesta:

- (i) como una garantía individual frente a decisiones que puedan suponer en opinión de un observador razonable que han estado influidas por criterios ajenos a la función judicial de aplicación del Derecho, y
- (ii) como una garantía para el conjunto de la sociedad tendente a reforzar la confianza en que la labor judicial se desarrolla sin influencias ajenas al Derecho (*SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi c. Italia y de 5 de febrero de 2009 caso Olujić. C. Croacia*).

En estos casos puede sufrir una afectación la confianza que los Tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general y a los que son parte en el proceso en particular.

¹ Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Doctor en Derecho. Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología.

La imparcialidad judicial se resume, por lo tanto, en la idea de que es una garantía que trata de evitar que concurra alguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el Juez o Tribunal derivados de su relación con las partes -imparcialidad subjetiva-, o de su relación con el objeto del debate -imparcialidad objetiva-, o de su vinculación con la elaboración del material probatorio- imparcialidad cognitiva-. Se busca con ello (**a modo de planos axiológicos divergentes**):

- Garantizar la neutralidad del Juez aislando en lo posible el curso vital de su decisión de influencias ajenas al Derecho (*imparcialidad subjetiva y objetiva*).
- Preservar la igualdad en la distribución del espacio entre las partes, ya que lo ocupa de más una de las partes es lo que ocupa de menos la otra parte. De esta forma el juez estará realmente en su sitio si cada uno de los contendientes ocupa en plenitud el propio (*imparcialidad cognitiva*).

De esta manera el juez de enjuiciamiento se encuentra en la posición de deliberada perplejidad en el punto de partida: la propia de quien todavía no sabe a qué atenerse porque aun no conoce según las reglas. El juez es un extraño ajeno a los intereses presentes en el conflicto que los resuelve desde la exterioridad.

En la jurisprudencia española puede identificarse los siguientes casos problemáticos:

Cómo valorar la actuación precedente del Juez o Tribunal de enjuiciamiento en una fase anterior del proceso. La STS 187/2017 de 23 de marzo resuelve un caso en el que se denuncia la pérdida de imparcialidad del Tribunal de enjuiciamiento dado que lo integran magistrados que habían resuelto previamente dos recursos de apelación frente a resoluciones del Juez de Instrucción, confirmando las mismas previa valoración de la instrucción realizada.

Esta resolución diferencia las resoluciones procesales (tales como jurisdicción, competencia, legitimación) que no comprometen la imparcialidad, de las materiales y, dentro de estas últimas, aquellas que se limitan a ratificar la corrección de los razonamientos del Juez o la Juez de Instrucción (que no comprometen la imparcialidad) de aquellas en las que procede a revisar o confirmar los mismos valorando el material de instrucción (que erosionan la imparcialidad). En todo caso, aconseja la distribución funcional entre Secciones a través de las normas de reparto. Concluye que el hecho de que en ambas resoluciones el Tribunal, tras examinar la instrucción, concluyese que existían “indicios claros y concretos, en absoluto puede considerarse un mero control de legalidad correspondiente a la perspectiva superior que ostenta el Tribunal colegiado, ni mera validación de las razones expuestas en la resolución judicial recurrida, sino actividad propia de instrucción o investigación, toma de postura acerca de su culpabilidad, con valoración de los indicios racionales de criminalidad que determinan y conforman su posición pasiva del imputado en el proceso, en resolución absolutamente

equiparable a una resolución de procesamiento tanto formal, como materialmente considerado”.

Cómo valorar la actuación precedente del Juez o Tribunal de enjuiciamiento en un proceso precedente que afectaba a diferentes acusados. STS 2138/2001 examina un caso en el que el Tribunal de enjuiciamiento, con la misma composición, había enjuiciado previamente a otros acusados que no eran rebeldes. El TS desestima la petición y afirma que la clave de la cuestión se encuentra en la posibilidad de enjuiciamiento independiente de unos acusados respecto a los no comparecidos.

Cómo valorar la actuación precedente del Juez o Tribunal de enjuiciamiento cuya sentencia ha sido declarada nula por un Tribunal de grado superior. Múltiples respuestas al respecto. La STS 703/2016, de 14 de septiembre, estima que anulación de un previo pronunciamiento condenatorio no inhabilita a que sea el mismo Tribunal el que emita un nuevo pronunciamiento subsanando los déficits que motivaron la pretérita nulidad; en el mismo sentido la STS 862/2016 de 16 de noviembre declara la nulidad de una sentencia condenatoria por falta de motivación del juicio probatorio y acuerda que sea el mismo Tribunal el que emita nueva sentencia con expresión y análisis suficientes de los antecedentes probatorios de los hechos probados que figuran en ella; también la STS 915/2016, de 2 de diciembre anula una sentencia condenatoria por falta de motivación de la inducción probatoria acordando que el mismo Tribunal pronuncie otra sentencia en la que proceda a dar cumplimiento a la exigencia de motivación. Y, sin embargo, la STS 289/2017 de 20 de abril (redactada por el mismo ponente) anula una previa sentencia condenatoria y acuerda (y aquí radica la novedad) que se reponga el procedimiento en la instancia al momento de convocatoria para la vista del juicio oral que deberá reiterarse por Tribunal con diversa composición personal de la que tenía el que dictó la sentencia casada. Y fundamenta la decisión de repetir el juicio ante un Tribunal con distinta composición personal a fin de evitar la legítima suspicacia sobre la predictibilidad del criterio incluso tomando en consideración las advertencias derivadas de esta sentencia de casación.

Que el tema es problemático lo refleja la disparidad jurisprudencial en su tratamiento y la introducción por la Ley 4/2015 de 27 de abril (que entró en vigor el 28 de octubre del mismo año) del artículo 792.2 LECrim en el que se contempla que cuando la sentencia, absolutoria o condenatoria, de un Juzgado de lo Penal sea anulada por la Audiencia Provincial, y, en tal caso, la sentencia de apelación deberá concretar si la nulidad se extiende al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

Cómo diseñar la información probatoria. En la STS 215/2017 de 29 de marzo la parte recurrente denuncia de la pérdida de imparcialidad del Magistrado-Presidente del Tribunal de Jurado por las formulas que de oficio formuló a varios testigos y peritos, supliendo, a juicio del recurrente, la función de la acusación.

