

**AVANCES Y RETROCESOS EN LAS GARANTÍAS DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO EN LOS  
ÚLTIMOS AÑOS**

*AVANCES Y RETROCESOS EN LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
DEL IMPUTADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS*

Lorenzo Álvarez de Toledo

Doutor em Direito Internacional Privado pela Universidade de León. Juiz de Direito titular do Tribunal Penal nº 1 de León. Professor associado no departamento de Direito Privado, na área de Direito Internacional Privado de 2002 a 2013 e na área de Direito Civil, de 2013 a 2017. Menção especial no IV Premio Enrique Ruano Casanova de Derechos Humanos, pelo trabalho Los Derechos Fundamentales De Los Inmigrantes En El Proceso Civil Español Con Elemento Extranjero, 2012. Autor do trabalho La Convención De Nueva York Sobre Las Inmidades De Los Estados Y De Sus Bienes: ¿Una Barrera Frente A Los Avances Del Estado De Derecho?.

**RESUMO**

La forma en que un Estado trata a sus inculpados y acusados, rodeando de garantías el proceso penal, y la formación misma de la voluntad del Juez acerca de la absolución o la condena de los mismos, constituye un valioso instrumento para determinar si estamos ante un verdadero Estado de Derecho. Las garantías institucionales relacionadas con la IMPARCIALIDAD del Juez imponen una radical separación entre el órgano jurisdiccional que instruye y el que está llamado a juzgar. Esta separación trata de afrontar la posible CONTAMINACIÓN del Juez que ha dictado medidas cautelares contra el acusado y luego puede tener que afrontar su propia responsabilidad ante un déficit de prueba que le tendría que llevar a absolver al/los acusado/s a los que ingresó, por ejemplo, en prisión. Pero, si la norma que obliga al Juez a mantener su IMPARCIALIDAD es básica y fundamental, en cambio no puede decirse lo mismo de una hipotética norma que obligase a los jueces a mantener su NEUTRALIDAD, la cual sería de imposible cumplimiento. En cuanto a las garantías institucionales relacionadas con la prueba de cargo, es responsabilidad compartida del legislador y de los jueces asegurar que los conceptos de PRUEBA SUFICIENTE, PRUEBA VÁLIDA y PRUEBA LICITA, se apliquen con un contenido tal que satisfagan el derecho del reo a la pública de toda la prueba pertinente y relevante para la defensa, y que la prueba lesiva de los derechos fundamentales—no sólo el derecho al proceso justo, sino también, fundamentalmente, el derecho a la intimidad— respondan a un esquema racional, que hasta hoy, se ha

integrado con los componentes de la construcción de LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de Derecho, garantismo, defensismo, imparcialidad, neutralidad, presunción de inocencia, prueba indiciaria, prueba suficiente, prueba válida, prueba ilícita, frutos del árbol envenenado, jurisprudencia vinculante

## ABSTRACT

The way in which a State treats its accused and defendants, surrounding the criminal proceedings with guarantees, and the very formation of the Judge's will about the acquittal or conviction thereof, constitutes a valuable instrument to determine whether we are facing a True Rule of Law. The institutional guarantees related to the IMPARTIALITY of the Judge impose a radical separation between the jurisdictional body that instructs and the one that is called to judge. This separation tries to confront the possible CONTAMINATION of the Judge who has issued precautionary measures against the defendant and then may have to face his own responsibility in the face of a shortage of evidence that would have him to absolve the accused (s) who entered, for example, in prison. But, if the norm that obliges the Judge to maintain his IMPARTIALITY is basic and fundamental, on the other hand, the same can not be said of a hypothetical norm that obliged judges to maintain their NEUTRALITY, which would be impossible to comply with. Regarding the institutional guarantees related to the proof of charge, it is the shared responsibility of the legislator and the judges to ensure that the concepts of SUFFICIENT PROOF, VALID TEST and TEST PROOF, are applied with a content that satisfies the inmate's right to public of all the pertinent and relevant evidence for the defense, and that the injurious test of the fundamental rights -not only the right to fair trial, but also, fundamentally, the right to privacy- respond to a rational scheme, which until today, has been integrated with the components of the construction of the FRUITS OF THE POISONED TREE.

**KEYWORDS:** Rule of law, guarantee, defensiveness, impartiality, neutrality, presumption of innocence, circumstantial evidence, sufficient proof, valid proof, illicit evidence, fruits of the poisoned tree, binding jurisprudence.

## I. INTRODUCCIÓN. LOS “AGUJEROS” DE UN ESTADO DE DERECHO

### A. Estado de derecho y derechos fundamentales

I. Hace unas semanas, este Congreso Internacional en Derechos Humanos me invitó a comparecer ante Ustedes en esta VI sesión del mismo, para hablar de las leyes de mi país que regulan la situación del imputado en el proceso penal.

Siempre he sido agradecido a esta clase de ofrecimientos, y los he aceptado todos, porque, a diferencia de los abogados, que pueden pedirse consejo de forma incesante en cualquier circunstancias, o el ejercicio de la función de los fiscales, que resuelven su forma de proceder en sus Juntas de Fiscales, o a través de consultas a los superiores para cada paso que dan, es la nuestra una profesión que se ejerce en la más absoluta soledad. El Juez está sólo, con su decisión y su responsabilidad, y la posibilidad de hablar libremente en un foro como este, acerca de la tarea de jugar, es una gran oportunidad.

En España tenemos una constitución que data de 1978. Es decir, es anterior en diez años a vuestra Constitución de 1988; y una Ley de Enjuiciamiento Criminal que se promulgó en 1882, hace ciento treinta y cinco años, y casi sesenta años antes de la publicación de vuestro Código de Procedimiento Penal de 1941, publicado en una época en la que todavía estabais bajo el gobierno autoritario de Getulio Vargas.

Tengo que decir que decir que cuando un pueblo tiene verdadera vocación de Estado de Derecho y democrático, el hecho de elaborar un Código en una época de autoritarismo no es un inconveniente insuperable para que sea un magnífico producto de la cultura jurídica.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, es fruto de una constitución, que, siendo democrática en principio, la de 1876, conferían al Rey de España demasiadas atribuciones como para ser considerada como plenamente democrática, y había en la cámara del senado representantes vitalicio y que eran senadores por derecho propio, lo cual ni era democrático, ni era propio de un parlamentarismo moderno. Y sin embargo, nos seguimos rigiendo en mi país por esa vieja ley de 1882, que ciertamente es mejorable, pero que nos ha servido de escenario para avanzar en las garantías de los derechos fundamentales durante ciento treinta y cinco años, ello sí, con innumerables reformas legislativas desde su promulgación hasta hoy.

2. Tradicionalmente se denuncia, y yo así lo escuché decir de mis profesores más antiguos, en primer curso de la carrera, que un ESTADO DE DERECHO es aquel en que el rey y todos los poderes públicos están obligados a cumplir la ley como cualquier ciudadano.

Pero en los cursos siguientes me enteré de que aquellos maestros benévolos me habían engañado, de alguna manera, sin duda con buena intención, para facilitar el aprendizaje de los caminos del bosque sin que me perdiera en la espesura, o al menos me habían dado una información incompleta. Estado de Derecho era mucho más. El concepto exigía un adecuado equilibrio de los poderes públicos, que no podrían estar concentradas en unas solas manos, sino en las manos de varios, como en ese submarino hipotético al que todos tememos, que porta material nuclear, cuya utilización sólo es posible si se abre la caja de seguridad de plomo que lo contiene, con las llaves del capitán, del segundo y del contramaestre. Ese material, que puede autodestruirnos completamente, sólo puede ser utilizado si los tres altos oficiales abren la caja de plomo con las llaves que cada uno retiene, custodia y mantiene al resguardo de los otros dos

oficiales, es decir, de los otros poderes públicos –ejecutivo, legislativo y judicial–.... pero también puede ser utilizado, y el poder autoritario desatado, si el capitán o cualquiera de los cooficiales mata a los otros dos y roba sus llaves.<sup>1</sup>

Ahora sabemos que un Estado de Derecho no es un pleonismo, como pretendía *KELSEN*, porque Derecho y Estado son realidades distintas. Un Estado de Derecho es siempre un Estado democrático, porque sin democracia, no hay decisiones que puedan ser justas. Lo que hay es un aplastamiento de los ciudadanos por la fuerza o aplastamiento de la minoría por la mayoría o de la mayoría por la minoría. Fue *JÜRGEN HABERMAS* quien nos enseñó esto.<sup>2</sup> Pero además es preciso que los principios democráticos se complementen con un postulado de AUTOLIMITACIÓN o AUTOCONTENCIÓN DEL ESTADO.

Es indispensable que el Estado se autolimita, restrinja o contenga para respetar una serie de libertades fundamentales que, ahora no voy a entrar en cuestiones de positivismo o iusnaturalismo, nos reconocemos en nuestras constituciones democráticas, para que rijan el estatuto jurídico del ser humano y del ciudadano desde el momento mismo de nuestro nacimiento.

Y además de esos derechos fundamentales, entre ellos el de libertad, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el derecho al proceso justo o proceso debido, es necesario que el Estado de Derecho no infrinja el Derecho, no sólo cuando está juzgando a un ciudadano, sino tampoco cuando está juzgando a un “vigilante” (*WATCHMAN*), es decir, a un miembro de alguno de los poderes públicos.<sup>3</sup> Al Jefe de Estado, a un miembro del parlamento, un miembro del gobierno... o un Juez.

3. En mi opinión, a pesar de la antigüedad de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) y de otras leyes clave en relación con la función de juzgar, en España tenemos un verdadero Estado de Derecho, pero con algunas quiebras o “agujeros”, como yo suelo explicar a mis alumnos, que no suponen una verdadera descomposición del Estado, ni me preocupa nos vayan a llevar en algún momento un estado autoritario, pero que debieran ser suprimidas para que no se conviertan en germen agresivo y contagioso.

