

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada y Doctora en Derecho  
Profesora Adjunta de la UNIR

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 15

*Penas inhumanas o degradantes. Conformidad de la cadena perpetua con el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

«Es concorde con la doctrina fijada en la STEDH de 3 de febrero de 2015 (caso Hutchinson c. Reino Unido) después confirmada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17 de enero de 2017. En esta última decisión, a la vista de la evolución de la jurisprudencia nacional, se revisa el criterio de anteriores decisiones adoptadas por la Gran Sala en relación con el Reino Unido (STEDH de 9 de julio de 2013, caso Vinter y otros), considerando compatible con el artículo 3 CEDH el procedimiento de revisión de las condenas a cadena perpetua impuestas en el Reino Unido para los casos de delitos graves, pese a que la decisión inicial de revisión es administrativa pero judicialmente revisable. Al establecer los principios generales que definen el contenido del derecho afectado en este caso (§§ 42 y ss.) el Tribunal recuerda que el Convenio europeo no prohíbe la imposición de una pena de cadena perpetua en respuesta a delitos especialmente graves, pero, para que tal previsión sea compatible con el artículo 3 CEDH, dicha condena debe ser reducible durante su cumplimiento conforme criterios previsibles establecidos en una previsión legal o la jurisprudencia que la interpreta; lo que significa que el penado no solo ha de tener una perspectiva de liberación y conocer cuál debe ser su conducta para satisfacer las exigencias que la justificarían, sino que ha de contar con una posibilidad de recurso para exigirla. La revisión de la duración de la pena de cadena perpetua debe valorar si, pese al transcurso del tiempo, se mantienen los fundamentos penológicos legítimos que justificaron la imposición de la pena –retribución, disuasión de conductas similares, protección de intereses de terceros y la necesidad de rehabilitación–, aspecto este último sobre el que se pone el acento, dado que, se afirma, dicho objetivo es nuclear en la política penal europea (art 8 CEDH). También el respeto por la dignidad humana requiere que las autoridades penitenciarias se esfuercen por la rehabilitación de un preso condenado a cadena perpetua. De lo expuesto se deduce que la revisión requerida debe tener en cuenta el progreso que ha hecho el recluso hacia la rehabilitación, evaluando si dicho progreso ha sido tan significativo que la detención continuada ya no puede justificarse por otros motivos penológicos legítimos».

mos. Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto el acento en la necesidad de que los criterios y condiciones establecidos en la legislación de cada Estado parte que se refieren a la revisión deben tener un grado suficiente de claridad y certeza, y también deben reflejar los criterios fijados en la jurisprudencia del propio Tribunal de Estrasburgo».

(ATC inadmisión Pleno 4/2019, de 29 de enero. Recurso de amparo 1877/2018. Interesantes los votos particulares que formulan D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías y D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 22-2-2019).

## ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad personal. Adopción de prisión provisional en secreto de actuaciones. Obligación de conocer los elementos esenciales de las actuaciones en la comparecencia de medida cautelar.*

*Vid. artículo 505 Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*Derecho a la libertad personal. Procedimiento de habeas corpus.*

«El artículo 17.1 CE establece que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». Por su parte, el artículo 17.4 CE establece que «[l]a ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (LOHC) ha desarrollado ese mandato constitucional. El artículo 1 LOHC establece que mediante este procedimiento podrá obtenerse la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, entendiéndose por tal quien lo fuera sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes; y a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida. El Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*. Ha declarado que, aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27

de septiembre, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 24/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 29/2006, de 30 de enero, FJ 3; 46/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 12/2014, de 27 de enero, FJ 3; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

Por tanto, se hace necesario reiterar una vez más que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el Juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este Tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional».

(STC 72/2019, de 20 de mayo. Recurso de amparo 2087-2018. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 25-6-2019).

*Derecho a la libertad personal. Requisitos y motivación para adoptar la prisión provisional. Juez imparcial para acordarla. Asistencia del investigado en el recurso de apelación contra el Auto que la acuerda.*

«a) La libertad personal es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales (por todas, STC 147/2000, de

29 de mayo, FJ 3 y jurisprudencia allí citada). Los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de esa medida cautelar son los siguientes:

(i) El principio de legalidad, que opera como elemento habilitante de la privación de libertad, en los términos establecidos en el art. 17.1 CE, y como fuente de limitación del plazo máximo de duración de la medida cautelar objeto de análisis, (art. 17.4 CE), razón por la cual este Tribunal ha declarado que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 99/2006, de 27 de marzo, FJ 4, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5). La ley que regule los supuestos en que cabe acordar prisión provisional y su duración máxima ha de adoptar la forma de Ley Orgánica «ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE» [STC 147/2000, de 29 de mayo FJ 4 a)]. Nuestra jurisprudencia ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los «casos» a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la «forma» mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

(ii) El principio de adopción judicial de la medida. A pesar de que la Constitución no impone expresamente que esta medida deba ser adoptada judicialmente, nuestra doctrina ha establecido que «[la] prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada» [por todas, STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b) y referencias jurisprudenciales allí contenidas]. En este sentido la exigencia es coherente con lo previsto en el art. 5 del Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH), precepto que contempla un trámite de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad verificada en el seno de un proceso penal, y que es interpretado en el sentido siguiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «[e]l control judicial constituye un elemento esencial de la garantía que ofrece el art. 5.3, que tiene como finalidad reducir en la medida de lo posible el riesgo de arbitrariedad y de asegurar la preeminencia del Derecho, uno de los «principios fundamentales» de una «sociedad democrática» (por todas, STEDH de 5 de julio de 2016, Ali Osman Özmen c. Turquía).

(iii) El principio de excepcionalidad, vinculado al hecho de que en el proceso penal rigen los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*. Por ello la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional «deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad» (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4). El principio deriva asimismo de la naturaleza subsidiaria de ese instituto, pues su carácter extraordinario impide que pueda ser aplicado en supuestos en los que mediante medidas alternativas menos onerosas puede alcanzarse el propósito perseguido, tal y como se deriva del apartado 6 de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución núm. 45-110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el art. 502.2 LECrim, obliga al intérprete a realizar un juicio que tras-

ciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquél también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa.

(iv) El principio de modificabilidad, que parte del hecho de que las medidas cautelares personales se adoptan y desenvuelven en un contexto de provisionalidad, y por tanto mutable. Nuestra jurisprudencia sostiene que ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, de modo tal que los autos de prisión y libertad provisionales son reformables, tal y como prevé la legislación vigente, durante todo el curso de la causa (por todas, STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 3).

(v) El principio de temporalidad, finalmente, opera como mecanismo de cierre con el fin de evitar, en última instancia, que la prisión provisional alcance una duración excesiva (en este sentido, STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5), en consonancia con el contenido de la regla de Tokio 6.2, que establece que la prisión provisional no podrá durar más tiempo del necesario para lograr sus objetivos y deberá cesar, a instancia de parte o de oficio, cuando su perpetuación ya no resulte estrictamente necesaria.

b) El presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, es la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, independientemente del sentido ulterior de la sentencia de fondo (STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La jurisprudencia constitucional sostiene que «la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse» (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). En términos similares, pero siempre con idéntico sentido, exigiendo la concurrencia de indicios o datos que sustenten la verosimilitud de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del afectado por la medida, se ha venido pronunciando el Tribunal en otras resoluciones (SSTC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10; 164/2000, de 12 de junio, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4, o 62/1996, de 15 de abril, FJ 5).

c) Se precisa, asimismo, que la medida cautelar satisfaga una finalidad plausible desde la perspectiva constitucional, es decir, que se dirija a la consecución de cualquiera de los fines que la doctrina constitucional asocia a la prisión provisional. Descartando como fines constitucionalmente admisibles los punitivos o de anticipación de pena, los de impulso de la instrucción sumarial (por ejemplo, STC 140/2012, de 2 de julio, FJ 2), o la alarma social (por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5), el fin primordial de la prisión provisional se vincula a la necesidad «de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo» (entre otras, STC 138/2002, de 3 de junio, FJ 4). Y, junto a este objetivo principal, se contemplan también los siguientes:

(i) Asegurar el sometimiento del investigado al proceso, mediante la evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de justicia. Para calibrar la concurrencia *ad casum* de ese riesgo es preciso tener en cuenta los siguientes factores, expuestos en la STC 128/1995, FJ 4 b): 1) la gravedad del delito y de la pena a él asociada, para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de la frustración de la acción de la administración de justicia–; 2) las características personales

del inculpado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.–. Ahora bien, el propio tribunal reconoce que la valoración de estos factores puede variar durante el tiempo de mantenimiento de la prisión provisional, aconsejando su revisión. Se dice literalmente, «incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional –p. e., evitar la desaparición de pruebas–, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto».