El debate se centra en la interpretación de los artículos 708² y 729.2^o ³, ambos de la LECrim. El TS ofrece las siguientes claves exegéticas: falta de introducción de hechos ajenos a los aportados por las partes; carácter no sugestivo ni capcioso de las preguntas formuladas por el presidente del Tribunal; falta de protesta del abogado defensor al interrogatorio judicial; opción conferida al Letrado de la Defensa para interrogar al testigo o perito tras las preguntas del Presidente y correcta formulación de las instrucciones al Jurado por el Presidente. Por ello, concluye, que con su iniciativa el juzgador se orientó a la comprobación de los hechos con indiferencia del eventual resultado, sin comprometer, por lo tanto, su imparcialidad.

III.- En qué escenario se decide: la presunción de inocencia como regla de tratamiento

El artículo 6.2 CEDH estipula que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Haciendo uso de la terminología contenida en la Directiva 2016/343, de 16 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio (cuya transposición a la legislación nacional tiene que producirse antes del 1 de abril de 2018), los Estados tienen que garantizar que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 3).

Las garantías a preservar con el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia se manifiestan en dos planos: en cómo tratar al sospechoso o acusado y en cómo decidir respecto a la acusación sobre un sospechoso o acusado. De ahí que se mantenga que el derecho a la presunción de inocencia tiene dos perspectivas: la ofrecida como regla de tratamiento y la manifestada como regla de juicio probatorio⁴.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso, hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad. Tiene, por lo tanto, una dimensión intra y extraprocesal, en la medida

² Tras el interrogatorio de las partes, el Presidente del Tribunal, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime convenientes para depurar los hechos sobre los que declaren.

³ Podrán practicarse las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

⁴ Un ejemplo de esta doble perspectiva la tenemos en la STC 185/2014, de 6 de noviembre, que se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 623.1 CP. En la mentada resolución se diferencia la presunción de inocencia como regla de juicio, que demanda que en el procedimiento en el que se imputa la perpetración reiterada de faltas se acredite la previa comisión de varias faltas de hurto, enjuiciadas o no, de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que impide que en el caso de faltas objeto de condenas anteriores baste con una previa declaración provisional de culpabilidad, por lo que es preciso que la condena sea firme.

que obliga a los jueces o tribunales garantizar el estatus de presunto inocente al acusado dentro del proceso así como al resto de autoridades públicas a respetar el citado estatus fuera del proceso. La presunción de inocencia como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo. Tiene, por lo tanto, una dimensión estrictamente intraprocesal: no se puede condenar sin pruebas de cargo suficientes para justificar tal pronunciamiento.

En el presente apartado de este análisis voy a limitarme al examen del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, cuya mención en la doctrina jurisprudencial es escasa, en contraste con la presunción de inocencia como regla de juicio (mención reciente a la perspectiva del tratamiento en STS 277/2015, de 3 de junio).

Comenzando por **la extensión temporal del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento** el artículo 2 de la Directiva 2016/343 indica que abarca a las personas físicas sospechosas o acusadas en un procesal penal y extiende su eficacia a todas las fases del proceso penal, desde el momento en el que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión. Sin embargo, no es exacto afirmar que la firmeza del pronunciamiento judicial que declara si la persona acusada ha cometido o no la infracción penal que se le atribuía sea el *dies ad quem* de la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Este cierre jurídico es predicable de la declaración de culpabilidad, dado que, en este momento, puede afirmarse sin ambages que el Estado, tras un proceso con garantías, ha declarado que la persona acusada es culpable del delito enjuiciado. Sin embargo, cuando el pronunciamiento es de inocencia la obligación de trato como inocente despliega sus efectos más allá de la firmeza del proceso concreto en el que se adoptó la resolución absolutoria. Y es que, como menciona la STEDH (por todas, *caso Rushiti c. Austria, de 21 de marzo de 2000*) el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales. En concreto el TEDH ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, resoluciones administrativas y judiciales, dictadas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, que, habiéndose pronunciado una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre (ambas, decisiones definitivas sobre el fondo del asunto) efectuaron la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que tal motivación sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante (*así S TEDH caso Puig Panella c. España de 25 de abril de 2006, asunto Tendam c. España de 13 de julio de 2010, caso Allen c. el Reino Unido Gran Sala de 12 de julio de 2013 y Vlieeland Boddy Marcelo Lanni c. España de 16 de*

febrero de 2016⁵). En ambos casos se obvia la finalidad pretendida con la presunción de inocencia como regla de tratamiento: evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra a las personas que han sido absueltas de cargos penales, o respecto a las cuales sus procesos penales han sido sobreseídos.

En este plano conviene destacar las SSTC 8/2017, de 19 de enero y 9/2017 de 10 de enero que anulan sendas sentencias del Tribunal Supremo que habían desestimado la pretensión de responsabilidad indemnizatoria del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia al haber sufrido una prisión provisional en causas penales que finalizaron con una sentencia absolutoria. En ambas sentencias estima que, por la motivación empleada o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos cuestiona la inocencia de quien postula la indemnización, lo que supone una violación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

Respecto al contenido del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento el artículo 4.1 Directiva 2016/343 obliga a que las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. A este respecto, la doctrina del TEDH ha sido clarividente en esta materia: exige que ningún representante del Estado pueda declarar que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad sea declarada por un tribunal conforme a la ley⁶.

Al respecto cabe identificar los siguientes ámbitos problemáticos.

Primer ámbito: la información

La importancia que en la actualidad noticiable tiene la fase de prejuicio sobre la fase de juicio dibuja, en sí mismo, un contexto idóneo para el debilitamiento de la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Y ello en la medida que se puede trasladar la idea de que la delimitación de lo acontecido se prueba en el momento de la investigación judicial. Es decir: se puede publicitar que la investigación judicial no tiene por objeto, tal y como la ley lo exige, deslindar si existe un fundamento para acusar y, consecuentemente acordar, que procede celebrar un juicio donde la acusación tendrá que probar la hipótesis que funda su pretensión de condena, sino que, desdeñando la ley, se puede trasladar que la instrucción es el marco en el que se deja constancia de lo ocurrido y de los responsables de lo acontecido. Es decir: que su función no es preparar

⁵ La doctrina sentada en la SSTEDH caso *Puig Panella c. España y Tendam c. España* provocó un cambio en la jurisprudencia del TS a partir de la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, para excluir del ámbito del artículo 294. LOPJ los supuestos denominados de “inexistencia subjetiva” al entender que el mismo ofrece problemas desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

⁶ Así caso *Violren Burzo c. Rumania* de 30 de junio de 2009 y *Lizaso c España* de 28 de junio de 2011 y caso *Stoyanov c. Bulgaria* de 31 de marzo de 2016).

el juicio sino probar antes del juicio. Se acompaña de la pérdida de centralidad del juicio oral.