La primera de ellas es la INVIOLABILIDAD DE LA PERSONA DEL REY. Está en la

---

<sup>1</sup> Lucas Verdú, P., “ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 33. Mayo-Junio 1983

<sup>2</sup> Habermas, J., “FACTICIDAD Y VALIDEZ”, 2008, Madrid. Trotta; Idem, “TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA”, Madrid: Trotta.

<sup>3</sup> Capelletti, M., “WHO WATCHES THE WATCHMEN?. A COMPARATIVE STUDY OF JUDICIAL RESPONSIBILITY”, *American Journal of Comparative Law*, 1983, nº 31

propia constitución española. Se hace el Rey irresponsable de sus propios actos, precisamente al Rey, y a otros miembros de la familia real, cuya altísima magistratura debiera hacernos pensar en CUALIFICAR esa responsabilidad, y no en EXONERARLE de la misma.

Pero los constituyentes de 1978 hicieron todo contrario: el art. 56.3 de nuestra Ley de Leyes establece que “LA PERSONA DEL REY ES INVOLABLE Y NO ESTÁ SUJETA A RESPONSABILIDAD. SUS ACTOS ESTARÁN SIEMPRE REFRENDADOS EN LA FORMA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 64, CARECIENDO DE VALIDEZ SIN DICHO REFRENDO”.<sup>4</sup>

Ello quiere decir que el Rey podría cometer indefinidos delitos contra la vida, la libertad o la libertad sexual de los ciudadanos, sin que estos pudieran ejercitar acciones penales ni civiles contra él. Así se conculcaría no solo el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que también reconoce la Constitución, sino además el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los perjudicados, o los herederos o parientes de las víctimas muertas o desaparecidas por acción criminal del monarca, ni siquiera podrían reclamar ante la jurisdicción la actuación del derecho de castigar, el “ius puniendi” del Estado, ni obtener un resarcimiento en forma de indemnización civil por los daños penales o morales sufridos.

En estas circunstancias, España no debió haber ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo art. 27 I. Dispone que “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena.” Antes bien, el Parlamento español debiera haber reformado antes el texto del art. 56.3 de la Constitución para cubrir este agujero de nuestro Estado de Derecho: el que permite que algunas personas estén por encima de las leyes.

---

<sup>4</sup> La expresión “inviolabilidad” es un concepto propio del Derecho Penal que no tiene una significación excluyente de la antijuricidad de la conducta. Cuando el sujeto “inviolable” comete un hecho delictivo, su conducta sigue siendo típica y antijurídica, e incluso culpable, para los partidarios de mantener la culpabilidad dentro de la teoría general del delito; lo que se excluye propiamente es la punibilidad, pues su verdadera naturaleza, según la mayor parte de la doctrina científica, es la de una “causa personal de exclusión de la pena”: el delito en sí no desaparece, sino que, por razones de índole individual- únicamente exime de pena a la persona, se excluye la responsabilidad criminal de la persona favorecida por el privilegio. Cfr. Paloma Biglino Campos, P., “La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos”, en *La monarquía parlamentaria: (Título II de la Constitución)*, Madrid, 2001, pp. 206-7. Juan José Solozábal Echevarría, *Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey*, en “Temas básicos de Derecho Constitucional”, Vol. II, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 42-45

El segundo agujero del Estado de Derecho español está constituido a mi modo de ver por la previsión de un DERECHO DE GRACIA que, en forma de INDULTO, puede, y de hecho regularmente lo hace, dejar sin efecto las condenas de los Tribunales de Justicia, por una decisión del ejecutivo.<sup>5</sup> Aunque formalmente es el Rey, según nuestra Constitución, el que ejercita el derecho de gracia, al no ser responsable de sus actos y ser todos ellos refrendables, solicitud es tramitada en el Servicio de Indultos del ministerio de Justicia; la decisión de indultar la propone el Ministro de Justicia y la adopta formalmente el Consejo de Ministros. La regulación del indulto no se encuentra en una norma de desarrollo de la Constitución de 1978, sino en una antiquísima Ley de Indultos de 18 de junio de 1870, dictada bajo el imperio de la Constitución española de 1869, en el que el juego de la independencia mutua de los poderes estaba altamente condicionado por la autoridad del Rey: éste podía nombrar hasta la cuarta parte de Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, con el único requisito de oír al Consejo de Estado.

La más que centenaria Ley de Indultos de 1870 no permite al Gobierno la supresión total de la pena, es decir, el indulto total, si no existe un informe favorable del Juez sentenciador; pero en la práctica, las posibilidades que ofrece el indulto parcial, que no necesita tal convergencia de criterios entre jurisdicción y ejecutivo, si permiten sustituir una pena privativa de libertad por otra que no lo sea, por lo que, en definitiva, el indulto arrebató al Juez la última palabra en cuanto a la actuación del "ius puniendi": *al si*, y al *cómo* de la potestad de ejecutar lo juzgado.

En definitiva, no podemos decir que el indulto sea inconstitucional, pues existe una atribución del derecho de gracia que corresponde al Rey, al que se ha dado ese nombre en la propia Carta Magna. Pero ello no nos impide: 1º. Apreciar que la presencia del indulto, en la Constitución, como voz prevalente del ejecutivo con autoridad para dejar sin efecto una Sentencia judicial, constituye una quiebra del Estado de Derecho. 2º. Constatar que la preconstitucional y secular Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 sí es inconstitucional. 3º. Constatar que el ejercicio de la potestad de indultar por parte de los sucesivos gobiernos constitucionales desde 1978 se ha ejercido de manera disconforme con la Constitución, pues no se han motivado jamás las decisiones de indulto y los Gobiernos se han negado a someterse al control parlamentario en lo que respecta a su política de indultos.

---

<sup>5</sup> Históricamente, el derecho de gracia fue un privilegio que vivió su mejor momento durante las monarquías absolutas en las que todos los poderes del Estado convergían en la persona del Rey. El indulto sobrevivió a la época de la fusión de todas las potestades públicas en el soberano, inclusive las propiamente jurisdiccionales, pues los tribunales no sólo administraban justicia en su nombre, sino que ejercían por delegación un poder "real" en cuanto proveniente de la monarquía. El soberano indultaba a quien, cuando y como le placía, sin tener que dar cuentas al Parlamento y sin tener que dar justificación del ejercicio de su potestad de anular las sentencias judiciales. Vid. Dorado Montero, P., "El derecho protector de los criminales", Madrid 1915.

El tercero de los agujeros del Estado que sufre mi país es el nombramiento de un FISCAL GENERAL DEL ESTADO que siendo una pieza clave en el funcionamiento de la Justicia,<sup>6</sup> es designado por el Gobierno, es decir, por el Poder Ejecutivo; que debe mantener el mismo color político que el gobierno que le ha designado, pues sólo cesa automáticamente “CUANDO CESE EL GOBIERNO QUE LO HUBIERA PROPUESTO”, y que puede ser cesado por ese Gobierno cuando no se comporta servilmente, es decir, cuando no sirve a los intereses del equipo político en el poder, aunque según el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, el Gobierno deba argumentar su decisión sobre el esquema de un supuesto “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, concepto jurídico indeterminado donde los haya que deja enteramente en manos del ejecutivo, sin control constitucional ni jurisdiccional alguno de su decisión, el cese de un Fiscal que sea excesivamente incómodo, como aquel Sócrates que, colocado en la época de las guerras del Peloponeso ante una asamblea que había votar si era mejor para los atenienses perdonar la vida de los moradores de la ciudad conquistada o pasar a todos a cuchillo, hizo uso de su derecho de parlamento para preguntar a los demás asamblearios si, en lugar de decidir lo que era mejor para los atenienses, no sería más correcto votar lo que fuere más justo para los hombres.

En mi opinión, el Fiscal General del Estado constituye una figura tan trascendental en el funcionamiento de la Justicia que su independencia debiera estar asegurada, blindándose su eventual destitución por capricho de ejecutivo. Vuestros constituyentes de 1988 se apercebieron de esa trascendencia e insertaron en la Constitución una previsión según la cual, “La destitución del Procurador General de la República, por iniciativa del Presidente de la República, deberá ser precedida de la autorización de la mayoría absoluta del Senado Federal.” (*art. 128 de la Constitución brasileña*) Así que, en Brasil, el Procurador General de la República no puede ser destituido por la sola voluntad del jefe del ejecutivo, sino que es necesario además que se manifieste el pueblo a través del senado electo.

## B. Garantismo Vs. Defensismo

La responsabilidad de los Jueces y Juezas miembros del poder judicial en crear una CULTURA PROPIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, es enorme.

---

<sup>6</sup> Según el artículo 124 de la Constitución española, el Fiscal General del Estado, es designado por el Rey a propuesta del Gobierno. Se trata de una institución unitaria y fuertemente jerarquizada, sometida de facto al Poder ejecutivo y estrechamente dependiente del Ministerio de Justicia. No mantiene ninguna conexión orgánica ni funcional con el Consejo General del poder Judicial –órgano de gobierno de los jueces– lo que de haberse previsto en la Constitución, habría contribuido en alguna medida a aproximar la figura del Ministerio Fiscal español a la mucho más independiente –prácticamente un cuarto poder– del Fiscal General de la República del Brasil.