(ii) Prevenir el riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso, tal y como reconoce el propio art. 503.1 3 b) LECrim, y contemplan, entre otras, las SSTC 128/1995 de 26 de julio, FJ 3; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3, y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4.

(iii) Conjurar el peligro de reiteración delictiva (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4), en la línea de lo dispuesto en el art. 5.1 CEDH, y con la cautela de considerar esta finalidad de modo compatible con la garantía del derecho a la presunción de inocencia del que goza el investigado o encausado. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, dicha previsión no da cobertura a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo o una categoría de individuos que se estime constituyan un peligro debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1 c) y 5.3 del Convenio, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos (SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, § 102; de 27 de mayo de 1997, caso Eriksen c. Noruega, § 86; de 17 de diciembre de 2009, caso M. contra Alemania, §§ 89 y 102; de 13 de enero de 2011, caso Haidn c. Alemania, §§ 89 y 90; de 7 de marzo de 2013, caso Ostendorf c. Alemania, §§ 67 a 69, y 28 de octubre de 2014, caso Urtans c. Letonia, § 33).

d) Desde los presupuestos anteriores, nuestra doctrina ha determinado que concurre un deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial para acordar la prisión provisional, por la estrecha conexión existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues solo una adecuada motivación hace conocibles y supervisables aquellas circunstancias fácticas [STC 128/1995, FJ 4 a)]. Además, la falta de motivación «conciene directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 179/2005, de 4 de julio, FJ 2).

La motivación constitucionalmente exigible, en estos supuestos, debe contener:

1) Una argumentación que ha de ser «suficiente y razonable», entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado; 2) la justificación de la legitimidad constitucional de la privación de libertad o, más concretamente, el presupuesto de la medida y el fin constitucional-

mente legítimo perseguido; y 3) la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión [por todas, SSTC 179/2005, FJ 2, y 65/2008, de 29 de mayo, FJ 4 c), y jurisprudencia allí citada].

En este marco, al órgano jurisdiccional de la instancia le corresponde acordar sobre la situación personal de las personas sujetas al proceso penal con observancia de la ley y a la luz de los principios y normas constitucionales, es decir «la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley» [STC 128/1995, FJ 4 b)].

Y, por su parte, al Tribunal Constitucional le compete «supervisar la existencia de motivación suficiente –en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido– y su razonabilidad, entendiéndolo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución» [STC 128/1995, FJ 4 b)].

e) Por último, el Tribunal Constitucional se reserva también la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida. Es decir, que el Tribunal es garante asimismo de que el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE.

A este respecto, hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la exigibilidad de «una audiencia previa o inmediata posterior en caso de urgencia en la que se sustancie la pretensión de las acusaciones de que se adopten o agraven las medidas cautelares privativas de libertad», sintetizándose nuestra doctrina en la STC 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3. Como recordamos en la referida resolución «la jurisprudencia constitucional considera que (i) si esa audiencia está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, es un requisito procedimental que queda integrado en la exigencia del artículo 17.1 CE de que nadie puede ser privado de libertad sino en la «forma prevista en la ley», por lo que su omisión constituye una vulneración del artículo 17.1 CE y (ii) si esa audiencia no está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, entonces el presupuesto previo de determinar que esa audiencia es un requisito legal supone un juicio de legalidad ordinaria para los órganos judiciales competentes en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el artículo 117.3 CE respecto del que el control de constitucionalidad queda limitado a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad (SSTC 198/1997, de 2 de junio, FJ 2; 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 50/2009, de 23 de febrero, FJ 3)».

Siguiendo esta línea de razonamiento, en la indicada STC 91/2018, de 17 de septiembre, llegamos a la conclusión de que existe una garantía legal en el art. 539

LECrím que impone al órgano judicial la obligación de celebrar la comparecencia prevista en el art. 505 LECrím para reformar de manera peyorativa la situación personal del individuo sometido al procedimiento penal y afirmamos en concreto que «desde la perspectiva formal o procedimental, esa decisión peyorativa requiere (a) o bien «solicitud del ministerio fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505», (b) o bien «si a juicio del juez o tribunal concurren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el investigado o encausado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia»». La primera de las dos garantías expresadas, relativa a la necesaria petición de parte acusadora, es obviamente extensible a cualquier supuesto que específicamente la requiera, como es, manifiestamente, el de la comparecencia inicial en la que se determina, por primera vez, la situación personal del individuo investigado, ámbito al que se circunscribe la queja del ahora demandante de amparo (art. 505.4 LECrím).

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el art. 5.3 CEDH, al prever que «toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales», no da derecho al acceso a una concreta institución u órgano sino a un procedimiento de carácter judicial (STEDH de 26 de mayo de 1993, asunto Brannigan y McBride c. Reino Unido, § 58) que ha de estar a cargo de una «autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales». Dicha autoridad, aunque puede ejercer funciones como las de dirección del procedimiento investigador, que no se identifican con las de «administrar justicia» (STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza, § 28) ha de poseer ciertas cualidades propias de un órgano judicial en sentido estricto, concretamente «la independencia hacia el ejecutivo y las partes» (SSTEDH de 18 de enero de 2007, asunto Estrikh c. Letonia, § 116, de 22 de mayo de 2007, asunto Bülbül c. Turquía, § 22). Como detalla la STEDH de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria (§ 49), para que la autoridad que realiza el control judicial de la prisión pueda ser considerada «independiente» e «imparcial» hay «apariencias objetivas» que deben ser tenidas en cuenta, como, por ejemplo, que no pueda intervenir en un estadio ulterior del procedimiento penal ejerciendo funciones de acusación, supuesto en el cual su independencia e imparcialidad pueden ser objeto de sospecha. Además, la autoridad judicial debe escuchar personalmente al afectado y decidir conforme a criterios jurídicos la procedencia de la privación cautelar de libertad (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49). No resulta, pues, incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad que ejerce el control judicial inmediato de la prisión que esta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial pero sí que acumule tales tareas con «funciones de acusación» (en este mismo sentido, STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza).

La doctrina de este Tribunal asume el contenido mínimo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues hemos señalado que la garantía de imparcialidad objetiva del juzgador debe regir en el trámite sobre la situación personal del investigado, pero «no comporta la estricta exigencia constitucional de traslado *in toto* a dicho trámite de la prohibición de acumulación en un mismo órgano judicial de la decisión y de ciertas actividades de instrucción», de modo tal que «la sustitución

del juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental» (STC 98/1997, de 20 de mayo, FFJJ 3 y 4).

De la interpretación que hasta la fecha se ha venido formulando de los arts. 17.2 y 5.3 CEDH, con arreglo a las exigencias mínimas referidas, y sin entrar a valorar en este momento la genérica posición y funciones del juez instructor en el marco de la investigación de los procesos penales, al exceder ello del ámbito de este concreto enjuiciamiento, no se deduce que la autoridad judicial que ejerce el rol de instructora del procedimiento deba quedar excluida de las funciones de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad (art. 17.2 CE en relación con el art. 505 LECrim), en tanto tenga efectivamente garantizado un estatus de independencia respecto del Poder Ejecutivo y de las propias partes, de suerte tal que no esté llamado a asumir funciones acusatorias. Tales rasgos básicos están garantizados en nuestro vigente sistema procesal penal, en la medida en que el juez de instrucción goza de las garantías de independencia e inamovilidad propias de los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 CE), y habida cuenta que no formula posteriormente acusación alguna contra el investigado, ni puede obligar al fiscal a formularla.