El artículo 4.1 Directiva estipula que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas no se refieran a esa persona como culpable. Esta obligación no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario (juicio de proporcionalidad):

- Por motivos relacionados con la investigación penal (en el considerando 18 pone como ejemplo la publicidad de una grabación de imágenes con petición al público de ayuda para la identificación de la persona que puede ser autora de los hechos)
- Por motivos relacionados con el interés público (el mismo considerando se refiere a la información de unos habitantes de una zona afectada por una presunta infracción medio ambiental o a la información trasladada por el Ministerio Fiscal sobre el estado de la causa pública).

A estos efectos es imprescindible que las autoridades públicas respeten la presunción de inocencia como regla de trato cuando faciliten o divulgan información a los medios de comunicación. Lo fundamental es que, como se afirma en el considerando 18 de la Directiva 2016/343, la forma y el contexto en que se divulgue la información no cree la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

Segundo ámbito problemático: la imagen

El artículo 5.1 de la Directiva 2016/343 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física. Y es que, ausente una presentación de un modo y manera que arroje una idea de culpabilidad, las imágenes que se puedan captar de estos momentos no trasladarán a la comunidad una nítida sensación de culpabilidad.

Así imágenes que ofrecen, sin ambages, una presunción de culpabilidad (a modo de ejemplo, personas detenidas mientras se registra su vivienda, o inmovilizadas en el suelo mientras se procede a su detención o introducidas esposadas en furgones policiales⁷), crean la nítida sensación de que sobra el juicio (que siempre llega tarde

⁷ La STDH caso Petrov c. Bulgaria de 31 de marzo de 2016 señala, en un supuesto en el que el vídeo de la operación policial en la que se procedía a la detención fue creado y difundido por internet por el servicio de comunicación del Ministerio de Interior, estima que constituye una injerencia en el derecho a la imagen que, a diferencia de la grabación de la inspección de la escena del crimen para preconstituir la

porque nunca es ni puede ser inmediato) lo que supone, en sí mismo, un contexto de abrogación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento⁸. En esta perspectiva analítica viene a colación la jurisprudencia del TEDH sobre la incompatibilidad con las garantías de los artículos 6 y 8 del CEDH de la captación de imágenes de la persona sometida a detención o a medidas físicas de sujeción en el curso de actuaciones de persecución penal (así, *caso Sciacca.c. Italia, de 18 de enero de 2005*; *caso Khoufine c. Rusia, de 23 de octubre de 2008*, *caso Toma c. Rumanía, de 24 de febrero de 2009* o *caso Petrov c. Bulgaria de 31 de marzo de 2016*).

Ello no impide, tal y como establece el artículo 5.2 de la Directiva, que se adopten los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

Estos pronunciamientos constituyen el faro exegético del artículo 520.1 LECrim cuando dispone: i) por una parte, que la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio; ii) por otra, que quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, y iii) finalmente, todo ello con respeto al derecho fundamental a la libertad de información⁹.

Tercer ámbito: la significación de las medidas cautelares

El derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento tiene una difícil convivencia jurídica con las privaciones y restricciones de derechos que coinciden materialmente con las penas y, sin embargo, se puedan adoptar con carácter previo a la declaración de culpabilidad en sentencia firme. La privación de libertad o, incluso, aunque en menor medida, la restricción de movimientos adoptada como medida cautelar es un trato que, en principio, no es predicable de quien se estima inocente.

Éste ha sido un ámbito sumamente problemático. Así el artículo 4.1 Directiva, tras prohibir que las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a la

prueba, no está prevista en la ley y que, consecuentemente, constituyen una injerencia ilícita en la vida privada del Sr. Petrov.

⁸ En algunas circunstancias la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado “juicios paralelos”, frente a los que” la Constitución brinda un cierto grado de protección (...) en la medida en que pueden interferir en el curso del proceso” (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6).

⁹ La vinculación que hace el precepto de la presunción de inocencia como regla de tratamiento probablemente obedezca al análisis que hizo la STC 166/1995 de 20 de noviembre estimando que la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia no constituye un derecho fundamental distinto o autónomo del derecho al honor del artículo 18 CE.

persona sospechosa o acusada como culpable, admite la compatibilidad con el trato como inocente:

- De los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado y
- De las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o pruebas de cargo. Aquí tiene encaje, como se describe en el antecedente 16, las resoluciones atinentes a la prisión preventiva.

El campo es tan delicado que los pronunciamientos más explícitos del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento en el curso de un proceso han recaído, precisamente, en materia de prisión provisional. Se contienen en las SSTC 128/1995, de 26 de julio, 37/1996, de 11 de marzo, 67/1997 y de 7 de abril 156/1997, de 26 de septiembre. En estos pronunciamientos se estima que la prisión provisional no es, en sí misma, contraria al derecho del imputado a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo. Se considera que son, más bien, concretos usos de la prisión provisional o determinados excesos en la adopción de la prisión provisional lo que puede suponer una abrogación del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

En el campo de los usos indebidos, se afirma que: i) la utilización de la prisión provisional como una pena anticipada, o ii) su empleo como un medio de favorecer determinadas líneas de investigación, o iii) su canalización como un premio por captar autoinculpaciones o delaciones o iv) su uso como instrumento retributivo constituyen unas quebras intolerables de la regla que obliga a tratar al investigado como inocente.

En el campo de los excesos, se concluye que la regla de tratamiento se debilita de una forma constitucionalmente insoportable cuando con su adopción o con su mantenimiento se desbordan los límites de lo que supone una aplicación excepcional, máxime cuando se trata de la medida más aflictiva: la privación de libertad. En este punto, la duración de lo calificado como excepcional – la privación cautelar de libertad – es un dato de especial significación a la hora de calibrar si el trato conferido al investigado es el de presunto inocente o el de anticipado culpable, dado que es ficticio mantener que varios años de privación provisional de la libertad no suponen una pena anticipada. Desde esta perspectiva conlleva un notable debilitamiento de la presunción de inocencia como regla de tratamiento la previsión legal de que la prisión provisional pueda extenderse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia recurrida (artículo 504.2 *in fine* LECrim).