La calidad y los avances logrados por el Derecho Penal y el Derecho procesal penal constituyen unos índices certeros en cuanto a la proximidad que un país mantiene al ideal de Estado de Derecho, en el que, recordémoslo, no solo importa el imperio de la ley o "Rule of law", sino también que se reconozca y garantice un catálogo de derechos fundamentales y que las decisiones se adopten según criterios de democracia deliberativa, es decir, no mediante el aplastamiento de la minoría por la voluntad de la mayoría, sino a través de una voluntad mayoritaria que tome en consideración, acepte, respete los deseos, sueños e intereses de las minorías. Ya decía *EDMUND BURKE* hace más de doscientos años que "EN UNA DEMOCRACIA, LA MAYORÍA DE LOS CIUDADANOS ES CAPAZ DE EJERCER LA MÁS CRUEL REPRESIÓN CONTRA LA MINORÍA"

Nuestra constitución y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal son fundamentalmente garantistas de los derechos del imputado. Esas garantías, mientras se mantengan vivas, lo son para los otros y para nosotros mismos. Nos asegura que en caso de ser detenidos nos informarán de las razones de nuestra detención, de los hechos supuestamente delictivos que se nos atribuyen, que no estaremos privados de libertad más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, habremos sido puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial; que incluso si antes de ese momento, si tenemos la sospecha de que hemos sido detenidos ilegalmente, podremos dirigir al Juez de Instrucción una petición de HABEAS CORPUS para que se pronuncie sobre la legalidad de nuestra privación de libertad; que no seremos obligados a declarar; que en caso de aceptar declarar no seremos compelidos a hacerlo contra nosotros mismos; que incluso antes de tomar la decisión de declarar podremos entrevistarnos con un Abogado tomar conocimiento de las actuaciones en que se hayan documentado las pruebas existentes contra nosotros; que el lugar donde seamos trasladados será puesto sin demora en conocimiento de la persona a la que designemos, y al consulado de nuestro país si no tenemos la nacionalidad española; que tendremos derecho a comunicarnos por nosotros mismos con una persona de nuestra confianza; que si no hablamos la lengua de este Estado tendremos a nuestro lado un intérprete; que con sólo expresar nuestro deseo en tal sentido, seremos examinados y atendidos por un médico adscrito al Juzgado; y que si no disponemos de recursos, el disfrute de todos esos derechos incluso la asistencia de un Letrado de nuestra elección, será totalmente gratuita para nosotros.

No obstante, esas garantías ceden, se disminuyen o quiebran cuando el propio Estado de Derecho está en peligro. Ante algunos delitos, especialmente graves como los delitos de terrorismo, es posible ampliar el plazo máximo que el sujeto va a quedar privado de libertad, bien detenido o en situación de prisión preventiva; o va a ser posible someter sus comunicaciones, incluso las que mantenga con sus propios letrados, a una intervención judicial o administrativa, privándosele del derecho al secreto de la comunicaciones y aún del derecho de defensa. En situaciones excepcionales, el Derecho de lo excepcional deja atrás su garantismo para arrojar en brazos del

“defensismo” del Estado.<sup>7</sup>

## 2 GARANTÍAS INSTITUCIONALES RELACIONADAS CON EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

A continuación haré unas breves reflexiones que están vinculadas a la forma de ser de los jueces y del aparato de justicia. En primer lugar, aludiré a la posibilidad de que

A. la “contaminación” del juez. Quien instruye no puede juzgar. Uno de los derechos que ha experimentado una mayor transformación en cuanto a su configuración originaria, es el DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL, derecho que tiene como contrapartida el deber que nosotros, los jueces tenemos, de mantenernos en una posición psicológica tal que pueda decirse, huye de cualquier clase de prejuicios o posiciones preconstituida. Y eso exige una enorme disciplina mental. Por eso tantas veces decimos que el sistema a través del cual un Estado de Derecho selecciona a sus propios jueces no debería poner el acento en la ACUMULACIÓN DE CONOCIMIENTO, sino en la acumulación de CUALIDADES HUMANAS. Pero esa no es la cuestión que me había traído aquí.

Los jueces tenemos una vida, una biografía llena de incidentes, percances, buenos y malos momentos, filias y fobias, unas creencias religiosas, o bien la negación absoluta de cualquier entidad por encima del ser humano, lo que constituye también en cierto modo una religión, en la que el ser humano ocupa el lugar más elevado de la realidad; y por ello siempre he pensado que conviene trazar una línea lo más nítida posible entre los que es la IMPARCIALIDAD y lo que es la NEUTRALIDAD, porque, desde el punto de vista de la ética judicial y de los deberes del Juez, los enunciados de deber ser deben estar llenos de cosas posibles, no de obligaciones imposibles. Lo único que podemos prometer y garantizar a los ciudadanos en cuyo nombre ejercemos el poder judicial es que no nos vamos a involucrar en el objeto de un proceso hasta el punto de desarrollar un INTERÉS PROPIO en su desenlace; y que si tenemos un interés previo, cualquier tipo de interés, entonces nos abstendremos de juzgar y dejaremos paso franco a otro Juez o Magistrado que sí conserve la necesaria imparcialidad.

---

<sup>7</sup> Cfr. Domínguez Zorrero, M., “ESTADOS EXCEPCIONALES Y GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMERICA”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 81. Julio-Septiembre 1993; Tenorio Sánchez, P.J., “EL DERECHO EXCEPCIONAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA”, Revista de Derecho Político, núm. 42, 1997, pp. 423-452; Tórtora Aravena, H., “LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pp. 167-200.

En España la separación orgánica entre JUECES QUE INSTRUYEN, es decir, investigan, y quienes JUZGAN lo que los primeros han instruido, tuvo lugar en 1988, a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional que puso de manifiesto que quien ha dirigido la instrucción de un proceso, queda desprovisto de la imparcialidad necesaria para juzgar el asunto, en la medida en que al tomar manifestación previamente a los imputados ha podido adquirir pre-juicios que han generado una certeza de culpabilidad. A mí me costó un gran esfuerzo entenderlo; pero el diálogo con algunos compañeros jueces me ayudó a ello, pues se dio en aquella época la circunstancia de que ascendimos a Magistrados un buen número de jueces, llegando a ocupar puestos en otros juzgados. Y algunos compañeros llegaron a ocupar plaza de Magistrado Juez de lo penal, lo que les atribuí competencia para juzgar lo que antes habían instruido. Algunos de ellos incluso habían tenido que decretar la prisión preventiva de un imputado o procesado, y ahora resulta que tenían que juzgarle. Y la cuestión es que, según la Ley Orgánica del Poder Judicial española, el mero hecho de haber estado sufrido prisión preventiva cuando después se dicta una Sentencia absolutoria, da lugar a una indemnización por error judicial. La indemnización no la tiene que pagar directamente el Juez que ha sufrido el error, sino el Estado, pero todos nos preguntamos: una vez un Juez (encargado de la Instrucción) ha llegado a una certeza de que existen indicios de criminalidad sólidos y contundentes contra una persona, aunque ello no sea equivalente a una total y absoluta de culpabilidad, ¿Cómo va a deshacerse de tal sospecha de criminalidad, si después tiene que juzgar al mismo individuo?

De ahí que una de las conquistas necesarias del derecho procesal, que se debe mantener a ultranza, es la SEPARACIÓN ENTRE LAS FUNCIONES DE INSTRUIR (O INVESTIGAR) Y JUZGAR, porque ello supone una garantía de la imparcialidad del juzgador.<sup>8</sup>

Y esta cuestión del mantenimiento de la imparcialidad a lo largo del proceso mantiene una conexión indudable con esta otra, de la que me tengo que ocupar después: si un Juez dicta una Sentencia en primera instancia condenado penalmente a un imputado, y tras el correspondiente recurso, el Juicio y la Sentencia son declarados nulos, entonces el Tribunal de apelación o casación debe ordenar imperativamente la celebración de un segundo juicio. Entonces, este segundo juicio, de primera instancia, que debe repetirse, ¿Puede estar presidido por el mismo Magistrado que incurrió en la

---

<sup>8</sup> Cfr. Aguiló Regla, J., "INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA", Madrid, Isonomía, N°6, 1997. Picado Vargas, C.A., "EL DERECHO A SER JUZGADO POR UN JUEZ IMPARCIAL", Revista de JUDEX, n° 2, agosto 2014; Picó i Junoy, J., Nuevas reflexiones sobre la regla "quien instruye no puede juzgar", Justicia: revista de derecho procesal, N° 3-4, 1999, pp.. 37-556; Superti, H.C., "¿INQUISIDORES O JUECES? UNA DECISIÓN DETERMINANTE EN EL ACTUAL PROCESO DE CAMBIO", Derecho Procesal Penal, Editorial Juris, Rosario, 1998.

causa de nulidad? ¿Y si ha adquirido ya una certeza de culpabilidad a través de las pruebas? Y es que el segundo juicio debe estar presidido por las mismas garantías a que el imputado tiene derecho, como si se celebrase por primera vez..... incluso la garantía del derecho a un JUEZ IMPARCIAL.

### **La “ideologización” del juez: imparcialidad y neutralidad. quien piensa–siente–vive, no puede juzgar**

Líneas más arriba me he referido a la distinción entre imparcialidad y neutralidad. Es esta una de mis obsesiones más poderosas, que es la de mi negativa a renunciar a poseer una “IDEOLOGÍA”, que no es un manantial de decisiones correctas, como lo es en cambio un cerebro; mi negativa a renunciar a un “TALANTE” lo que no tiene nada que ver con el “talento” necesario para forjar y motivar argumentalmente una decisión; y mi negativa a renunciar a mi HUMANIDAD.

En algunos trabajos antiguos he podido leer la opinión de que los jueces, desde el momento de nuestro acatamiento, sustituimos nuestras propias creencias y nuestra ideología por un contenido constitucional y legal. Hemos jurado acatar y hacer acatar a otros un texto constitucional y ese sería el límite formal y material de nuestro compromiso.

Acaso el DEBER DE IMPARCIALIDAD significa que un Juez no puede tener una ideología? ¿Significa que puede tenerla pero no proyectarla en sus resoluciones y en el diario quehacer jurisdiccional, al oír a las partes, al dirigir los debates, al informar de sus derechos al investigado o a la víctima, al ejercer la policía de estrados o la excepcionalísima potestad disciplinaria sobre abogados y otros profesionales del Derecho?