La necesidad de que la autoridad judicial que ejerce el control de la privación de libertad (art. 17.2 CE) no esté llamada a asumir, con posterioridad, funciones acusatorias conecta, asimismo, con la importancia que, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 5 CEDH, cobra la noción de «cargos criminales» (por todas, SSTEDH de 24 de noviembre de 1993, asunto Imbrioscia c. Suiza, § 36, y de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinprecht c. Austria, § 37), importancia que implica, en lo que ahora nos interesa, que la autoridad judicial que ejerce el control inmediato de la privación cautelar de libertad sólo actúa a través de un auténtico «procedimiento judicial» cuando se ajusta a los límites que, en ese preciso momento, marcan dichos cargos, lo que supone que ha de existir una coherencia sustancial entre los hechos y las calificaciones que son manifestados, en la audiencia del art. 505 LECrim, por las partes acusadoras para fundamentar la prisión y la posterior decisión cautelar del juez.

En tal sentido, la autoridad judicial encargada de actuar como «juez de la libertad» de los investigados no sería imparcial, en términos objetivos, si quisiera fundar la medida cautelar de privación de libertad en hechos o en calificaciones jurídicas diversas y más graves que las que los acusadores personados en el procedimiento consideran viables en ese momento procesal, convirtiéndose de ese modo en acusador potencial, cuando una característica que debe definirle es la de no acumular funciones acusatorias, esto es, la de no ser la autoridad que presenta los cargos definitivos. Por tanto, si el juez de instrucción se apartara de lo señalado por las partes acusadoras en relación con los «cargos criminales» (hechos y calificación jurídica) que permitirían fundar la decisión de prisión provisional, asumiría en el específico trámite del control inicial de la privación de libertad la condición de parte acusadora, de una forma incompatible con las exigencias derivadas de los arts. 17.2 CE y 5.3 CEDH. En cambio, si el juez de instrucción se ajusta a la petición formulada por las partes en lo relativo a la sustancia de los cargos provisionales (hechos y calificación jurídica provisionales), sin agravar estos para justificar la procedencia de la privación de libertad, la realización de valoraciones adicionales sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la privación de libertad no resulta necesariamente contraria al estatuto de imparcialidad de la «autoridad judicial» constitucionalmente llamada a ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad, sin perjuicio de que

deba formularse en cada caso un análisis contextualizado de la argumentación complementaria, en aras a descartar concretamente la presencia de parcialidad objetiva.

Hemos de concluir entonces que, para preservar la imparcialidad objetiva del juez de instrucción, no es constitucionalmente exigible, en abstracto y teniendo en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, la existencia de plena identidad o correlación entre la totalidad de los argumentos por los que los acusadores consideran que procede la prisión provisional y los que conducen al juez a acordarla. Esta correlación sería exigible en lo que hace al presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, esto es, a la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, pero no en relación con la concurrencia exacta de uno o más fines constitucionales llamados a ser preservados por la medida cautelar.

(.../...)

El auto de la magistrada instructora, adoptado tras el trámite dispuesto en el art. 505 LECrim, se produce, en el caso que nos ocupa, en el contexto de la comparecencia judicial del investigado en la que ha de determinarse, por vez primera, su situación personal. Se trata de un trámite que, sustanciándose en un momento embrionario del procedimiento, no puede demorarse por los fines perentorios que lo caracterizan y que se ajusta, por ello, a un formato flexible basado en un debate estrictamente oral entre acusadores y defensas, verificado inmediatamente después de la declaración prestada por el investigado. Ese debate contradictorio, puramente oral, que da lugar a la primera decisión judicial sobre la situación personal, tiene como finalidad primordial que el individuo investigado sea oído por la autoridad judicial, de modo que ésta pueda examinar, de acuerdo con criterios jurídicos, «las razones en pro y en contra de la privación de libertad» (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, de 4 de diciembre de 1979; asunto Schiesser c. Suiza, § 31, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49).

A ese primer debate contradictorio, cuyo elemento clave es que el afectado sea oído por la autoridad judicial, sigue de inmediato, en la regulación procesal vigente, una impugnación jurisdiccional formalizada como «recurso de apelación», trámite este que, caracterizado por la celeridad, se sustancia ante un «órgano judicial» en sentido estricto, en cuanto tribunal exclusivamente ocupado de ejercer la función de «juzgar», tanto en el fondo como en la forma, la adecuación a Derecho de la decisión cautelar adoptada. Este órgano judicial revisor no tiene vinculación alguna con las tareas investigadoras. En este segundo marco procedimental, se cuenta con una base objetiva que delimita plenamente el debate entre las partes: el auto de prisión provisional, que consigna los elementos en los que se funda la privación de libertad. Es posible entender que este recurso de apelación ante el órgano judicial competente (en el caso que nos ocupa, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), materializa la garantía contenida en el art. 5.4 CEDH que señala que «[t]oda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en un breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si dicha privación fuera ilegal». En este trámite lo esencial, a efectos de la contradicción exigible, es el desarrollo de un debate revisor, entre los acusadores y las defensas, acerca de la legalidad, tanto en el fondo como en la forma, de la decisión cautelar inicialmente adoptada, de modo que, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier nueva alegación o elemento de convicción que sea aportado por las acusaciones ha de ser puntualmente introducido en el debate a través del oportuno traslado a la defensa del investigado (STEDH de 7 de septiembre de 2017, asunto Stollenwerk c. Alemania,

§ 40), a los efectos oportunos de asegurar la interdicción de indefensión de este último.

Obviamente, el respeto del derecho de defensa ha de caracterizar ambos trámites procesales (control judicial inicial y recurso ante un órgano judicial), que han de responder, en esencia, a una misma estructura contradictoria (STEDH de 25 de octubre de 2007, asunto Lebedev c. Rusia, § 76), estructura que, sin la exigencia de equiparación plena a la del juicio oral propiamente dicho, en el que se ventilan los cargos definitivos y la consiguiente petición de condena, ha de ser la máxima posible dentro de los límites que impone la existencia de una investigación en curso (por todas, SSTEDH de 13 de febrero de 2001 asunto Schöps c. Alemania, y de 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 41). Ahora bien, dentro de esa estructura contradictoria común, el Tribunal de Estrasburgo acepta que la distinta fisonomía de los trámites contemplados en los arts. 5.3 CEDH –que en nuestro sistema se sustancia en la audiencia del art. 505 LECrim– y 5.4 CEDH –que se materializa en el subsiguiente recurso de apelación– pueda determinar diferencias de grado en las exigencias formales de contradicción (STEDH de 25 de octubre de 2007, asunto Lebedev c. Rusia, § 76).

(.../...) Es doctrina establecida por este Tribunal en relación con el art. 17 CE, que el primer control judicial de la privación de libertad está sometido a la cláusula de proscripción de toda indefensión, lo que supone que no es admisible ninguna situación de indefensión material, en la que una de las partes quede privada de la facultad de alegar y probar siempre que dicha privación tenga una incidencia directa en la resolución adoptada (por todas, STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 2).

(.../...)