Por lo tanto, supone una abrogación injustificada de la presunción de inocencia como regla de tratamiento que se utilice la misma para infligir al imputado un castigo que traslade a la comunidad social la idea de que se responde de forma inmediata a un hecho para evitar una sensación cívica de impunidad, y el mismo calificativo merece la

vinculación entre la adopción de esta medida cautelar tan gravosa y la actitud “colaboradora u obstruccionista” del inculpado. En este último plano no puede perderse de vista el artículo 503.1º b) párrafo segundo LECrim, que prescriben de forma taxativa que no procederá acordar la prisión provisional cuando pretenda inferirse el peligro de destrucción de fuentes de prueba únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Cuarto ámbito: la configuración del escenario del juicio

La escenografía del juicio refleja, como una fotografía, si lo que se desarrolla en ese espacio es un proceso entre sujetos procesales que mantienen hipótesis disímiles (simplificando, uno acusa y otro se defiende) y en el que, además, se toma como punto de partida y de tratamiento que el que se defiende es inocente o, si por el contrario, lo que se vislumbra es un proceso en el que el acusado está sometido al proceso y, consecuentemente, tiene que defenderse de él.

Lo visual, a este respecto, es significativo: ¿cómo entra el acusado privado cautelarmente de libertad al juicio?; ¿dónde se sienta el acusado en el juicio?; ¿quién acompaña al acusado, privado o no de libertad, en el juicio?. Las respuestas a estas tres cuestiones pueden indicarnos cómo interiorizamos los jueces la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Y aquí lo inconsciente, pero culturalmente presente, juega un papel quizás más trascendente que lo consciente y racionalmente esgrimido. Así: ¿podemos entender que tratamos a un acusado como inocente cuando entra y permanece en el juicio sujeto con grilletes o enlazado con esposas?; ¿podemos considerar que se presume inocente quien ocupa en la sala un espacio específico designado con la expresión el banquillo de los acusados?; y ¿podemos seguir manteniendo tal presunción cuando además quien le acompaña no es su abogado/a sino agentes policiales, cuando está detenido, y la soledad cuando no está privado de libertad?. Y si todo eso lo immortalizamos con imágenes o fotografías que trasladan esa iconografía a millones de espectadores: ¿podemos sostener que lo que observan los ciudadanos es alguien que ese momento es inocente?.

Creo que no. Entiendo, por ello, que la ubicación de los intervinientes en el escenario del juicio traslada mensajes inequívocos sobre los principios que rigen ese juicio. Desde esta perspectiva, estimo que el tratar al acusado como un inocente exige que se encuentre en la Sala en pie de igualdad con la acusación, lo que precisa que esté:

- i) Acompañado en los estrados de su abogado/a, de forma que pueda ejercer su derecho de defensa personal de la manera que estime más conveniente¹⁰.
- ii) En libertad, sin elemento de sujeción personal y
- iii) Sin presencia policial que le rodee.

¹⁰ Haciendo extensivo a todos los procesos penales lo dispuesto en el artículo 42.2 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, que dispone que el acusado o los acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.

Excepcionalmente, cuando se individualice un peligro concreto de alteración del orden público o un riesgo específico para la integridad física de los intervinientes podrá el Tribunal, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, introducir limitaciones o excepciones a este escenario. En este sentido, el artículo 5.2 de la Directiva 2016/343 especifica que la presunción de inocencia como regla de tratamiento no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas¹¹.

También el lenguaje con el que se identifica los roles en el juicio puede traslucir una presunción de culpabilidad incompatible con la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Ello sería obvio si el Tribunal se refiriese al acusado como culpable. Sin embargo, resulta menos evidente, y no por ello igual de injustificado, si, discutiéndose dicha condición por el acusado, se designase como víctima a quien afirma ser tal. Desde la óptica ofrecida por la presunción de inocencia como regla de tratamiento parece más razonable referirse a la misma como afirmada víctima (es decir, como alguien que en el proceso afirma ser víctima). No me parece oportuno, sin embargo, la mención a la misma como presunta víctima dado que pudiera conllevar el riesgo de estimar al otro integrante de la interacción disruptiva enjuiciada como presunto autor, y ello nos colocaría, de forma indudable, en el terreno de lo incompatible con la presunción de inocencia como

IV.- Cómo se decide: la presunción de inocencia como regla de juicio; el derecho de defensa desde las primeras actuaciones y la protección efectiva de las víctimas desde el primer momento.

La presunción de inocencia como regla de juicio

La regla general es que el acusado puede ser declarado culpable cuando todos los elementos de cargo se practiquen en su presencia en un juicio público ante un Tribunal independiente y el marco de un debate contradictorio.

En una jurisprudencia clásica (*caso Insró c. Italia de 19 de febrero de 1991 o Ludi c. Suiza de 15 de junio de 1992*) el TEDH ha indicado que el derecho a interrogar o hacer a interrogar a los testigos que declaren contra él -contemplado en el artículo 6.3. d) CEDH- no impide la utilización de las declaraciones obtenidas en las fases previas al juicio oral siempre que el acusado, o su defensa, haya tenido una oportunidad adecuada y concreta de interrogar al testigo de cargo bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento. A partir de esta premisa había concluido

¹¹ En la exégesis de este precepto es sumamente ilustrativa la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo valor exegético viene reconocido en el artículo 10.2 de la Constitución española. Así *SSTEDH caso Radkov y otro c. Bulgaria de 27 de mayo de 2014* y *caso Svinarenko y Salvadadnev c Rusia de 17 de julio de 2014*.

que los derechos de defensa se encuentran limitados de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o de manera importante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante los debates en el juicio oral (*caso Lucá c. Italia de 27 de mayo de 2001*).

Frente a una doctrina como la anterior, la sentencia de *la Gran Sala caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido de 15 de diciembre de 2011* matiza la regla de la prueba única o decisiva, concepción a tenor de la cual una condena no podría fundarse, como prueba única o decisiva, en un testimonio prestado sin contradicción, y la sustituye por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o de la sociedad en su conjunto. Una condena basada en un testimonio sin contradicción sería legítima si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la existencia de factores de compensación de ese déficit de defensa.

La doctrina considera que esta sentencia de la Gran Sala altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia del TEDH viniendo a concluir que la “sole or decisive rule” deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. Dicho de otro modo: la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino como un factor más a considerar en relación con otros factores de ponderación. En este sentido el TEDH estipula que el Tribunal considerará el procedimiento como un todo, tomando en consideración los derechos de la defensa pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido así como, cuando sea necesario, los derechos de los testigos. Así se pronuncia la STS 686/2016, de 26 de julio cuando dice que la posibilidad de contradicción no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso.