En mi opinión, es un error llamar *IMPARCIALIDAD* a un atributo que en realidad no puede ser gobernado o controlado por la voluntad del individuo, y que hace referencia a una cualidad diferente del ser humano, no concurrente en cada ejemplar de la especie y “rara avis” en el patrimonio moral de algunos Magistrados. Me refiero a la *NEUTRALIDAD*, entendida como capacidad del servidor público para alejarse de las propias concepciones y preconcepciones a la hora de tomar decisiones en el ejercicio de su cargo.

Así concebida la *neutralidad*, aunque difícilmente conceptuable como un deber jurídico, aparece como un serio compromiso por parte del servidor público –en particular del juez– para separarse de su propia ideología en el momento de asumir el alto papel resolutorio que le incumbe. Sin embargo, es dudoso que el Juez, como ser humano sometido a las limitaciones biopsíquicas comunes a todos los ejemplares de la especie *sapiens*, pueda gobernar sus propios impulsos, incluso ser consciente de los mismos, en cuanto pueden actuar a un nivel preconscious o subconscious. De ahí que tengamos que mantener una barrera separadora de la *imparcialidad* y de la *neutralidad*. La primera puede ser objeto de un *deber jurídico*, que los Estados pueden reglamentar e incluso pueden prescribir –a través del Derecho procesal que el Juez deba hacer en sus

resoluciones judiciales un exponente de su ausencia de compromiso con los intereses de las partes y de su falta de interés propio en el desenlace del proceso. Pero la neutralidad, ni puede constituir objeto de un deber, ni puede ser reglamentada por el Derecho procesal del estado.<sup>9</sup>

De hecho, podemos ser escépticos acerca de la posibilidad de una *neutralidad real* del Juez, mientras que no podemos dudar de la necesidad de mantener la imparcialidad en sentido objetivo —y de exigirla a través de las normas jurídicas.

Si el juez ha renunciado a su posición de tercero y ha descendido los escalones que le sitúan al mismo nivel que las partes litigantes, entonces la Sentencia es una autotutela disfrazada de proceso o heterocomposición. No habría ninguna diferencia entre la Sentencia del *Juez parcial* y una realización arbitraria del propio derecho.

### 3 GARANTÍAS INSTITUCIONALES RELACIONADAS CON LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

#### A. El derecho a la práctica de la prueba pertinente

Es doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho a la prueba está delimitado por cuatro consideraciones:

a) Que la prueba sea pertinente, pues sólo a ella se refiere el art. 24- 2 de la Constitución, lo que equivale a afirmar que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto que exija la admisión por el Tribunal de todas las propuestas como se indica expresamente en el art. 659 Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal "dictará auto admitiendo las que considera pertinentes y rechazando las demás".

b) Que dada su configuración legal, es preciso que la parte concernida la haya propuesto de acuerdo con las previsiones de la Ley procesal, es decir en tiempo oportuno y de forma legal, sin olvidar la propuesta constitucional que tal denegación puede tener en caso de provocar indefensión al afectar al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la persona concernida.

c) Desde la perspectiva del Tribunal sentenciador, que éste la haya desestimado, debiéndose verificar las razones aducidas para ello y su razonabilidad, lo que supone comprobar las razones expresadas por el Tribunal de instancia para su rechazo.

d) Al tratarse el derecho a la prueba de un derecho medial/procedimental es preciso acreditar que tal denegación ha podido tener una influencia en el fallo, porque podría

---

<sup>9</sup> Cfr. Andruet, A.S., "LA ÉTICA DE LA MAGISTRATURA Y EL DESAFÍO DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA", *Ética e Independencia Judicial del Poder Judicial*, Bs.As., La Ley, 2004, pp. 25-60; Picó i Junoy, Joan. "LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y SUS GARANTÍAS: LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN". Bosch, Barcelona, 1998

haberse variado el resultado final, y es esta aptitud de la prueba denegada en relación al fondo del asunto, lo que da lugar a la indefensión que proscribe la Constitución -- como ya se ha dicho--, indefensión que debe ser material y no simplemente formal. Por ello, no toda denegación en materia de prueba, causa *sic et simpliciter* una indefensión constitucionalmente relevante. Antes bien para que se produzca la misma han de concurrir dos requisitos: 1º) Que la denegación de la prueba concernida, debe ser imputable al órgano judicial y 2º) Que la prueba denegada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo en consecuencia, la parte concernida argumentar en un doble sentido: a) deberá acreditarse la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudo hacerlo por la denegación de la prueba, y asimismo b) deberá argumentar que la decisión final del caso podría haber sido diferente de haberse admitido la prueba, lo que acreditaría no solo la pertinencia de la prueba sino su necesidad, necesidad que acarrearía la indefensión que prohíbe la Constitución.

## **B. El derecho a la presunción de inocencia: caracterización del mismo en la doctrina del Tribunal Constitucional Español. su diferente alcance del principio *in dubio pro reo***

1. La doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

1º) Que exista una mínima actividad probatoria;

2º) La exigencia de validez en los medios de prueba que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

3º) Que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) La motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) La falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser INDICIARIA, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

El derecho a la presunción de inocencia supone, pues, muchas más cosas de las que los jueces españoles hubiéramos podido esperar teniendo en cuenta las proclamaciones contenidas en algunos de los textos internacionales ratificados por España: y supone una solida garantía de que la condena de una pena por un hecho delictivo sólo se va a producir en virtud de una actividad probatoria, a la que el Juez asiste como un

espectador, sin perjuicio de su eventual supervisión de la misma y su intervención personal esclarecer las dudas que tuviera, y también de una actividad motivadora del propio Juez sentenciador: debe razonar su propia convicción sin incurrir en razonamientos ilógicos, irracionales ni arbitrarios.

A diferencia del principio de Presunción de inocencia, que sí está consagrado en nuestra constitución, en el título de los derechos fundamentales, y en el marco del DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, no tiene directo asiento en la Constitución Española.

Ningún precepto de nuestra Constitución establece literalmente que los jueces no deben condenar al reo cuando alberguen alguna duda acerca de su inocencia. Y sin embargo, esto es algo tan obvio que no se puede poner en cuestión de ninguna manera. En mi opinión, el mandato de absolver al acusado en caso de duda sí tiene encaje indirecto, en el texto constitucional, al menos en la proclamación genérica de Justicia que según el art. 1 de la misma cuye un valor o principio fundamental. Y es más, me parece que es una pieza clave de la arquitectura formal del entero Estado de Derecho, pues un Juez que condena con dudas, no puede llamarse tal. Ello con independencia de que al condenar, pueda haber cometido un error, pues nadie está a salvo o al resguardo de la posibilidad de errar. Ni los jueces, ni ningún otro mortal.

El principio IN DUBIO PRO REO no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo. O, lo que es lo mismo, que dicho principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso de forma que si no es plena la convicción judicial, se impone el fallo absolutorio.<sup>10</sup>

A continuación expondré lo que, al hilo de la exigencia de práctica de unas PRUEBAS VALIDAS, nos ha enseñado el Tribunal Supremo, también en los últimos años.

---

<sup>10</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, H., "CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA", Revista Ius et Praxis, 2005, nº 11, pp. 221-241; Villanueva Turnes, A., "LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. UNA APROXIMACIÓN ACTUAL AL DERECHO". Revista catalana de dret públic, nº 51, diciembre de 2015, pp. 209-222.

## La Prueba Indiciaria

Hoy en día no se discute la posibilidad de que el derecho a la presunción de inocencia resulte enervado por medio de prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. Prueba que, por lo demás, está expresamente admitida por el Legislador en NUESTRA Ley de enjuiciamiento civil –no expresamente en cambio en la según el cual “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, que se concretan sustancialmente en el respeto a las reglas de la lógica, a las enseñanzas de la experiencia y a los conocimientos científicos (*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2009, de 10 de marzo*). Ahora bien, la prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y, como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un «plus» argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la ilación lógica de los indicios sobre los que se construye la decisión. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica). Así pues, la prueba indiciaria es suficiente para justificar la participación en el hecho punible siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, concreta en los siguientes:

1) De carácter formal: a) que la sentencia exprese cuáles son los hechos-base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia explicité el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y de la participación en el mismo del acusado, explicitación que, aun cuando pueda ser sucinta o escueta, se hace imprescindible en este caso precisamente para posibilitar el control casacional de su racionalidad.

2) Desde el punto de vista material, es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios, es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean de naturaleza inequívocamente acusatoria; c) que sean plurales o, siendo indicio único, que posea una singular potencia acreditativa; d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar; y e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

Finalmente, por lo que se refiere a la intervención del Juez en la forja de la prueba indiciaria, se precisa: a) que sea razonable, es decir, no solamente que no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; y b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

### La Prueba Testifical de Referencia

En el sistema procesal español, la PRUEBA DE REFERENCIA es válida y capaz de enervar la presunción de inocencia, acompañada de otras corroboradoras.

Los TESTIGOS DE REFERENCIA no son testigos directos o presenciales de los hechos que se examinan, por lo que su toma en consideración supone asumir como ciertos los hechos afirmados por quien declaró, no *en el acto del juicio*, ante autoridad judicial y partes concurrentes, sino *fuera del juicio*, sin la presión psicológica y la solemnidad de un juramento o promesa decir verdad, con el apercibimiento correspondiente de incurrir en responsabilidad criminal por delito de falso testimonio; y en todo caso, sin las garantías de acierto en la valoración de aquellos testimonios, derivados de la inmediatez y contradicción a los testigos, sin que ni el Tribunal ni el Fiscal, ni la Defensa puedan pedir aclaraciones. De ahí que, según se ha dicho en alguna resolución judicial, la testifical de referencia pueda considerarse, no como prueba válida y suficiente pero no para formar convicción de los hechos sino exclusivamente como dato corroborador.

En este sentido, se explicaba muy gráficamente en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 758/2013, de 2 de octubre de 2013, que “...el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por la víctima en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de ésta.”