Del art. 566.5 LECrim, que prevé la posibilidad de celebración de vista para resolver el recurso de apelación frente al auto que acuerde la prisión provisional, no se puede deducir más que la necesaria actuación por medio de representante y a través de la oportuna defensa técnica. Y tampoco parece que la presencia del investigado en la vista de apelación pueda deducirse inequívocamente del art. 302 LECrim, invocado por el recurrente, que se limita a disponer que «[l]as partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento». Pues la referencia legal a las «partes» no puede entenderse como una exigencia de actuación de índole personal, sino que responde a la regla de nuestro ordenamiento procesal conforme a la cual las partes intervienen en los actos de procedimiento a través de sus representantes procesales. En la STC 194/2015, de 21 de septiembre, con ocasión del análisis de la regulación de una de las modalidades de recurso de apelación penal, recordamos la diferencia esencial que existe entre los preceptos que aluden expresamente a la presencia o intervención del «imputado» (o ahora el «investigado»), el «acusado» o el «condenado» frente a aquellos otros que se refieren a las «partes», en el entendimiento de que esta última referencia legal «supone lógicamente la presencia tanto del abogado al que compete presentar las alegaciones en defensa de su cliente, como del procurador que ejerce su representación en juicio». Y ello en tanto que «la postulación es un presupuesto general de la validez de los actos procesales y comprende tanto la dirección y defensa a cargo del letrado como la representación procesal que compete al procurador, actuando este ante el órgano jurisdiccional en nombre de la parte, como se desprende de los párrafos 3 y 4 del art. 118 LECrim y de los arts. 436 y 438 LOPJ. En particular, respecto a la representación de la parte mediante procurador cabe observar que el primer apartado del art. 438 LOPJ la requiere con carácter general, salvo las excepciones legalmente previstas que permiten bien la

intervención personal de aquella o el ejercicio de ambas funciones, defensa y representación, por un mismo profesional»» (FJ 4). Por tanto, no existe obligación de deducir del art. 302 LECrim, una exigencia legal específica de intervención del investigado en la vista en la que se ventila el recurso de apelación presentado frente a la decisión inicial de prisión provisional. En defecto de tal obligación, la interpretación efectuada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que entiende que tal acto ha de verificarse con el representante procesal y el abogado del investigado, resulta razonable.

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que estamos ante un trámite que ha de colmar las exigencias de contradicción que son características de un «procedimiento judicial» basado en la «igualdad de armas» (por todas, STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Fodale c. Italia, § 41), exigencias que no pueden equipararse a las del juicio civil o penal propiamente dicho en el que se ventila la cuestión de fondo, pero que han de ser en todo caso apropiadas al tipo de medida de privación de derechos que está en juego (por todas, STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Assenov y otros c. Bulgaria). Cuando se trata, en concreto, de revisar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad en el seno de un proceso penal, el Tribunal de Estrasburgo estima necesario que exista un trámite de audiencia (por todas, STEDH de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinsprecht c. Austria, § 31), bien mediante la intervención personal del afectado, bien mediante su actuación instrumentada a través de un representante (SSTEDH de 13 de julio de 1995, asunto Kampanis c. Grecia, § 47; de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, y de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 203). La intervención personal del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en circunstancias determinadas, en particular: i) si el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); ii) si existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión (con comparecencia personal) y el trámite de apelación (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); iii) si las alegaciones del impugnante se refieren estrechamente a su personalidad o carácter (STEDH de 19 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69); iv) si el recurrente discute *ex novo* las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad, condiciones que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar y que el letrado defensor no conoce «de primera mano» (STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, § 91); o v) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que ésta se basa, por ejemplo si la decisión inicial se fundaba en el riesgo de reiteración delictiva y se altera para fundarla en la posibilidad de destrucción de medios de prueba (STEDH de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, §§ 33 y 34).

(STC Pleno 29/2019, de 28 de febrero de 2019. Recurso de amparo 5678-2017. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 26-3-2019. En el mismo sentido, SSTC 30/2019, de 28 de febrero, 50/2019, de 9 de abril y 62/2019, de 7 de mayo).

## ARTÍCULO 20

*Derecho a la libertad de información. Diferencia con el delito de descubrimiento y revelación de secretos e injerencia en el derecho a la intimidad. Secreto profesional.*

«a) Este Tribunal ha venido reiterado insistentemente que cuando se alega que la conducta por la que se sigue el proceso penal constituye, a su vez, ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el órgano judicial debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese ejercicio legítimo [SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e)]. «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» [STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, citada por la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e)]. En estos casos, el ejercicio legítimo del derecho fundamental operaría como causa excluyente de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2, y 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5), habiendo considerado también que la eventual apreciación de que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de los derechos fundamentales alegados comportaría siempre la falta de habilitación legal para sancionar (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

b) Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» [SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 177/2015, FJ 2 e)].

c) En supuestos como el que nos ocupa, dada la naturaleza sustantiva del derecho fundamental alegado y el contenido de la jurisdicción de amparo, nuestro análisis no puede detenerse en la anterior constatación genérica, sino que la función que corresponde a este Tribunal no se circunscribe a examinar la existencia o razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales realizando un simple juicio externo que verse sobre la existencia, inexistencia o razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales ordinarios; sino que hemos de aplicar inmediatamente a los hechos probados las exigencias dimanantes de la Constitución para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetadas, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 3; 148/2002, de 15 de julio, FJ 3; 174/2006, de 5 de junio, FJ 2, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

(.../...)

Cabe recordar sucintamente nuestra doctrina acerca del ámbito de aplicación de las respectivas libertades, que aparece compendiada en la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4, en los siguientes términos: «[e]ste Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4)».

En aquellos casos, nada excepcionales, en los que se entremezcla la narración o descripción de acontecimientos y exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego, este Tribunal ha venido atendiendo «al que aparezca como preponderante o predominante» (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un «afán informativo» (STC 278/2005, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un «juicio de valor».

En todo caso, los límites a la crítica pública son más amplios, con relación a los personajes públicos, donde se muestra una mayor tolerancia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Aizsardzibas Klubs Vides contra Letonia núm. 57829/00 (§ 40), 27 de mayo de 2004 y Lepes de Silva Gomes contra Portugal núm. 37698/97 (§ 30) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-X).

(.../...)

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la comunicación que este derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública» (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 2, y STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). En ausencia de alguno de tales requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2).

a) Con relación al requisito de la veracidad de la información, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información colisiona con el derecho al honor, el mismo no exige que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información (por todas, STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado.

Debe tenerse presente que cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, como sucede en el caso que nos ocupa, la veracidad «no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» de este último derecho (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos (STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 7). Por esta misma razón, a pesar de la cita efectuada por la parte recurrente, tampoco resulta pertinente examinar si la información publicada en este supuesto está amparada por la doctrina relativa al denominado «reportaje neutral» (sintetizada en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4), en la medida en que no da a conocer hechos u opiniones expresados por terceros (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

b) Respecto del segundo requisito, puesto que la protección de la libertad de información «se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública» (por todas, STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3), venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos «noticiables», en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5). Según ha afirmado la doctrina de este Tribunal, este valor preferente, en cuanto medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10, reiterada en SSTC 105/1990 y 176/1995, entre otras).

Ahora bien, como aclaró la STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, con ello «en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban –y gozaban de– una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981)».

c) Es también doctrina consolidada de este Tribunal que la información sobre sucesos con relevancia penal es de interés general y tiene relevancia pública (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4), que se intensifica si los implicados tienen la condición de autoridades o funcionarios públicos y los hechos divulgados se refieren directamente al ejercicio de funciones públicas (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3) o cargos políticos representativos (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7).

d) El derecho fundamental a la libertad de información no es ilimitado. Como declaró la STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, «[c]onscientes de que un ejercicio sin límites podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia, entre ellos la intimidad de los ciudadanos, el constituyente, al proclamar el derecho en el artículo 20.4 CE, y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucio-

nalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del artículo 20.1 CE frente al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE». En la relación con este último derecho fundamental a la intimidad, este Tribunal ha venido entendiendo que la relevancia pública de la información «justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia» (SSTC 134/1999, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, antes citada, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). En estos casos, a fin de delimitar si la afectación a la intimidad de las personas ha de reputarse legítima por hallarse justificada en la libertad de información, se ha venido sometiendo a cada uno de los datos publicados a un juicio de necesidad, rechazando que quede protegida la transmisión de aquellos que se revelen como «manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5).

Dicho en otros términos, para verificar la legitimidad constitucional de intromisión en la esfera de la intimidad de las personas, este Tribunal atiende a la «relevancia comunitaria» de los datos publicados. En tal criterio reside «el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)» (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). En consecuencia, no está protegida por la libertad de información [art. 20.1 d) CE] la divulgación de datos que, afectando a la intimidad, sean enteramente ajenos a lo «noticiable», excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa o puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

(.../...)