La referida sentencia de la Gran Sala (y otras como la *STEDH caso Schatschaschwili c. Alemania de 15 de diciembre de 2015*); sostiene que la ponderación de la compatibilidad del artículo 6.1 y 3 d) del CEDH con un proceso donde las declaraciones de un testigo no ha sido interrogado por la defensa precisa de la comprobación de los siguientes extremos:

- Si había un motivo justificado, una razón seria para la no comparecencia del testigo en el juicio oral;
- Si el testimonio del testigo ausente fue el fundamento único o determinante para la condena y
- Si había elementos de compensación para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa como resultado de la admisión de tales pruebas.

Una breve reflexión sobre estos elementos.

i) Motivo injustificado de la incomparecencia a juicio del testigo de cargo.

La muerte del interesado, el estado precario de salud, el paradero desconocido una vez agotadas todas las diligencias razonablemente esperables para asegurar la comparecencia del interesado. En todo estos casos se precisa una actitud diligente de los órganos del Estado para acudir a la prueba anticipada -y al interrogatorio contradictorio de la fuente de prueba- cuando atendiendo al estado de salud del testigo, o a su nacionalidad o residencia sea previsible que no pueda acudir al juicio oral¹², o para acudir a la búsqueda activa del testigo con la ayuda de la policía o el empleo de los instrumentos de cooperación jurisdiccional internacional. También la protección de las víctimas especialmente vulnerables, sobre todo de las menores de edad en ilícitos sexuales, han justificado la inasistencia de la afirmada víctima al juicio oral. Así en la *STEDH caso Przydzial.c Polonia de 24 de mayo de 2016*, efectuando una específica mención a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (traspuesta en España a través de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito) tiene ocasión de señalar que sus disposiciones obligan a motor medidas específicas para evitar que una víctima necesitada de especial protección, como los menores de edad, sufran un perjuicio adicional a resultas del proceso. Desde esta perspectiva afirma que en el seno de procesos penales por ilícitos sexuales es necesario adoptar determinadas medidas para proteger a las víctimas, sin que ello suponga la ablación del derecho a una defensa efectiva del acusado. Aquí emerge la idea de la necesidad de garantizar un equilibrio entre los derechos de defensa del acusado y los derechos a la protección de las víctimas especialmente vulnerables. En el caso estimó que la incomparecencia de la niña de 14 años estaba justificada, dado que se había aportado un informe médico que reflejaba el riesgo severo de daños psíquicos si comparecía en el juicio, y consideró que el testimonio de la menor en la instrucción judicial hasta en tres ocasiones, en ninguna de las cuales había sido citada la defensa, había sido tenido en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento para compensar este déficit con el uso de elementos probatorios complementarios como las declaraciones de otros testigos, el informe pericial de credibilidad y los dictámenes médicos que reflejaban daños psíquicos en el menor compatibles con la vivencia de una experiencia traumática.

ii) Importancia o significación del testimonio del testigo ausente en el juicio probatorio.

El término único indica que es la única prueba que pesa contra el acusado, mientras que el determinando debe ser objeto de una interpretación

¹² Así STEDH de 15 de diciembre de 2015.

restringida dado que designa una prueba cuya importancia es tal que es susceptible de determinar la decisión del asunto. Corresponde a los Jueces y Tribunales nacionales efectuar esta ponderación. La STS 158/16 de 29 de febrero examina un caso en el que la defensa denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia -artículo 24.2 CE- porque la declaración del denunciante, que falleció dos años y medio antes del juicio oral, tuvo lugar sin que interviniera ni pudiera intervenir ni el acusado ni su abogado defensor. En el juicio se procedió a dar lectura de su declaración sumarial en el juicio oral. El TS, tras admitir que se produjo la prueba sin contradicción, estima, sin embargo, que no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia porque el testimonio del denunciante tuvo un carácter puramente complementario y secundario, existiendo prueba de cargo suficiente, al margen de la citada declaración, para justificar la declaración de culpabilidad.

iii) *Elementos de compensación para contrarrestar las dificultades de la Defensa.*

Los tribunales tienen que poner de manifiesto en su argumentación probatoria que son conscientes del valor reducido en términos de calidad convictiva de las declaraciones del testigo ausente, máxime cuando no ha existido posibilidad de contradicción por la Defensa¹³. Al efecto, se ha hecho mención a elementos tales como: i) la proyección en el juicio de una videograbación con el interrogatorio previo del testigo ausente que permite observar el comportamiento del testigo en el interrogatorio y puede formarse una opinión cabal sobre su fiabilidad; ii) la existencia de declaraciones de las personas a las que el testigo ausente haya narrado los hechos nada más producirse; iii) la existencia de otras pruebas, como los datos médico-legales (ADN), los informes periciales sobre las heridas, los informes periciales sobre la credibilidad del testimonio. La STS 182/2017 de 22 de marzo examina un caso en el que la denunciante declaración en la instrucción sumarial cuando el acusado estaba en situación de rebeldía. El TS, tras estimar que existían razones para celebrar el juicio sin la presencia de la testigo (había transcurrido diez años desde la producción de los hechos dada la rebeldía del acusado, se había suspendido en tres ocasiones para su localización, siendo todas infructuosas) y que eran determinante su testimonio, entiende que existieron elementos de compensación dado que existía prueba adicional que corroborara su testimonio, como las declaraciones de los agentes policiales que intervinieron en su liberación y detención de los acusados, los informes médicos aportados al proceso sobre su estado psicofísico, documentación personal de las víctima en el domicilio que ocupaba el acusado. En este punto es preciso diferenciar el plano

¹³ La mentada declaración no es suficiente para justificar una declaración de culpabilidad (así SSTS 686/2016, de 26 de julio y 223/2017 de 30 de marzo).

jurídico –validez legal de la prueba- del plano epistémico- calidad de los datos informativos adoptados sin contradicción real (por lo tanto, con una contradicción puramente potencial) que, sin duda es menor, de la predicable del testimonio obtenido con plena contradicción- (así STS 223/2017 de 30 de marzo).