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la validez, en abstracto, de la testifical de referencia, como un acto de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal puede tomar en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal la admite, excluyendo únicamente de su alcance, los procedimientos seguidos por delitos de injuria o calumnia vertidas de palabra, siempre con exigencia de que la testifical de referencia no sea la única prueba de cargo que se haya practicado en el Plenario en relación con el hecho inculparable y que el testigo precise el origen de la noticia o aseveración inculparia. Habiendo de advertirse en todo caso que su admisibilidad no impide a los tribunales estimar que en principio y, salvo casos de excepcional entidad o fuerza de convicción, no puede erigirse por sí solo en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Igualmente respecto del testimonio de referencia ha señalado el Tribunal Constitucional, no puede

desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral.<sup>11</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al Convenio, artículo 6, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isagro contra Italia, 10 de febrero de 1991).

### La Grabación de Conversaciones Privadas

Es consolidada la doctrina jurisprudencial que declara la validez procesal de la aportación a un procedimiento penal de grabaciones obtenidas privadamente por uno de los interlocutores de la conversación, sin conocimiento ni, por tanto, autorización del otro. El art. 18 CE "se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros" y, por tanto, "no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje". El ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones va referido a la intromisión por terceras personas ajenas a la conversación, y no de sus interlocutores, quienes pueden retener o grabar por cualquier medio su contenido e incluso darlo a conocer con posterioridad a terceras personas, a menos que lo transmitido a otros "entrarse en la esfera íntima del interlocutor", en cuyo caso existiría violación no por la grabación en sí, sino por la puesta a disposición de terceros de un contenido "no relevante" y exclusivamente íntimo y personal.

Dicha doctrina arranca de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre, que afirmó que el artículo 18 de la Constitución "se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros" y que, por tanto, "no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje".

---

<sup>11</sup> La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, en el que se consagra el derecho al proceso debido, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isagro contra Italia, 10 de febrero de 1991), por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de su utilización en lugar del testigo directo.

## El Valor de Denuncia de Los Atestados Policiales

En nuestra doctrina científica se alude al valor de denuncia de los atestados policiales para subrayar dos ideas que se encuentran estrechamente vinculadas a la presunción de inocencia: en primer lugar, que la convicción de los jueces del orden penal acerca de la culpabilidad o inocencia del reo debe forjarse en el ACTO DEL JUICIO ORAL y no en base a la mera AFIRMACIÓN DE UNOS HECHOS, POR LAS FUERZAS DE SEGURIDAD, en la fase de instrucción.

Y en segundo lugar, que en un estado de Derecho, nadie es más que nadie, fuera de los supuestos en que la ley atribuye a un sujeto la función de dación de fe en el tráfico, ninguna palabra es *per se*, por el hecho de proceder de un servidor del Estado, inobjetablemente verdadera. No existe una PRESUNCIÓN DE VERACIDAD de las afirmaciones que los agentes de la policía insertan en sus atestados.

El artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española dispone que “Los atestados que prestaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se consideran denuncias para los efectos legales.” Añadiendo que “las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, o tendrán el valor propio de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio.”

El Tribunal Constitucional español hizo tempranamente una lectura constitucional de este precepto, enseñándonos que “...el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”. Una vez señalado que la declaración ante la policía no constituye como tal, y por sí sola, un medio de prueba, no es preciso en este momento entrar en el análisis de problemas asociados a ello, abordados en nuestros precedentes pero sin relevancia alguna en este recurso.”

Así pues, las declaraciones obrantes en los atestados policiales, no tienen valor probatorio de cargo. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria.

## Las Diligencias de Reconocimiento Fotográfico

Por lo que se refiere a la verdadera naturaleza y garantías de la DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO, no es propiamente una prueba que pueda practicarse en el Plenario con eficacia como EVIDENCIA DE CARGO, es decir, INCRIMINATORIA; sin embargo, el Tribunal Supremo nos ha enseñado que el reconocimiento, en las dependencias policiales, del denunciado/imputado/acusado, como supuesto autor de un hecho delictivo, por parte de un testigo, sea o no

perjudicado por el delito, no constituye por sí sólo prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al ser meras actuaciones policiales que suponen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible, porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor.

Así, el Tribunal Supremo sostiene que, entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, con ese específico alcance meramente investigador, que permite centrar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

Los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad MEDIOS DE INVESTIGACIÓN que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de PRUEBA, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, compareciendo el testigo en el juicio oral y ratificando lo antes manifestado en las dependencias policiales, o bien reconociendo en el acto del juicio al autor de los hechos. Así, al ser el testigo, en tales casos, sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado, se llega a formar una verdadera PRUEBA DE CARGO susceptible de enervar la presunción de inocencia que asiste al acusado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

En definitiva, para que la diligencia de reconocimiento fotográfico pueda ser considerada como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediatez, tal como las garantías constitucionales del proceso exigen.<sup>12</sup>

Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado. La Sentencia del Tribunal Supremo 24 de junio de 2.010 sintetizaba toda la doctrina de la Sala segunda en función de los siguientes puntos fundamentales:

1º. Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los

funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2°. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del criminal.

3°. La Policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y siguientes.

4°. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Se sigue de lo anterior que la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada en los presentes autos no es una verdadera prueba, si bien hay que decir que lo mismo ocurre con cualquiera diligencia que se practica en la fase de investigación criminal, pues todas las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación, destinados a preparar el juicio proporcionando elementos necesarios para la acusación y la defensa (*Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 161/90 y Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1992 y 24 de julio de 1997 entre otras*).

## Las Declaraciones de Los Coimputados

Las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Asimismo el Tribunal Constitucional ha precisado que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (*Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 7/2004, de 23 de febrero, 118/2004, de 12 de julio, ó 147/2004, de 13 de septiembre*).

## La Prueba Ilícita: La Construcción del Árbol Los Frutos Envenenados

La doctrina del ÁRBOL DE LOS FRUTOS ENVENENADOS es producto de una metáfora legal empleada para describir la obtención de evidencia producto de un acto previo ilegal, que no se ajustó a la formalidad del procedimiento y por ende resulta inadmisibles en juicio ante los tribunales.

Indudablemente, esta doctrina no puede resultarle extraña a ningún jurista brasileño, en cuanto vuestra propia Constitución considera inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos en términos del Artículo 5, fracción LVI de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Y el art. 157 del Código de Procedimiento Penal de la República dispone que "*Son inadmisibles y deben ser desentrañadas del proceso, las pruebas ilícitas, entendidas como las obtenidas en violación a la constitución y la Ley*".<sup>13</sup>

Según la construcción jurídica de los frutos del árbol envenenado, son nulas las pruebas cuyo contenido aparezca internamente condicionado por una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica; lo cual quiere decir que, cualquier información o medio de prueba que haya sido obtenido violando los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, será nulo y por lo tanto no se podrá admitir ni valorar en juicio, siempre que haya una relación evidente entre la violación cometida y la prueba obtenida de forma subsecuente.<sup>14</sup>

Esta prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aun obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera. La ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco esas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas.

Esta doctrina tuvo su origen en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S.385, enjuiciado en 1920) en Estados Unidos. La cuestión de la validez de la prueba se suscitó, a raíz del intento del gobierno de utilizar una información obtenida con ocasión de los registros originales de contabilidad, ocupados con ocasión de una intromisión ilegal al domicilio de la compañía *Silverthorne Lumber*. El registro era ilegal por falta de la correspondiente autorización judicial. Pero en ese registro apartado de la

---

<sup>13</sup> Cfr. Méndez Díaz, R.A., "LA VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE BRASIL"; *Justicia Juris*, vol. 9, n° 2 Barranquilla, julio-diciembre de 2013.

<sup>14</sup> Cfr. Méndez Díaz, R.A., "LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO", *Revista Jurídicas CUC*, n° 6, septiembre de 2010, Barranquilla, Colombia.

legalidad se secuestraron los registros físicos y los libros de contabilidad de la empresa Silverthorne Lumber, que a la postre tuvieron que ser devueltos al declararse la legalidad de la actuación gubernamental. Sin embargo, los funcionarios responsables habían realizado, antes de la declaración de ilegalidad, copias de la información obtenida, que pretendía utilizar más adelante en el juicio y que de momento sirvió para fundamentar la petición de que se dictase una orden de detención contra los propietarios de la empresa. El Tribunal revocó la orden de detención por haberse fundado en una información conseguida en un acto ilegal contrario a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No obstante, el caso de la jurisprudencia norteamericana que ha sido más impresionante para mí, no le puedo dar nombre, porque me fue transmitido por mi profesor de Derecho procesal hace más de treinta años y no he logrado identificarlo con un case law concreto. Pero el supuesto era realmente apasionante para un estudiante de Derecho lleno de inquietudes y ávido de experiencias jurídicas.

Se trataba del homicidio de una joven en el Estado de California, que según las investigaciones preliminares debía haber sido atacada con arma blanca. Las primeras diligencias se practicaron sin contar con el cadáver como elemento de prueba, pues se encontró en su domicilio un gran charco de sangre que, según determinó el Departamento Forense, suponía una pedida de caudal sanguíneo determinante con toda certeza de la muerte.

Las diligencias se centraron en el novio de la víctima, el cual fue interrogado, no por un funcionario judicial, sino por un funcionario de prisiones sin advertirle previamente de sus derechos, sin darle la oportunidad de entrevistarse con su abogado, y, lo que se consideró más trascendental, bajo promesa de no delatarle, si el denunciado accedía a revelar, no su culpabilidad, sino el cadáver de la mujer asesinada.