Entendemos que en el caso traído ahora a la consideración de este Tribunal, de acuerdo con el ministerio fiscal, y sin que ello suponga admitir el acierto de lo establecido en el ATC 129/2009, no resulta decisiva la consideración del origen del documento publicado.

(.../...)

La incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud. Al margen de otras consideraciones –como las derivadas del contenido del artículo 24.2 CE– una regla favorable a presumir la ilicitud sería contraria a la eficacia del derecho fundamental a la libertad de información y vaciaría de contenido el secreto profesional que, al servicio de aquel derecho, consagra el propio artículo 20.1 d) de la Constitución.

Conviene recordar que, tras reconocer el derecho a «comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión», el artículo 20.1 d) de la Constitución añade que «[l]a Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades». Estas dos menciones, como señaló la STC 6/1981, de 16 de marzo, preservan la «comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular» (FJ 3). En referencia a la cláusula de conciencia, aunque enteramente trasladable al secreto profesional, la STC 199/1999, de 8 de noviembre, declaró que «no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de [l] profesional de la información»; sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo

de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural» (FJ 2).

Esta prerrogativa de los profesionales de la información, por tanto, encuentra su justificación en la función que estos cumplen así como en la garantía institucional de la libertad de información, pues «la jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el artículo 20.1 d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia (entre la abundante jurisprudencia, SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995)» (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). El secreto profesional opera en este ámbito, según ha señalado la doctrina, como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz.

El secreto profesional que consagra el artículo 20.1 d) CE quedaría vacío de contenido si el silencio amparado en él derivase automáticamente en la afirmación por un poder público de la ilicitud de la fuente y la consiguiente prohibición de publicación. Dicho de otro modo, el secreto perdería su finalidad, dejando de ser garantía institucional de la libertad de información, si a su ejercicio legítimo siguiese directamente una restricción de la información a difundir. De ahí que no quepa deducir sin más del silencio la ilicitud de la fuente de la información.

(.../...)

En definitiva, no se publica ningún dato no relacionado con la noticia y los datos publicados cumplen el juicio de necesidad en cuanto se circunscriben estrictamente a lo que se considera «noticiable», sin que excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa ni puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios.

En consecuencia, la conducta del recurrente, consistente en la difusión, en el ejercicio de su profesión, en un diario digital y con ocasión de una noticia de relevancia pública, de los datos reseñados, que atañen exclusivamente a los hechos noticiables, constituyó el ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], de modo que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de dicho derecho fundamental».

(STC 24/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3264-2017. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 26-3-2019).

### *Derecho a la libertad de información. Utilización de cámara oculta.*

«En la STC 12/2012 nos referimos a los «contornos o perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona» (FJ 6). Entonces fundamentamos la especial capacidad intrusiva de las cámaras ocultas en los siguientes elementos:

a) En primer lugar, «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada "cámara oculta" impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el

contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniendo, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir» (STC 12/2012, FJ 6).

b) En segundo lugar, «la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones» (STC 12/2012, FJ 6).

c) Finalmente, «la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita» (STC 12/2012, FJ 6).

Por todo ello, este Tribunal ha subrayado la necesidad de «reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público» (STC 12/2012, FJ 6).

7. Como ocurre con otros conflictos entre derechos, la ponderación es también la forma de resolver los que suscita la técnica periodística de la cámara oculta. Ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE es absoluto o incondicionado, de suerte que existen circunstancias que pueden determinar que la regla general conforme a la cual es el titular de este derecho a quien, en principio, corresponde decidir si permite o no la captación y difusión de su imagen por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos (STC 19/2014, FJ 6). De nuestra doctrina se pueden extraer los siguientes criterios de articulación entre los mencionados derechos:

a) En primer lugar, debemos señalar que el factor de la veracidad de la información como límite inmanente solo resulta relevante en la articulación de las libertades de información y expresión con el derecho al honor. Según nuestra doctrina constitucional, cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad (por todas, SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 7; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 12/2012, FJ 7, y 58/2018, de 4 de junio, FJ 7).

b) Por tanto, fuera del ámbito del derecho al honor, lo determinante es la relevancia pública de la información publicada, que constituye, como ya se indicó, el otro límite inmanente del derecho a comunicar libremente información. Este derecho no ocupa una posición prevalente absoluta respecto del derecho a la intimidad y a la propia imagen: solo se antepone a estos derechos «tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo». Solo si tiene relevancia pública, alcanza la información «su máximo nivel de eficacia justificadora frente a derechos subjetivos de la personalidad, como el que aquí se debate, los cuales se debilitan, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, pues así lo requieren el pluralismo político, propugnado por el ar-

título 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico» (STC 19/2014, FJ 6).

En definitiva, «la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere» (STC 58/2018, FJ 7).

c) En tercer lugar, debe subrayarse que la inexistencia de consentimiento expreso, válido y eficaz a la utilización de la cámara oculta es lo que propiamente conforma la injerencia y, por consiguiente, origina la situación de conflicto de derechos fundamentales; en otras palabras, no predetermina el resultado de nuestro enjuiciamiento, sino que constituye su presupuesto. Por tanto, como afirmamos en las SSTC 12/2012, FJ 6, y 19/2014, FJ 5, la ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona grabada o fotografiada respecto a la intromisión en su vida privada es, ciertamente, un factor decisivo en el enjuiciamiento de los derechos en conflicto; pero no es el único factor decisivo.

d) En cuarto lugar, cuando la información de relevancia pública se haya obtenido mediante cámara oculta, el enjuiciamiento constitucional debe incorporar un juicio de proporcionalidad específico. Así, hemos señalado que «la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información solo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información» (SSTC 12/2012, FJ 6; 24/2012, de 27 de febrero, FJ 2, y 74/2012, FJ 2) y que, por lo tanto, «allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos» (STC 12/2012, FJ 6).

En el mismo sentido, la STC 74/2012, sintetizando la doctrina de la STC 12/2012, puso de manifiesto que la utilización periodística de cámaras ocultas no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, cuando existan otros «métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional» (FJ 2).

En suma, el enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido. La relevancia pública de una información puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas».

(STC 25/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 169-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019).

## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción.*

«El ejercicio de la acción penal en el que se traduce aquel derecho, según nuestra doctrina, «se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2)... si bien su apreciación constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria –por lo que a este Tribunal le correspondería sólo revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente–, el principio *pro actione* prohíbe, además, que se interpreten dichos requisitos procesales de manera tal que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, STC 237/2005, de 25 de septiembre, FJ 2)» (STC 190/2011, de 12 de diciembre, FJ 3)».

(STC 23/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3986-2015. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 26-3-2019).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Competencia de los tribunales españoles. Inexistencia de un principio de jurisdicción universal.*

«No puede existir, como afirman los recurrentes, una vulneración del artículo 24.1 CE, en la medida en que este precepto pueda albergar, dentro de sí y por efecto indirecto del artículo 10.2 CE, un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma. Es esta una cuestión que hemos abordado in extenso en nuestra reciente STC 140/2018, cuyo FJ 5 descarta, puntualmente, la óptica sostenida por los ahora recurrentes de amparo. En este sentido, la resolución de este Tribunal ha declarado que «[p]or lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados, la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción» (FJ 5). También se describe con detalle en la STC 140/2018 que, ni del examen de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, ni tampoco de los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible

deducir «la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas. Por este lado, no puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de -acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador. Por tanto, debe entenderse que el derecho de acceso a la jurisdicción, en particular tal y como resulta interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al no tener un carácter absoluto, puede quedar sujeto, en su vigencia aplicativa, a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso. Entre estas limitaciones, puede apreciarse la introducción de requisitos de procedibilidad en los supuestos de extensión de jurisdicción» (FJ 5).

La STC 140/2018 concluye el razonamiento declarando que «la Ley Orgánica 1/2014 no es, considerada en su conjunto, contraria al artículo 10.2 CE en relación con el artículo 24.1 CE por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva. Y ello por cuanto no puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes» (FJ 5)».