El derecho de defensa

El artículo 6.3. b) dispone que todo acusado tiene el derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

El TEDH ha establecido que el derecho al acusado a estar efectivamente defendido por un abogado implica como regla general que el acceso a un abogado sea posibilitado desde el primer interrogatorio por la policía salvo que se demuestre, a la luz de las circunstancias particulares, que existe razones imperiosas para restringir este derecho. Este acceso es especial importante en una situación especialmente vulnerable, como la detención provisional. En concreto la STEDH caso Sirghi c. Rumania de 24 de mayo de 2016 examina un caso en el que la policía pregunta a una persona en la vía pública por su posible implicación en un delito, sometiéndola más a un interrogatorio de un sospechoso que a una recogida de información, sin información de su derecho a ser asistido de un abogado. Ello supone una violación del derecho a ser asistido de un abogado de su elección o designado de oficio, una vez informado de los hechos que se le atribuyen (artículo 6.1 y 3 c del CEDH).

A este respecto es sumamente interesante el análisis realizado en la STC 13/2017 de 30 de enero. El postulante del amparo sostiene que se le denegó el acceso al expediente al abogado de oficio que había designado para asistirle durante su declaración, impidiendo que pudiera asesorarles en relación con los datos contenidos en el mismo, antes de ser interrogados. El TC señala que la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales –en cuyo artículo 7 se regula el derecho de acceso a los materiales del expediente- fijó como fecha límite para su transposición la del 2 de junio de 2014. En la fecha en la que se produjo la detención policial y la denegación del acceso al expediente- 13 de julio de 2014- había vencido el plazo de transposición sin que España llevara a cabo la misma (se efectuó mediante la LO 5/2015, de 27 de abril, que entró en vigor el 28 de octubre de 2015).

El TC, atendiendo a pacífica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reconoce el efecto directo vertical de la Directiva 2012/13/UE dado que la misma no fue transpuesta al Derecho nacional dentro del plazo y la misma reconoce a favor de los particulares derechos mediante disposiciones incondicionales y suficientemente precisas. Entiende, por lo tanto, directamente aplicable el artículo 7 de la citada Directiva. Y, desde tal perspectiva, considera que la negativa del instructor policial al acceso al expediente en lo atinente a los documentos contenidos en el mismo que resultasen fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o de la privación de libertad supuso una vulneración del derecho a la

asistencia del letrado al detenido (artículo 17.3 CE¹⁴) dado que este acceso, en este plano¹⁵, no admite dilaciones¹⁶.

Queda por discernir (la STC referida no entra en este plano porque no se planteó en el proceso judicial precedente del que el amparo es subsidiario) el tratamiento de la cuestión desde la perspectiva del acceso a las actuaciones como medio necesario para garantizar el derecho de defensa frente a la imputación. A este respecto cabe recordar que el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE estipula que los Estados miembros:

- Garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales¹⁷ en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.
- Que el acceso a estas pruebas materiales se concederá con la antelación que permite el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa ya más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal y
- Que este acceso puede ser denegado por un tribunal o por otro organismo público con control judicial, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para

¹⁴ En la misma se indica, recogiendo pacífica doctrina constitucional al respecto, que el derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad y, desde esta perspectiva, su función consiste en:

- Asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados.
- Que no sufra coacción o trata incompatible con su dignidad y libertad de declaración.
- Que tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio y
- Que pueda comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma.

¹⁵ La STS 795/2014 ya destacó las dos finalidades que la Directiva 2012/13/UE persigue con el acceso a las actuaciones: una, permitir la impugnación de la privación de libertad y, otra, salvaguardar la equidad del proceso y permitir la preparación de la defensa.

¹⁶ Dice, en su fundamento jurídico tercero: “No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo se contempla por el apartado núm.3 del artículo 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1”. Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones”.

¹⁷ La STS975/2016 de 23 de diciembre afirma que las pruebas materiales abarcan las fotografías, las grabaciones de sonido o de video sin abarcar las fuentes u origen de la investigación policial (las fuentes confidenciales de información).

el derecho a un juicio equitativo, cuando se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso.

Desde este prisma exegético procederá efectuar la exégesis de los siguientes artículos de la **LECrim: 118.1 b)**: toda persona a quien se atribuya un hecho punible tendrá derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso con anterioridad a que se le tome declaración; artículo **520.2 d)**: toda persona detenida o presa tendrá derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad; artículo **527.1 d)**: en los casos de detención o prisión incomunicada acordada judicialmente, el juez podrá privar al detenido o preso si lo justifican las circunstancias del caso del acceso por él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención y **771.2ª**: la Policía judicial informará en la forma más comprensible al investigado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b) y c) del artículo 520.2.

Parece que de los mismos (y así lo sugiere la STC13/2017, de 30 de enero) se desprende que mientras el acceso a las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad por parte del detenido y/o abogado debe ser inmediato y no puede ser excluido o restringido (ni siquiera en caso de incomunicación judicial), el acceso al resto de actuaciones precisas para garantizar la defensa frente a la imputación judicial puede ser diferido cuando el juez o tribunal acuerde la detención o prisión incomunicada y constata la necesidad urgente de una actuación inmediata para evitar comprometer de forma grave el proceso penal (artículo 509.1 b) LECrim).

La protección de las víctimas

El artículo 2.1 CEDH garantiza el derecho de toda persona a la vida.

La *STEDH caso Tapis c. Italia de 2 de marzo de 2017* examina un caso de una demanda presentada por la Sra. Tapis, víctima de una situación denunciada de prolongada denuncia por parte de su marido que finaliza con el asesinato de su hijo menor y el intento de asesinato de ella misma. El Tribunal reitera que los artículos 2 y 3 del CEDH imponen a los Estado un deber de contemplar normativamente y de aplicar operativamente un cuadro jurídico eficaz para la protección de las víctimas, máxime si las mismas son o devienen especialmente vulnerables, como ocurre con las víctimas menores de edad, en el primer caso, o las víctimas de violencia machista, en el segundo caso. A estos efectos el artículo 3 CEDH no puede verse satisfecho si los mecanismos de protección previstos en la legislación nacional no existen o son puramente teóricos, siendo preciso un funcionamiento efectivo de los mismos, máxime cuando se trata de proteger la vida. Se pone de manifiesto que en la denuncia, formulada el día 5 de septiembre de 2012, se expuso la existencia de graves actos violentos por parte del denunciado entre junio y agosto del referido año, aportando con la denuncia informes

médicos que describían el menoscabo físico y psíquico padecido por la denunciante, y se indicó el estado de temor que tenía tanto por su vida como por la vida de sus hijos, solicitando por ello la protección pública. A pesar de ello las autoridades no hicieron ninguna valoración de los riesgos indicados por la denunciante, produciéndose los asesinatos el 25 de noviembre de 2013. El TEDH enfatiza que, en el caso concreto, además, no se tuvo en cuenta la situación de precariedad y vulnerabilidad personal de la Sra. Talpis, migrante rumana, sin medios económicos, sin trabajo y sin red familiar, y de sus dos hijos menores, lo que exigía una especial diligencia en la adopción de una protección pública que evitara la creación de un contexto de impunidad dúctil a la repetición de los actos de violencia sobre la mujer y los hijos. Por ello entiende que las autoridades italianas no adoptaron ninguna de las medidas de protección previstas en las leyes que, atendiendo a las circunstancias, eran razonables para evitar o, cuanto menos, dificultar al máximo la materialización del riesgo real para la vida de la denunciante y sus dos hijos menores, víctimas, todas ellas, necesitadas de una especial protección.