El denunciado, detenido en ese momento en la dependencias de la policía local, sin asesoramiento legal bogado y desconociendo sus derechos, bajo tal promesa, indico que el cadáver de su novia se encontraba en el fondo de un lago próximo, en el cual fue efectivamente encontrado por la policía local. Ello permitió dos cosas: en primer lugar, que se hiciese la autopsia al cadáver de la víctima, la cual reveló que la mujer estaba en los inicios de una gestación y que presentaba restos epidérmicos con el ADN del detenido, bajo las uñas de ambas manos; indicio de que se había producido un forcejeo entre ambos. Y en segundo lugar, ello fue determinante de que el detenido, impresionado por el hallazgo de la autopsia y por la deslealtad del funcionario que había prometido no revelar la fuente de la comunicación del emplazamiento del cadáver, reconoció su propia culpabilidad, admitiendo que la había dado muerte por negarse ella a someterse a unas prácticas abortivas.

Según las explicaciones de mi maestro, los tribunales declararon la nulidad de la declaración autoincriminatoria del acusado, la cual se apreció que estaba viciada por la previa revelación del paradero del cadáver de la mujer, obtenida de forma desleal, sin observancia de las garantías exigibles por la ley, información de derechos y presencia de Letrado.

Desde hace años, nuestros tribunales han venido haciendo aplicación constante y

pacífica de la DOCTRINA DEL ÁRBOL DE LOS FRUTOS ENVENENADOS, bajo el supuesto de que la nulidad radical y absoluta de una prueba, por violación de un derecho fundamental –muy frecuentemente el derecho de defensa, conlleva necesariamente la nulidad insanable de las pruebas que mantengan una CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD con la practicada en primer lugar.

Tal forma de proceder se apoya en la norma del art. 1.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española a cuyo tenor “NO SURTIRÁN EFECTO LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO LOS DERECHOS O LIBERTADES FUNDAMENTALES”.<sup>15</sup>

“declarar la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, pues, directamente no es valorable el contenido de las escuchas, es decir, las conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional, o si lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, en cuyos casos no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido de tal espuria fuente. La indirectamente es complicada de establecer y ha de ser referida a la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuricidad y no exista desconexión con el hallazgo casual (descubrimiento inevitable)”.

Esa CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD a la que se refiere la doctrina jurisprudencial se asienta en la constatación de que, en ocasiones, las pruebas de cargo en un proceso penal aparecen de hecho indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada. Pero en otros supuestos, esa indisoluble conexión fáctica no se da. En las primeras, dicha conexión de antijuricidad determina que las pruebas conexas sean igualmente nulas y no puedan ser valoradas en ningún caso, pues lo contrario supondría infringir el artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita. En cuanto a las segundas, integradas en la categoría de lo que podríamos llamar “PRUEBA INDEPENDIENTE”, es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa, se han de tener en cuenta las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave en la producción de tales medios de prueba.

---

<sup>15</sup> Para una visión de contraste entre los distintos ordenamientos procesales que han acogido el principio de la extensión de la nulidad a las pruebas conexas con la prueba trasgresora de derechos fundamentales, Vid. Armenta Deu, T, “EXCLUSIONARY RULE: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EUROPA Y AMÉRICA” Revista de Estudios de la Justicia. Nº 11, 2009; Gabriel Juárez, M., “LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LA TORTURA Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII, 2012, pp. 285-314.

En relación con esta constatación de la posibilidad de una PRUEBA INDEPENDIENTE en la que sí pueda sustentarse la convicción del tribunal sobre la culpabilidad del reo, y por consiguiente, la condena del mismo, no obstante la prueba ilícita nula, se habla de la búsqueda de la DESCONEJIÓN CAUSAL por parte de los tribunales, que es una actividad argumental lícita, respetuosa con el principio de presunción de inocencia y con los demás derechos del imputado en el seno del proceso justo. Los Tribunales reconocen y declaran la nulidad de la prueba trasgresora de los derechos fundamentales del imputado pero no renuncian a la posibilidad de encontrar fundamento para la condena penal, siempre con repto a los principios de presunción de inocencia e IN DUBIO PRO REO, si se puede llegar a apreciar la legalidad de una prueba que no mantenga vínculo alguno o conexión de antijuridicidad con la prueba con la que se vulneraron los derechos del imputado.

Para esta desconexión casual se han ensayado en la doctrina y en la jurisprudencia distintas teorías, tales como TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE, propiamente dicha que busca reconocer un cauce de investigación diferente que haga posible la obtención de pruebas por una vía distinta de la empleada para reunir un material probatorio de cargo respetuoso con los derechos del imputado.

Se puede ejemplificar esta vía utilizando el ejemplo de una entrada en domicilio particular, por parte de las Fuerzas de Seguridad, en la que se hallan y ocupan distintos videos grabados por el morador, o por otras personas, en los que aparece el mismo cometiendo ataques contra la libertad sexual, de trata de seres humanos, u otros de análoga naturaleza. Sin embargo, en tal caso, no obstante la conculcación del derecho del imputado a la inviolabilidad de su domicilio, se podría declarar su responsabilidad criminal si pudiese probarse su participación en los hechos delictivos a través de una testifical independiente de alguna de las víctimas

A tenor de la TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE, las circunstancias de la investigación, u otras ajenas por entero al proceso penal, habrían llevado al mismo hallazgo de pruebas inculcatorias del acusado.

Parece ser que esta teoría fue primeramente utilizada en un caso que mantiene alguna analogía con el que me hizo llegar mi maestro. Se trata del caso *Nix vs. Williams de 1984*. El acusado de asesinar a una niña de diez años había sido detenido, en base a unos indicios del crimen que no habían tomado como base la disponibilidad del cadáver como pieza de convicción, pues el cuerpo de la niña había sido enterrado en un lugar desconocido. Mientras se organizaban brigadas de búsqueda del cadáver, los agentes que habían procedido a detener al acusado, le persuadieron, sin informarle de sus derechos y en ausencia de letrado, para que revelara el paradero del cadáver, lo que hizo posible su exhumación y la iniciación de una línea de investigación enteramente dependiente de aquella autoincriminación realizada sin observancia de las garantías legales. En el acto del juicio, el tribunal excluyó la confesión del acusado señor Williams, relativa a la ubicación del cuerpo por haber sido obtenida ilícitamente. Sin embargo, el tribunal decidió admitir el cadáver mismo como prueba de cargo, puesto que el campo en donde fue enterrada la niña se encontraba en el área delimitada de las brigadas de

búsqueda, de manera que tarde o temprano “inevitablemente” iban a encontrar el cuerpo.

Así pues, la DOCTRINA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE utilizada en este caso permitió a los tribunales de otros Estados formular el aforismo, algo farragoso pero perfectamente coherente con la dogmática probática y con las teorías de la causalidad al uso, de que “TODO RESULTADO QUE SE HUBIERA PRODUCIDO AUNQUE UNA DE SUS CONDICIONES NO SE HUBIERA PRODUCIDO, NO ES EL RESULTADO DE ESA CONDICIÓN”. (*Sentencia del Tribunal Supremo español 885/2002 de 21 de mayo*)

La doctrina de los frutos del árbol envenenado tiene un interesante punto de contacto con las exigencias propias del DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL, pues, llegado el momento de enjuiciar, por un tribunal superior, la admisión y práctica de las pruebas llevadas a cabo en el juicio oral por el tribunal inferior, si la condena se hubiera asentado en una prueba nula –*verbi gratia* una coactiva obtención de ADN, la autoincriminación arrancada mediante torturas, la confesión prestada en una diligencia de declaración sin abogado, o sin la previa información de derechos, la práctica del registro domiciliario sin autorización judicial ni concurrencia del consentimiento del morador, o en condiciones contrarias a la legalidad– y el tribunal “ad quem” ha resuelto declarar la nulidad de una prueba, tendrá que resolver inmediatamente dos incógnitas que se derivan directamente de dicha declaración:

1<sup>a</sup>. Si es necesario repetir el juicio o es suficiente con que se declare la nulidad de la Sentencia que ha tomado en consideración, dándole una potencialidad compañía, a la prueba nula? Y

2<sup>a</sup>. En el caso de optar por lo primero, es decir, por la declaración de nulidad el juicio mismo y no sólo de la Sentencia, el nuevo juicio ¿Puede celebrarse por el mismo Juez o los mismos Magistrados integrantes del tribunal que ha valorado –y que pueden haberse “contaminado” con el conocimiento de la prueba ilícita?

Ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal española vigente, ni el proyecto de Código Procesal Penal aprobado por el Gobierno en 2013, y todavía no sometido a la aprobación de las Cortes, permiten dar respuesta a la mayor parte de estas incógnitas.

En mi opinión, el Juez que ha tomado conocimiento de una prueba nula, se ha inhabilitado absolutamente para juzgar, poco importa si le reprobamos su falta de parcialidad o su falta de probidad u honestidad. Lo cierto es que su inhabilitación viene exigida como una consecuencia inexorable del derecho del reo a un proceso justo, y no puede ser justo, más bien absurdo, que el sistema procesal repunte una prueba nula, por violación de derechos fundamentales, y permita la segunda celebración de un juicio presidido por quien ya ha tomado conocimiento del contenido incriminatorio de dicho medio probatorio, sea éste cual sea.

En cuanto al Derecho proyectado para España, el art. 13 de ese Proyecto de Código Penal dispone lo siguiente:

“1- No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las

pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida.

2.- Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean: a) favorables al encausado; o b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

3.- La declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula.

4.- En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba.”

## **V. ¿HACIA DONDE AVANZAMOS? ¿UNA JURISPRUDENCIA VINCULANTE? ¿UN FISCAL INSTRUCTOR? ¿A DÓNDE LLEVARÁ LA DESAPARICIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y DE LA ACUSACIÓN POPULAR?**

### **I. ¿Vamos Hacia Una Jurisprudencia Vinculante?**

En nuestro país, el Ministerio de Justicia sacó adelante un proyecto de modificación de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial que no ha llegado a convertirse en ley, en el que se proponía un sistema para dar carácter vinculante a determinadas decisiones del Tribunal Supremo. Según el sistema arbitrado por el Proyecto del Gobierno, el Pleno de cada una de las cinco Salas del Tribunal Supremo vendría a decidir, cada tres meses, cuál sería su jurisprudencia vinculante, publicándose los correspondientes acuerdos en el Boletín Oficial del Estado español. A ese marco de jurisprudencia vinculante se incorporaría también la doctrina emanada de las Salas del Tribunal Supremo con competencia para conocer de los RECURSOS DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY, así como, por último, la doctrina resultante de la respuesta dada por el Tribunal Supremo a una CUESTIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA cuando así se establezca en la sentencia.