(STC 10/2019, de 28 de enero. Recurso de amparo 4641-2015. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 22-2-2019. En el mismo sentido, SSTC 23/2019, de 25 de febrero, 35/2019 y 36/2019, ambas de 25 de marzo).

«a) Sobre el principio de jurisdicción universal. Este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre denuncias de vulneración del art. 24.1 CE por el archivo sobrevenido de causas penales en virtud de la aplicación de los mismos preceptos orgánicos. En la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4 (asunto Falun Gong II), abordamos el archivo de una causa penal abierta por delitos de genocidio y torturas, y concluimos que no se había producido vulneración del art. 24.1 CE porque (i) dicho precepto constitucional no alberga dentro de sí por efecto indirecto del artículo 10.2 CE un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma, y (ii) la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal tampoco determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad), que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional.

Para alcanzar estas conclusiones, el anterior pronunciamiento se atiene a la doctrina fijada en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, que ha establecido que «[p] or lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados [cita que incluye los cuatro convenios de Ginebra de 1949], la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción». La

STC 140/2018 constata que la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre el alcance y obligatoriedad del principio de jurisdicción universal, y que «[l]o único que puede deducirse del conjunto de pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) y de la Corte Internacional de Justicia, así como de otros documentos de referencia, como los principios de Princeton sobre la jurisdicción universal [...] es que el derecho internacional consuetudinario otorga a los Estados la facultad para atribuir competencia universal a sus jueces y magistrados, pero no les impone la obligación de hacerlo, dependiendo el ejercicio de dicha facultad de la relevancia que cada Estado atribuya a la relación entre el ejercicio de la soberanía en el marco de las relaciones internacionales y la garantía del imperio universal de los derechos humanos manifestada en la lucha contra la impunidad de los delitos más graves atentatorios de tales derechos. Esa facultad de los Estados se concreta a través de la firma de tratados internacionales en los que la jurisdicción universal puede conformar un principio de aplicación obligatoria, a través de la legislación interna del orden que se considere pertinente».

Constata igualmente que «[t]ampoco define un modelo único de extensión universal de la jurisdicción el sistema de garantía de los derechos humanos del Consejo de Europa, que se expresa principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» y que «[r]especto de la jurisdicción universal, no existe un pronunciamiento del tribunal de Estrasburgo que valide con carácter general uno u otro modelo de jurisdicción universal a la luz del artículo 6.1 CEDH», por lo que «[e]n síntesis, no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas. Por este lado, no puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador».

Estos argumentos se reproducen en la STC 23/2019, de 25 de febrero, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta a varios dirigentes chinos por delitos de genocidio, torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado durante la ocupación del Tíbet, y en la STC 36/2019, de 25 de marzo, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta por delitos de torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en la base norteamericana de Guantánamo A la luz de esta doctrina, no es posible reprochar a las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo haber incurrido en vulneración del art. 24.1 CE por aplicar al proceso una legislación orgánica –el art. 23.4 a) LOPJ y la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014– que ha precipitado su sobreseimiento por encontrarse fuera del ámbito de la soberanía española las personas extranjeras procesadas por la comisión de crímenes de guerra fuera del territorio nacional. Aunque esta legislación merma considerablemente las posibilidades de proyección extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir crímenes de guerra en comparación con la legislación previgente, no por ello supone menoscabo objetivo del contenido constitucionalmente protegido en el art. 24.1 CE, del que no forma parte la institución de una jurisdicción universal absoluta e incondicionada».

(STC 80/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 6438-2016. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. *BOE* 25-7-2019).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos.*

«Como ha reiterado este Tribunal, «el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*». Además, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción, «el derecho de acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación. Por consiguiente, el control constitucional que este Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un «juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente» (SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2; 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3, y STC 7/2015, 22 de enero, FJ 3) y sin que sea de aplicación el juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*» (SSTC 140/2016, de 21 de julio, FJ 12; 7/2015, 22 de enero, FJ 3; 40/2015, de 2 de marzo, FJ 2; 76/2015, de 27 de abril, FJ 2, y 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 6, y el ATC 40/2018, de 13 de abril, FJ 4).

La doctrina anterior, cuando se trata de la revisión de sentencias penales condenatorias, fue matizada por este Tribunal desde sus primeras resoluciones. En el ATC 40/2018, de 13 de abril, FJ 4, se lleva a cabo un repaso por todas ellas, destacando que desde la STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, hemos venido señalando que «el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de esta, consagra el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un “tribunal superior”, conforme a lo prescrito por la ley (art. 14.5)». Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno desde la publicación de su ratificación (*BOE* de 30 de abril de 1977), no ha sido considerado bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero sí obliga a considerar que «entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento». Destacamos allí como lo anterior obligó a reinterpretar las normas procesales reguladoras del recurso de casación penal entonces existente apurando al máximo sus virtualidades “para obtener a través de él una eficaz protección del derecho a la presunción de inocencia” (FJ 2), y excluyendo «la imposición de formalismos enervantes y las interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales» en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta» (STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3).

Por el contrario, cuando se trata de la revisión de sentencias absolutorias pronunciadas por la jurisdicción penal, como es el caso, este Tribunal mantiene el canon general sobre el derecho acceso a los recursos legalmente establecidos. En este sentido, la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 3, con cita de la precedente STC 132/2011, de 18 de julio, FJ 3, recordaba que, en estos casos, «el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos es meramente externo,

debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4, y 65/2011, de 16 de mayo, FJ 3)».

(STC 124/2019, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4529-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 6-12-2019).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Garantía del ne bis in idem procesal transnacional. Procedencia con Auto de sobreseimiento provisional.*

«Uno de los supuestos problemáticos que ha debido abordar la jurisprudencia constitucional en el contexto de la aplicación de esta garantía del *ne bis in idem* procesal es el relativo a la consideración del efecto de cosa juzgada vinculada a las decisiones de sobreseimiento provisional y su eventual efecto preclusivo respecto de un ulterior procedimiento penal. La STC 60/2008, de 26 de mayo, ha abordado con una mayor profundidad y extensión el análisis de esta cuestión. En dicha resolución, este Tribunal estableció que (i) la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia solo son revisables por la justicia constitucional conforme al parámetro del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; (ii) el alcance que sobre el efecto de cosa juzgada material tiene el sobreseimiento –provisional o libre– de un procedimiento respecto de una concreta persona también es una cuestión que, conforme al artículo 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, sobre la que este Tribunal solo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos; (iii) que no cabe considerar contrario al artículo 24.1 CE negar el carácter de cosa juzgada material a un sobreseimiento acordado por un órgano judicial cuando no se ha practicado ninguna diligencia encaminada a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos ni tomándose en consideración, para sustentar la decisión de archivo, ningún otro dato que los reflejados en el propio contenido de la denuncia presentada, con fundamento en que en tales supuestos no se ha reiterado el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con la carga y gravosidad que tal situación le habría originado, y (iv) que, por el contrario, no cabe equiparar a esa consideración de resolución sin efectos de cosa juzgada material, una decisión de sobreseimiento adoptada una vez que se habían practicado por el juez todas las diligencias necesarias de investigación (FJ 9).