Por lo tanto, a modo de ejemplo, la exégesis de artículos como el 13 LECrim (que entiende como primeras diligencias a practicar en la instrucción la protección de las víctimas, pudiendo adoptar, a tal efecto, las medidas cautelares previstas en el artículo 544 bis o la orden de protección regulada en el artículo 544 ter) o el 282 LECrim (que encomienda a la Policía Judicial, efectuar una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada) o las previsiones contenidas en la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito sobre el derecho a la protección de las mismas debe tener en cuenta la doctrina del TEDH sobre las obligaciones positivas del Estado para la adopción de las medidas razonablemente exigibles (según el estándar de la debida diligencia) para neutralizar un riesgo claro e inmediato de que una persona cometa (o siga cometiendo) un delito sobre los bienes fundamentales de una u otras personas.

V.- Cómo se revisa lo decidido: apelación y casación

El TEDH ha establecido que el derecho a un proceso equitativo exige que el tribunal de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados (incluidos los subjetivos, que es una cuestión de hecho y no de calificación jurídica) que conduzca a la condena del acusado a través de una reevaluación de la prueba personal, si tal modificación no viene precedida de un debate público en el que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de inmediación y contradicción y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal (por todas SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero contra España*, de 20 de marzo de 2012, *caso Serrano Contreras contra España*, y 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris y Llop García contra España*). Siguiendo esta línea discursiva sólo si el debate planteado en la segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la

posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte

A partir de aquí la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional desde la STC 167/2002 (por todas, SSTC 153/2011, de 17 de octubre, 2/2013, de 14 de enero y 88/2013, de 11 de abril STC 191/2014, de 17 de noviembre) sobre la revisión probatoria en el segundo grado jurisdiccional a partir de la STC gira sobre tres presupuestos:

* No es factible una nueva valoración de las pruebas personales (declaraciones del acusado, testimonio de los testigos, dictámenes de los peritos) que conduzca a la condena de quien fue absuelto o a la agravación de la condena de quien fue condenado sino se procede a una práctica de la referida prueba ante el Tribunal de apelación. Una actuación jurisdiccional de este cariz conllevaría una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) y ello tanto cuando se trata de elementos fácticos objetivos como subjetivos (el dolo, por ejemplo).

* Es posible una valoración de la prueba documental que, por si misma, y sin adiciones procedentes de pruebas personales, conduzca a una condena de quien fue absuelto en la instancia o a la agravación de la condena de quien fue condenado en la instancia. Este medio probatorio puede ser examinado por el tribunal de apelación en las mismas condiciones que el juez de instancia, dado que la garantía de inmediación en este caso es la misma cualquiera que sea el grado jurisdiccional en el que se desenvuelva, dado que consiste en el examen de lo consignado en los documentos en cuestión.

* Es factible, también, un examen en la apelación de cuestiones estrictamente sustantivas- errores de subsunción típica, pertenencia jurídica del hecho, capacidad de culpabilidad- que conduzcan a la condena de quien fue absuelto en la instancia o la agravación de la condena de quien fue condenado en la instancia a partir del relato contenido en la sentencia recurrida.

La revisión por el órgano de apelación de la valoración de la prueba es de estricto control de la racionalidad de la justificación argumental del cuadro probatorio realizada por el Juez o Tribunal que presenció su práctica. El control apelativo se circunscribe a la racionalidad probatoria del discurso de instancia. Desde esta perspectiva, únicamente cabe apreciar un error en la apreciación de la prueba cuando las conclusiones fácticas obtenidas por el juzgador de instancia no son conciliables con los principios de la lógica, se apartan de las máximas de experiencia o no tienen apoyo en conocimientos científicos (por todas, STS nº 271/2012, de 9 de abril). La segunda instancia constituye, por lo tanto, un juicio sobre el juicio en el que el tribunal de apelación examina la racionalidad del discurso argumental que justifica la decisión probatoria en el primer grado jurisdiccional, verificando si los criterios axiológicos utilizados son compatibles con las reglas lógicas, conciliables con los conocimientos científicos y armónicos con las máximas de experiencia social. El Tribunal, conforme a lo referido anteriormente,

no puede ponderar nuevamente la información aportada por fuentes de prueba personales (declaración del acusado y de otros testigos), dado que no se enfrentan directamente al contenido informativo de la prueba, revalorándolo. Únicamente tiene que constatar si la ponderación del cuadro probatorio realizado en la sentencia de instancia es compatible con las reglas de la lógica, coherente con los conocimientos científicos o es compatible con las máximas de experiencia social. En otros términos: la distribución de funciones en materia probatoria entre el órgano de instancia y el órgano de apelación se realiza conforme a las siguientes pautas:

*El órgano de instancia, ante quien se practican las pruebas en un contexto de contradicción, determina el rendimiento de las fuentes que integran el cuadro probatorio.

*El órgano de apelación que no presencia, salvo supuestos excepcionales, la realización de la prueba, delimita si la valoración probatoria es compatible con el principio de racionalidad.

Si la sentencia es condenatoria la ausencia o insuficiencia de razones que justifiquen la culpabilidad del acusado conlleva una lesión de su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) dado que el acusado tiene el derecho a que la sentencia que afirma su culpabilidad se asiente en razones probatorias válidas y suficientes. Consecuentemente, el efecto jurídico será la revocación de la sentencia condenatoria y la emisión de otra de naturaleza absolutoria (así, STC 105/2016, de 6 de julio y STS 255/2017 de 6 de abril).