Esa CUESTIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA constituiría una vía de diálogo entre los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo, para hacer llegar a éste la necesidad apreciada a través de la praxis judicial en los tribunales consultantes de un pronunciamiento de la Sala Correspondiente del Tribunal Supremo acerca de

determinadas cuestiones, o que no significa que el sistema pueda llegar a nutrirse de un componente pactado o negociado entre el Supremo y los tribunales inferiores.

En el texto proyectado, constituye presupuesto de la utilización de la cuestión jurisprudencial, la apreciación, por parte de los tribunales consultantes, de la posibilidad de que la jurisprudencia del Supremo pueda producir, con efectos generales, situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias de su aplicación; o pueda ser contradictoria con la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales, o contradictoria con otras sentencias del Tribunal Supremo sobre la misma materia.

En mi opinión, aunque sé que otros compañeros míos han sostenido un sentir contrario, el sistema de jurisprudencia vinculante no ataca necesariamente a la independencia judicial, pues el Juez está sometido al imperio de la ley y la forma en que llega a ser conformada y aprobada por los tribunales esa doctrina jurisprudencial vinculante, sería perfectamente legal en el caso de que el texto proyectado llegase a convertirse en ley. La cuestión es que no me parece un sistema que represente una ventaja respecto del recurso de casación en interés de la ley, que ya permite al Tribunal Supremo realizar una función nomofiláctica. Por otro lado, la previsión de que las Salas del Tribunal Supremo deban llevar un contenido vinculante al Boletín Oficial del Estado cada tres meses, afecta a una delicada cuestión relacionada con el equilibrio del orden jurídico, y es el del ritmo al que queremos que se produzca el cambio jurídico. La evolución de las normas en el tiempo es un fenómeno poco estudiado, a pesar de los caracteres científicos que en los últimos datos ha asumido la disciplina de la historia del Derecho. Por ello, el ritmo o paso al que complementemos el ordenamiento jurídico con esa jurisprudencia vinculante, puede generar una ola de consecuencias difícilmente previsibles tanto en el marco de la enseñanza del derecho en las aulas de nuestras universidades como en la aplicación de las normas por los tribunales.

## **2. ¿Deberían Desplazarse Al Ministerio Fiscal Las Funciones De La Instrucción Penal Que Hoy Detentan Los Jueces De Instrucción?**

Desde hace años, algunos procesalistas españoles, y distintas autoridades del máximo rango, han venido propugnado un cambio sustancial en la estructura del proceso penal español, que vendría dado por el traslado de la función de la instrucción, de los jueces de Instrucción, que actualmente la ostentan, al Ministerio Fiscal.<sup>16</sup> Para este

---

<sup>16</sup> Cfr. Lorca Navarrete, A.M.: "ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA NECESARIA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL", Diario La Ley, núm. 6.057, Sección Doctrina, 8 de julio de 2004, año XXV; Moreno Catena, V. "EL MINISTERIO FISCAL, DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS", Teoría & Derecho, núm. 1, 2007, pp. 75 a 97.

sector de la doctrina, tal transferencia competencial en bloque supondría que el Ministerio Fiscal se constituyese en la pieza esencial que permitiría pasar del modelo acusatorio-formal del sistema inquisitivo al modelo adversarial, quedando aquél plenamente superado.

Sin embargo, hasta el momento presente, ha sido más fuerte la posición contraria, conservadora, que trata de mantener la competencia en los Juzgados de Instrucción, por entender que el Ministerio Fiscal carece de la necesaria independencia y que ningún órgano debe reunir en si mismo las potestades de acusar e investigar.

Uno de los grandes problemas de la sociedad -no sólo de la Justicia- española es el alto nivel de corrupción de nuestros políticos. A diferencia de otros países, en los que la corrupción está firmemente arraigada en las fuerzas de seguridad y en el ejercicio, puedo presumir de que mi país dispone de las fuerzas de seguridad, Policía Nacional, Guardia Civil y policías locales, mejor formadas en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, con el más pequeño índice de corrupción y de comisión de delitos de tortura, dentro de Europa y de los países de nuestro entorno. En cambio, la clase política está podrida en su base y absolutamente contaminada por el afán de lucrarse con abuso de sus funciones, lo cual no me impide reconocer que solo son unos pocos, aunque muy significativos por su jerarquía y mando, los que ponen su propio interés por encima del de los ciudadanos: y en los últimos años, los casos de corrupción de altos mandatarios o ex mandatarios políticos ha sido incesante.

En este contexto, el último Ministro de Justicia ha iniciado su mandato anunciando en diferentes foros que uno de los proyectos que acometerá durante esta legislatura será la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, empezando por el cambio en la figura que dirige la investigación penal, esto es, la sustitución del Jefe de Instrucción por el Fiscal investigador.

En la sociedad española se percibe la CORRUPCIÓN como uno de los más graves problemas que nos impiden convertirnos, más allá del propio ESTADO DE DERECHO, en un ESTADO SOCIAL. La corrupción es tan grave en nuestro país que podemos preguntarnos legítimamente si la mayor parte de las instituciones de control -el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son instrumentos de ese control- no han sido diseñados por la clase política para poder escapar de las consecuencias punitivas del propio sistema y gozar, además del botín conseguido, de una total impunidad e indemnidad.

En este contexto son especialmente alarmantes las iniciativas del legislador -obviamente dominado por el de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, un órgano cuyo mayor representante, el Fiscal General del Estado, es elegido por el Gobierno. Dicha potestad, unida a la limitación de la acusación popular, daría lugar a un sistema en el que la fiscalía tenía el pleno control de la acción penal.

Desde hace ya dos largas décadas se nos está “amenazando” con sustituir al juez instructor - imparcial, independiente e inamovible- por el Fiscal, sometido a los principios de jerarquía, dependencia y movilidad, principios que aseguran la correa de transmisión desde del Gobierno o Poder ejecutivo hasta el último de los fiscales que, en

el más pequeño partido judicial, debe tomar decisiones tales como las de acusar o no acusar de prevaricación a un Alcalde, a un Gobernador Civil, a un Ministro, obviamente del mismo color político que el ejecutivo que ha desgastado al Fiscal General del Estado, o bien de acusar de prevaricación a un juez "molesto" o demasiado riguroso o celoso en la aplicación de la ley en términos igualitarios para todos con independencia de su color político.

Los fiscales están sometidos a los principios: de jerarquía y de unidad de actuación. No son independientes y no son inamovibles. Es decir, pueden ser apartados de un caso por decisión de su Superior. Es lo que se conoce como AVOCACIÓN.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 permite a un Fiscal dirigirse a su superior inmediato para ponerle de manifiesto las razones de su discrepancia, pero la ratificación por parte del Fiscal superior de su criterio, abre paso al principio de jerarquía que gobierna toda la configuración del Ministerio Fiscal como institución. Y en este punto, conviene recordar una vez más que el fiscal discrepante no es inamovible. La reiteración en sus informes discrepantes puede llevar fácilmente a sus superiores en la jerarquía a hacer uso de las facultades disciplinarias correspondientes, contra un Fiscal "incómodo" o afanado en una independencia que la ley no le reconoce como funcionario individual.

Algunos fiscales han alzado sus voces discrepantes con los principios que informan el sistema y se han pronunciado acerca de la necesidad de profundizar en la INDEPENDENCIA INDIVIDUAL DE LOS FISCALES, de manera que se les permita actuar en conciencia, tal como los jueces pueden hacerlo al valorar las pruebas que se practiquen en el acto del juicio, según dispone nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero mientras llega ese momento, tenemos que decir que una hipotética transferencia a los fiscales de la función de instruir las causas penales, supondría una quiebra de las garantías de que el imputado debe disfrutar en el curso de la instrucción o investigación de la causa que le concierne.

### **3. ¿Podemos prescindir en un estado de derecho garantista de la acusación particular y de la acusación popular? a todo lo anterior se suma la progresiva afirmación de la preeminencia del ministerio fiscal sobre las acusaciones particular y popular.**

La ley española admite que la acción penal puede ser ejercitada, salvo para los delitos privados, por el Ministerio Fiscal, pero al lado de esa acusación que podemos llamar PÚBLICA, coexiste la posibilidad de que el directamente perjudicado por el delito pueda ejercitar su propia acción penal, calificando el delito y postulando la imposición de una pena e incluso la condena al acusado al pago de una indemnización, u otras consecuencias relacionadas con la legítima finalidad de privar al delincuente de cualquier ventaja que pudiera derivar del hecho delictivo.

Por otro lado, la transferencia de la función instructora de los Jueces al Ministerio Fiscal llevaría consigo otro cambio jurídico no menos significativo, y de indudable

relevancia constitucional, al reducirse la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, la cual está expresamente prescrita y garantizada por la Constitución española y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello se produciría a causa del mayor protagonismo del Fiscal instructor-acusador que supondría una correlativa pérdida de funcionalidad y de las facultades procesales en las ACUSACIONES PARTICULAR Y POPULAR.

Con carácter general, la ley de enjuiciamiento criminal española permite ejercitar acciones penales y civiles, en el proceso penal, no solo al Ministerio Fiscal como ACUSACIÓN PÚBLICA, sino también al sujeto que ha sido ofendido por el delito, al que llamamos, en cuanto ejercita la acción penal, ACUSADOR PARTICULAR; y cumpliendo unos requisitos especial, es también al sujeto que no ha sido perjudicado u ofendido por el delito, el cual interviene en el proceso, siempre que cumpla esos requisitos como ACUSADOR POPULAR.