Esta jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de ponderar los eventuales efectos de la declaración de cosa juzgada material de una resolución judicial de sobreseimiento –con independencia de su carácter definitivo o provisional–, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, aunque ha sido dictada en el marco de la aplicación interna del principio del *ne bis in idem* procesal, resulta coherente con la más actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del *ne bis in idem* procesal transnacional comunitario. Así, tal como también ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, en la STJUE de 5 de junio de 2014 (asunto C-398/12), en análisis del artículo 54 del ya citado Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, se estableció que (i) «ha de considerarse que un auto de sobreseimiento dictado después de una instrucción en la que se recabaron y examinaron distintas pruebas ha sido objeto de una apreciación en cuanto al fondo... en la medida

en que contiene una decisión definitiva sobre el carácter insuficiente de dichas pruebas y excluye toda posibilidad de que el proceso vuelva a abrirse sobre la base del mismo conjunto de indicios» (§ 30); (ii) «la posibilidad de reapertura de la instrucción judicial debido a la aparición de nuevas pruebas... no puede cuestionar el carácter firme del auto de sobreseimiento controvertido en el litigio principal. Es cierto que esta posibilidad no es un “recurso extraordinario” en el sentido de dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero implica la incoación excepcional de un procedimiento distinto, sobre la base de pruebas diferentes, y no la mera continuación del procedimiento ya concluido. Por otra parte, dada la necesidad de comprobar el carácter verdaderamente nuevo de las pruebas invocadas para justificar la reapertura, cualquier nuevo procedimiento basado en esa posibilidad de reapertura, contra la misma persona y por los mismos hechos, solo puede iniciarse en el Estado contratante en cuyo territorio se dictó dicho auto» (§ 40) y (iii) de todo ello concluye el citado Tribunal de Justicia en la declaración de la Sentencia que «[e]l artículo 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, debe interpretarse en el sentido de que un auto de sobreseimiento por el que se decide no remitir el asunto a un tribunal competente para conocer sobre el fondo que impide, en el Estado contratante en el que dictó dicho auto, nuevas diligencias por los mismos hechos contra la persona a la que ampara dicho auto, a menos que aparezcan nuevas pruebas contra ella, debe considerarse una resolución judicial firme, en el sentido de dicho artículo, que impide la apertura de nuevas diligencias contra la misma persona por los mismos hechos en otro Estado contratante». De ese modo, en la STJUE (GS) de 29 de junio de 2016, (asunto C-486/14), se excluye el carácter firme de la decisión de sobreseimiento provisional, «cuando se desprende de la motivación de esa resolución que se puso fin al procedimiento sin llevar a cabo una instrucción en profundidad, siendo indicio de la inexistencia de esa instrucción la falta de audiencia de la víctima y de un eventual testigo» (§ 54).

En conclusión, en atención a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta, el eventual efecto de cosa juzgada material de una decisión de sobreseimiento no depende de la calificación definitiva o provisional del archivo –y, por tanto, de la imposibilidad absoluta de la reapertura del procedimiento– sino de las concretas circunstancias concurrentes en el caso y relativas a que (i) dicha decisión haya sido adoptada una vez que se ha desarrollado un procedimiento penal al que el sujeto haya quedado sometido con la carga y gravedad que ello implica; (ii) se hayan desarrollado por el órgano encargado de la instrucción de ese procedimiento penal todas las diligencias necesarias y razonables de investigación para determinar el carácter delictivo del hecho y la concreta participación de interesado en el mismo, y (iii) como consecuencia de la firmeza de dicha decisión de archivo, la reapertura quede condicionada a la ponderación de la aparición de nuevos indicios relevantes sobre el carácter delictivo del hecho o de la participación del interesado en el mismo. De ese modo, y por lo que se refiere concretamente a la cuestión suscitada en el presente recurso de amparo, debe concluirse que la aplicación transnacional de la garantía de la interdicción del doble enjuiciamiento penal en los supuestos de cooperación judicial internacional determina que los órganos judiciales españoles no pueden acceder a la entrega de una persona que haya sido objeto de un procedimiento penal en España por los mismos hechos en que se funda la solicitud de entrega, cuando dicho proceso penal haya sido archivado en nuestro país en las circunstancias anteriormente señaladas, sin perjuicio de que, en aplicación de otros ins-

trumentos de cooperación judicial internacional, los órganos judiciales españoles puedan proceder a su reapertura a partir de la aportación de nuevos indicios por parte del país requirente».

(STC 3/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 3248-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 14-2-2019).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Criterios de determinación de la prueba ilícita. Consideración como lícita de la «lista Falciani» para acreditar delitos contra la Hacienda Pública.*

«La interdicción constitucional de la valoración judicial de la prueba ilícitamente obtenida constituye una garantía objetiva de nuestro sistema de derechos fundamentales, vinculada a la idea de un proceso justo (art. 24.2 CE), sobre la que este Tribunal dispone de un amplio cuerpo de doctrina.

La STC 9/1984, de 30 de enero, fue la primera resolución de este Tribunal en la que se planteó esta problemática. El entonces recurrente se quejaba de la posible vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) derivada de la admisión de pruebas pretendidamente ilícitas (en aquel caso, una confesión ante la policía obtenida irregularmente). No obstante, el Tribunal no llegó a pronunciarse en aquella ocasión sobre la cuestión planteada ya que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de invocación temporánea en el seno del proceso judicial. Señaló, además, que las vulneraciones aducidas no tenían su origen inmediato en las sentencias condenatorias impugnadas. Desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia (igualmente invocado en la demanda de amparo), añadió, sin embargo, que las pruebas cuya exclusión había sido solicitada por el actor no debían ser valoradas como pruebas de cargo, al tratarse de nuevas diligencias policiales que sólo tenían el valor de denuncia. Constató el Tribunal, en cualquier caso, que existían otras pruebas de cargo suficientes, por lo que descartó la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Más explícitos fueron los AATC 173/1984, de 21 de marzo, y 289/1984, de 16 de mayo, que representan una posición inicial de exclusión de la relevancia constitucional del problema de la incorporación al acervo probatorio de pruebas ilícitamente obtenidas. En el supuesto resuelto en el primero de autos citados, el recurrente impugnaba el procesamiento, dictado en su contra por el juez de instrucción en el entendimiento de que no estaba fundado en «razones objetivas», por lo que violaba, en su opinión, su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Invocaba el actor en su beneficio el «principio de prohibir utilizar los medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidos», pues, según alegaba, el procesamiento se había fundado en medios de prueba ilícitos. Denunciaba, en particular, que las dos fuentes de las que derivaban los elementos de convicción en los que el juez había basado su decisión estaban viciados de ilicitud por la forma en la que habían sido obtenidos. El Tribunal respondió a esta alegación que la valoración judicial de pruebas ilícitamente obtenidas es «un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control del Tribunal» (ATC 173/1984, de 21 de marzo, FJ 3).

En la misma línea se sitúa el citado ATC 289/1984, de 16 de mayo. También se alegaba, en ese caso, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y también se respondió por parte del Tribunal que la invocación del principio de pro-

hibición de prueba ilícita «no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina». Se añadió, incluso, en esta resolución, que «dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y [...] es sólo una mera aspiración que han patrocinado *de lege ferenda*, para incorporarla al derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos, cualquiera que sea su origen». En cualquier caso, el Tribunal consideró que, incluso si la ley llegara a contemplar semejante principio o regla de exclusión de la prueba ilícita, «se trataría de un problema, de mera legalidad ordinaria, totalmente ajeno al control de este Tribunal» (FJ 3).

Esta posición de inicial reticencia quedó rápidamente superada con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal. Se impugnaba en aquel supuesto una sentencia de la magistratura de trabajo que declaraba procedente el despido del entonces demandante de amparo. Se alegaba en concreto la violación del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En el proceso *a quo* se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. Desde el punto de vista de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo se planteaba, pues, el problema de la protección dispensada por el art. 18.3 CE en relación con los propios comunicantes. Pero, para el caso de que esta violación fuera reconocida, se suscitaba igualmente en la demanda la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «por obra de la admisión como prueba [...] de un instrumento ilegítimamente adquirido» (FJ 1), esto es, por el reconocimiento probatorio dado por el órgano judicial a la transcripción de la conversación. El pronunciamiento finalmente adoptado por este Tribunal descartó que se hubiera producido la vulneración originaria del derecho fundamental sustantivo (art. 18.3 CE), lo que no impidió formular por primera vez una doctrina general sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita que puede sintetizarse en tres ideas que constituyen, desde entonces, los principios rectores de nuestra doctrina sobre la materia:

a) La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado. En la STC 114/1984, de 29 de noviembre, se establece un principio general según el cual si se obtienen elementos de convicción con vulneración de un derecho fundamental sustantivo la atribución a aquellos de fuerza probatoria no supone, por sí misma, una violación del contenido de dicho derecho fundamental, pues éste no incluye la obligación de privar de toda eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto que atente contra el mismo. Señala, así, el Tribunal, en el inicio de los fundamentos de derecho, que «el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocésal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...] Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos» (FJ 1).

b) La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE). Según declara la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «[n]o existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita» o, más precisamente, «no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico» y «[c]onviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental». Estamos, antes bien, ante «una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales», cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar pruebas obtenidas con lesión de estos; por lo tanto, si hay violación de la Constitución, se produce en el seno del proceso y en atención a los derechos y garantías procesales previstos en el art. 24.2 CE (FJ 2). c) La violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo. Según declara el Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)». La hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede producirse, en concreto, «por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE)» (FJ 2). La decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a «una encrucijada de intereses» que ha de resolverse, pues, mediante un juicio ponderativo (FJ 4).