Sin embargo, si la sentencia es absolutoria debe diversificarse el tratamiento de la motivación ausente o la motivación ilógica o absurda de la motivación lógica pero discutible. Así: la ausencia o irracionalidad del discurso probatorio reflejará una sentencia carente de motivación que conllevará su nulidad de pleno derecho y el reenvío de la causa al juez de instancia para que cumpla su deber de motivación factual, dado que existirá una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24. 1 CE); por el contrario, la argumentación asentada en razones discutibles no legitima al tribunal de apelación a revocar el pronunciamiento absolutorio y emitir otro de contenido condenatorio porque el derecho a la acción que asiste a la parte acusadora no viene integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo condenatoria (a modo de presunción de inocencia invertida) sino, en todo caso, a recibir una resolución de fondo motivada y este último derecho se satisface con la emisión de una sentencia fundada en un discurso justificativo lógico.

En esta línea discursiva se enmarca la redacción conferida al párrafo tercero del artículo 790.2 LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015, que entró en vigor el día 6 de diciembre del pasado año. El precepto en cuestión traslada que cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la

motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS A LA LUZ DE LAS DIRECTIVAS Y JURISPRUDENCIA EUROPEAS

IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI

MAGISTRADO

PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA

DOCTOR EN DERECHO

MIEMBRO DE HONOR DEL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA

**¿QUÉEN DECIDE:
LA
IMPARCIALIDAD?
(I)**

Garantía individual: las partes

Garantía social: la sociedad

SSTEDH caso Buscemi c. Italia de 16 de septiembre de 1999 y caso Olujic. c. Croacia de 5 de febrero de 2009.

¿QUIÉN DECIDE:
LA
IMPARCIALIDAD
II?

Relación con las partes:
imparcialidad subjetiva

Relación con el objeto del
debate: imparcialidad objetiva

Vinculación con la elaboración
del material probatorio:
imparcialidad cognitiva

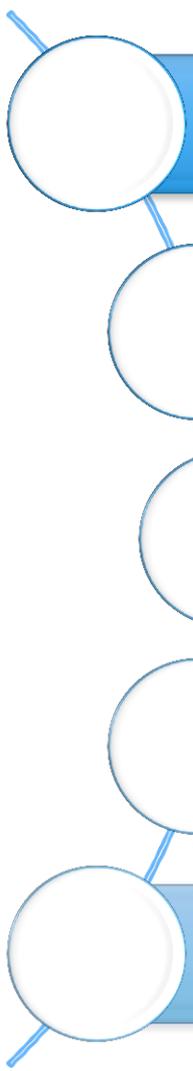
¿Quién
decide?: la
imparcialidad
(III)

ACTUACIÓN PRECEDENTE DEL Juez o Tribunal de
Enjuiciamiento en una fase anterior del proceso
(STS 187/2017 de 23 de marzo).

Actuación precedente del juez o Tribunal de
enjuiciamiento en un proceso precedente que
afectaba a varios acusados (STS 2138/2001).

Actuación precedente del juez o tribunal de
enjuiciamiento cuya sentencia ha sido declarada
nula (STS 703/2016 de 14 de septiembre)

ACTUACIÓN DEL JUEZ O TRIBUNAL
SENTENCIADOR EN EL DISEÑO DEL CUADRO
PROBATORIO (sts 215/2017 DE 29 DE MARZO).



¿EN QUÉ ESCENARIO SE DECIDE?: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO (I)

La Directiva 2016/343, de 16 de marzo (transposición antes del 1 de abril de 2018).

Contenido: resoluciones judiciales y declaraciones públicas de autoridades

Efectos: intraprocesales, extraprocesales y postprocesales.

SSTEDH Gran Sala caso Allen c. Reino Unido de 12 de julio de 2013.

En qué escenario se decide: La presunción de inocencia como regla de tratamiento (II)

La fase
sumarial:
artículo 5 de la
Directiva y
520.1 LECrim.

La prisión
provisional:
SSTC 67/1997
de 7 de abril y
156/1997 de
26 de
septiembre.

El juicio como
espacio de
comunicación o
como espacio
de sometimiento
al poder

CÓMO SE DECIDE: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO (I)

La contradicción: de la regla absoluta al principio sujeto a ponderación. STEDH Gran Sala de 15 de diciembre de 2011 caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido.

Elementos a ponderar: motivo justificado para la incomparecencia del testigo; si la declaración del ausente es única o determinante de la condena y si había elementos de compensación para la Defensa. Garantía jurídica y epistémica (STS 223/2017 de 30 de marzo).

CÓMO SE DECIDE: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO (II)

La incomparecencia por indisponibilidad de la fuente de prueba: SSTS 158/2016, de 29 de febrero y 182/2017 de 22 de marzo.

La incomparecencia por protección de la fuente de prueba: Tribunal de Justicia caso Pupino de 16 de junio de 2005, Directiva 2012/29/UE, STEDH caso Przydzial c. Polonia de 24 de mayo de 2016 ; artículos 448 y 730 Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y STS 750/2016 de 11 de octubre.

CÓMO SE DECIDE: EL DERECHO DE DEFENSA

Derecho al abogado desde el primer interrogatorio policial: Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo (fecha límite para la transposición el 2 de junio de 2014). El territorio espinoso de las declaraciones espontáneas del sospechoso (STS 229/2014 de 25 de marzo).

STEDH de 24 de mayo de 2016 caso Sirghi c. Rumania.

Transposición a la LECrim: 118.1 b), 520.2 d, 527.1 d) y 771.2°.

Puntos problemáticos: excepciones (STC 13/2017 de 30 de enero); contenido (STS 975/2016 de 23 de diciembre) y momento jurídico.

CÓMO SE DECIDE: LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

- EN EL PLANO CAUTELAR: STEDH CASO TAPIS C. ITALIA DE 2 DE MARZO DE 2017.
- SIN DEBILITAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: STS 263/2017 DE 7 DE ABRIL.
- CON PLASMACIÓN EN LA ARTICULACIÓN DEL TRIPLE ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN FIJADO EN LA LEY 4/2015, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

CÓMO SE REVISA LO DECIDIDO

SSTEDH de 22 de noviembre de 2011 caso Lacadena Calero c. España.

La revisión del juicio probatorio: juicio sobre el juicio.

La especificidad de las sentencias absolutorias revisables por error probatorio; la STC 167/2002.

El artículo 790.2 LECrim tras la Ley 41/2015 de 5 de octubre.

- ESKERRIK ASKO
- THANK YOU
- GRACIAS

IÑAKI SUBIJANA ZUNZUNEGUI
MAGISTRADO. PRESIDENTE AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
DOCTOR EN DERECHO