El reconocimiento de un lugar en el proceso a estas figuras de acusaciones, particular y popular, supone una garantía para el Estado de Derecho, porque, si el Ministerio Fiscal se apartase, por obediencia al poder Ejecutivo, de la recta inteligencia y aplicación de la ley, dejando de acusar, por ejemplo, a un político corrupto, a un alcalde prevaricador, a un jerarca de un partido que ha incurrido en malversación de caudales públicos o u en blanqueo de dinero, entonces las acusaciones particular y popular podrían mantener abierto y reconducir el proceso según su finalidad, haciendo posible el descubrimiento de la verdad y el castigo de los culpables.

En la medida en que las ACUSACIONES PARTICULAR Y POPULAR pueden optar teóricamente por dirigir sus pretensiones punitivas y de responsabilidad civil frente a personas distintas de aquella que el Ministerio Fiscal (ACUSACIÓN PÚBLICA) consideraría blanco de su actuación instructora, en el caso de que se trasladen al Ministerio Fiscal la función de instrucción de las causas penales, quedarán subordinadas en su actuación a un funcionario que no solo detentara la función acusatoria, teóricamente igual a la del perjudicado y el titular de la acción popular, sino que además puede denegar la práctica de las diligencias de investigación que estas partes puedan interesar.

Un excesivo protagonismo del Ministerio Fiscal en esta materia no solo puede colisionar seriamente con el mandato contenido en la propia Constitución española, de abrir cauces para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, sino que además puede hacer virar nuestro sistema penal, a través de una tergiversación de la reglas de la CONFORMIDAD PENAL, hacia un sistema próximo al PLEA BARGAINING imperante en los Estados Unidos, en el que el contenido de la Sentencia penal no es fruto de unas pruebas apreciadas en conciencia por los jueces, sino de unas soluciones pactadas entre el Letrado defensor y el Fiscal del caso, en un marco de legalidad tan extremadamente flexible que chocaría con nuestro PRINCIPIO DE LEGALIDAD. con las soluciones pactadas entre el letrado defensor que es el aquel que reconoce la participación popular en la Administración de Justicia.

Hoy día, el Juez de Instrucción ocupa en el proceso penal una posición e imparcial en la busca de elementos favorables y desfavorables a los sujetos pasivos del Proceso, tal como prescribe nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y hace de filtro para que se abra juicio solamente cuando los indicios convierten el hecho punible en posible; y además cumple la exigencia elemental, también ligada a los derechos fundamentales del inculpado, de que se trate de un “JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY”. En cambio, es improbable que una vez pasen al Ministerio Fiscal las funciones propias de la instrucción penal, se garantice el derecho del ciudadano a un “FISCAL PREDETERMINADO POR LA LEY”, pues, se dirá, la personalidad única del Ministerio Fiscal y el principio de jerarquía suplen esa necesidad.

La traslación de las funciones propias de la instrucción al Ministerio Fiscal puede poner en riesgo una parte sustancial de las conquistas jurídicas que hemos logrado, en gran medida gracias al buen hacer de los jueces de instrucción y del Tribunal Supremo español, pues para el imputado, no sólo representaba una garantía el hecho de que “QUIEN INSTRUYE, NO PUEDE JUZGAR”, sin, además, el hecho de que “QUIEN INSTRUYE NO PUEDE ACUSAR”.

Porque, UN FISCAL, BUSCANDO PRUEBAS PARA LA ACUSACIÓN, ¿mejoraría la posición de la defensa?: La respuesta tiene que ser necesariamente negativa: el investigado tendrá que pedir las diligencias necesarias para su defensa a quien será su adversario en el juicio. Es decir, que el mismo fiscal que va a acusar, va a resolver sobre la pertinencia o impertinencia de las pruebas de descargo que solicite el inculpado. Las diligencias de infestación que se han de practicar, van a ser las que disponga el Ministerio Fiscal, que es el que después va a acusar, en base al propio material probatorio cuyos contornos él ha determinado a través de las pertinentes decisiones como instructor.

Así pues, aunque el PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS no tiene en el proceso penal español el mismo alcance y significado que en el proceso civil, la falta de disponibilidad por parte del Letrado de la defensa, de las mismas facultades en orden a la conformación del arial probatorio, que la parte acusadora, va a ser determinante de un DESEQUILIBRIO DE FUERZAS que inevitablemente aplicará a nuestro Tribunal Constitucional algún día a poner de manifiesto, tal como un día afirmara que “QUIEN INSTRUYE NO PUEDE JUZGAR”, que “QUIEN INSTRUYE TAMPOCO PUEDE ACUSAR”.

En los últimos dos años, algunos máximos responsables de los poderes públicos, incluso el Ministro de Justicia y el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, que en nuestro sistema es la misma persona, han expresado sus opiniones favorables a la desaparición de la acusación popular o a una restrictiva regulación de su intervención en el proceso. Y ello, tal como se exponía al principio, en un momento en que la ciudadanía muestra su hastío y su máxima preocupación por la corrupción, que afecta y ha sentado en el banquillo a políticos, banqueros, miembros de la Casa Real, cabezas de los partidos políticos. ... ¿Puede considerarse, por tanto, una reforma inocente? ¿Es verdaderamente el problema de la Justicia Penal el Juez de Instrucción o es su independencia lo que perjudica los intereses no confesados de

ciertos sectores del orden político y financiero?

En mi opinión, tanto el traslado de las funciones de Instrucción a los Fiscales, como la supresión o regulación restrictiva de la ACUSACIÓN PARTICULAR y de la ACUSACIÓN POPULAR, constituirían un ataque insólito al Estado de Derecho.

Para terminar esta conferencia voy a recordaros otra cita de mi amado EDMUND BURKE. "PARA QUE TRIUNFE EL MAL, LO UNICO QUE HACE FALTA ES QUE LOS BUENOS, NO HAGAN NADA". De cada uno de nosotros se espera, por tanto, que hagamos algo para que no triunfe el mal y podamos seguir viendo en un Estado de Derecho. Algo, aunque sea pequeño, siempre es algo valioso. Aunque se trate de un Estado con agujeros, por donde pueda escapar algún día la Justicia, a raudales, tendremos un Estado de Derecho. Un Estado que aspira a la Justicia. Eso es todo. Muchas gracias.

## REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, J. **Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica**, Madrid, Isonomia, N°6, 1997.

ANDRUET, A.S. La ética de la magistratura y el desafío de los códigos de ética, *Ética e Independencia Judicial del Poder Judicial*, Bs.As., **La Ley**, 2004, p. 25-60.

ARMENTA DEU, T. Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre europa y América. **Revista de Estudios de la Justicia**, N° 11, 2009.

CAPELLETTI, M. Who watches the watchmen? A comparative study of judicial responsibility. **American Journal of Comparative Law**, 1983, n° 31.

DE LA OLIVA SANTOS, A. **Jueces imparciales, fiscales "investigadores," y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal**, PPU, Barcelona, 1988, p. 73-78.

DOMÍNGUEZ ZORRERO, M. Estados excepcionales y garantía de derechos fundamentales en latinoamerica, **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), Núm. 81, Julio-Septiembre 1993.

DORADO MONTERO, P. **El derecho protector de los criminales**, Madrid 1915.

GABRIEL JUAREZ, M. La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Año XVIII, 2012, p. 285-314.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**, Ed. Colex, 1990, p. 121-122.

HABERMAS, J. Facticidad y validez. Idem, **Teoría de la acción comunicativa**, Madrid: Trotta, 2008.

JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan. Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey, en **Temas básicos de Derecho Constitucional**, Vol. II, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 42-45.

LORCA NAVARRETE, A.M. Algunas propuestas para una necesaria reforma de la ley de enjuiciamiento criminal, **Diario La Ley**, núm. 6.057, Sección Doctrina, 8 de julio de 2004, año XXV.

LUCAS VERDÚ, P. Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), Núm. 33, Mayo-Junio, 1983.

MÉNDEZ DÍAZ, R.A. la valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la república federal de Brasil: **Justicia Juris**, vol. 9, nº 2, julio - diciembre de 2013.

\_\_\_\_\_, R.A., la teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano, **Revista Jurídicas CUC**, nº 6, septiembre de 2010, Barranquilla, Colombia.

MORENO CATENA, V. El ministerio fiscal, director de la investigación de los delitos, **Teoría & Derecho**, núm. 1, 2007, p. 75-97.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, **Revista Ius et Praxis**, 2005, nº 11, p. 221-241.

PALOMA BIGLINO CAMPOS, P. La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos, en **La monarquía parlamentaria**: (Título II de la Constitución), Madrid, 2001, p. 206-207.

PICADO VARGAS, C.A. El derecho a ser juzgado por un juez imparcial, **Revista de JUDEX**, nº 2, agosto 2014.

PICÓ I JUNOY, J. Nuevas reflexiones sobre la regla quien instruye no puede juzgar, **Justicia**: revista de derecho procesal, Nº 3-4, 1999, p. 37-556.

PICÓ I. JUNOY, Joan. **La imparcialidad judicial y sus garantías**: la abstención y recusación. Bosch, Barcelona, 1998.

SUPERTI, H.C. **¿Inquisidores o jueces? una decisión determinante en el actual**

**proceso de cambio**, Derecho Procesal Penal, Editorial Juris, Rosario, 1998.

TENORIO SÁNCHEZ, P.J. El derecho excepcional de la República de Venezuela, **Revista de Derecho Político**, núm. 42, 1997, p. 423-452.

TÓRTORA ARAVENA, H. Las limitaciones a los derechos fundamentales, **Estudios Constitucionales**, Año 8, N° 2, 2010, p. 167-200.

VILLANUEVA TURNES, A. La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho. **Revista catalana de dret públic**, n° 51, diciembre de 2015, p. 209-222.

Recebido em: 31/10/2017

Aprovado em: 11/12/2017