La doctrina posterior de este Tribunal ha establecido los elementos necesarios para afrontar tal juicio ponderativo, de los que nos ocupamos a continuación.

### 3. Elementos del juicio de ponderación. Evolución de la doctrina constitucional.

La primera aproximación a la ponderación necesaria para resolver los intereses en conflicto en relación con la prueba de origen ilícito se contiene en la propia STC 114/1984, de 29 de noviembre, que estableció ya la necesidad de operar a través de un doble juicio:

A) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, distingue, a esos efectos, los casos en que ésta tiene una «base [...] estrictamente infraconstitucional», en los que la decisión judicial de incorporación de los elementos de convicción al acervo probatorio carece de relevancia desde el punto de vista del art. 24.2 CE, de aquellos otros casos en los que la ilicitud del acto de obtención de los elementos de convicción radica en «la vulneración de un derecho fundamental» (FJ 4). El Tribunal ha considerado que sólo en ese segundo grupo de supuestos pueden verse comprometidas las garantías constitucionales del proceso. La ilicitud del acto de obtención de pruebas que interesa al art. 24.2 CE es, por tanto, la que radica en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo. La existencia de una violación antecedente u originaria de un derecho de este tipo constituye, en la doctrina posterior de este Tribunal, la premisa indispensable para que puede existir

una violación del art. 24.2 CE mediante su posterior incorporación al acervo probatorio.

Con sustento en esta primera idea básica, el Tribunal ha afirmado que la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales se refiere siempre a la «vulneración de derechos fundamentales que se comete al obtener tales pruebas», y no a las violaciones de procedimiento que, también en relación con la prueba, se producen «en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él», que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de «la regla de la interdicción de la indefensión» (SSTC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2, y 121/1998, de 15 de junio, FJ 6). La prohibición constitucional de valoración de prueba ilícita no entra, por tanto, en juego cuando el acto de obtención de los elementos de prueba ha sido conforme con la Constitución (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, y 123/1997, de 1 de julio) o cuando la vulneración de un derecho de libertad o sustantivo no ha sido debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba (STC 64/1986, de 21 de mayo).

B) Una vez constatada la lesión antecedente del derecho fundamental sustantivo, debe determinarse, como segundo paso, su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo, o, en palabras de la propia STC 114/1984, la «ligazón» de la prueba controvertida con «un derecho de libertad de los que resultan amparables en vía constitucional». Tal nexo o ligamen existe si la decisión de incorporación al acervo probatorio evidencia una ruptura del equilibrio procesal entre las partes, esto es, una «desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro» (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, y 49/1999, de 5 de abril, FJ 12). La prohibición constitucional de admisión de prueba ilícita se revela, así, como prohibición instrumental, esto es, como mandato constitucional de identificar aquellas vulneraciones de derechos fundamentales consumadas justamente para quebrar la integridad del proceso, esto es, encaminadas a obtener ventajas procesales en detrimento de la integridad y equilibrio exigibles en un proceso justo y equitativo en cuanto genera «una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes» (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2).

Este doble juicio analítico, en el que se sustancia la ponderación constitucional sobre la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, ha sido desarrollado en la doctrina de este Tribunal en dos fases jurisprudenciales:

a) En una primera fase de desarrollo, el Tribunal resolvió un amplio grupo de casos que pueden considerarse como imagen o modelo general del nexo o ligamen entre la violación antecedente de un derecho sustantivo y la prohibición de valoración de prueba ilícita. Se trata de supuestos de ausencia o insuficiencia de la motivación de la resolución judicial autorizadora de una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 6; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8, y 127/1996, de 9 de julio, FJ 3) o en el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 5), injerencias todas ellas directamente consumadas por las autoridades públicas con fines de investigación criminal y de obtención de pruebas de cargo, normalmente en procesos relativos a delitos contra la salud pública (aunque no siempre, véanse las SSTC 64/1986, de 21 de mayo, respecto de un delito de prostitución ilegal, 49/1996, de 26 de marzo, res-

pecto un delito de cohecho, y 54/1996, de 26 de marzo, respecto de detención ilegal) y cuya incorporación al acervo probatorio comprometía, según constató el Tribunal en las citadas resoluciones, la integridad del proceso penal como proceso equitativo y justo (art. 24.2 CE).

En esta primera fase, la tendencia del Tribunal fue, asimismo, extender la aplicación de la regla de exclusión a la prueba llamada derivada, esto es, aquella respecto de la cual la vulneración del derecho fundamental sustantivo constituye mera fuente de conocimiento indirecto, y ello en virtud de una simple conexión causal (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FFJ 3 y 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2), aunque en otros casos afirmó la independencia de la prueba derivada y, con ello, la compatibilidad de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías con la indemnidad del derecho a la presunción de inocencia, al restar dentro del acervo probatorio, una vez excluida la prueba ilícitamente obtenida, prueba de cargo válida suficiente, para fundar la condena (STC 54/1996, de 26 de marzo, FJ 9).

b) Una segunda fase de definición más precisa del juicio ponderativo sobre el nexo o ligamen del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso se inicia, en la doctrina de este Tribunal, con la STC 81/1998, de 2 de abril, que centra la esencia del conflicto de intereses en la evaluación de las necesidades de tutela que la violación originaria del derecho sustantivo proyecta sobre el proceso en el que se plantea la admisibilidad de la prueba así obtenida. Como condensa la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12, «[e]n definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Desde la citada STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal utiliza dos parámetros fundamentales para evaluar el nexo determinante de una necesidad específica de tutela dentro del ámbito procesal:

(i) El parámetro de control llamado «interno» exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la «índole, características e intensidad» de la violación del derecho fundamental sustantivo previamente consumada (STC 81/1998, FJ 4). Desde esta óptica se trata de considerar, en primer lugar, si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. No obstante, aunque este primer examen de la índole y características de la lesión evidencie la falta de conexión jurídica entre la intromisión en el derecho fundamental y el proceso, ha de evaluarse, asimismo, sin abandonar la perspectiva interna, si la vulneración del derecho fundamental sustantivo es de tal intensidad que, aun cuando esa conexión instrumental no exista, debe, aun así, proyectarse sobre el ámbito procesal al afectar al núcleo axiológico más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales. Así ocurre, en particular, pero no de forma exclusiva, en los casos en los que existe una prohibición constitucional singular, como es la de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, supuesto en el cual, aun cuando la vulneración del art. 15 CE carezca de relación de medio-fin con el proceso, no puede admitirse la recepción probatoria de los materiales resultantes. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los elementos de cargo (ya sean confesiones o pruebas materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura, no deben nunca servir para probar la culpabilidad de la víctima (STEDH de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh contra Alemania, § 99, y, en el mismo sentido, SSTEDH de 17 de octubre de 2006, asunto Gökmen c. Turquía, § 74 y de 28 de junio de 2007, asunto Harutyunyan c. Armenia, § 63).

(ii) Hay, adicionalmente, un parámetro de control «externo» que exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal. En palabras de la STC 81/1998, de 2 de abril, se trata de dilucidar si «de algún modo» la falta de tutela específica en el proceso penal supone «incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones [el entonces controvertido] y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad» (FJ 6).

Estos criterios de ponderación han sido aplicados por este Tribunal al examen de la prueba llamada derivada, de la que la vulneración del derecho fundamental sustantivo no es más que fuente de conocimiento indirecto. En estos casos nuestra doctrina distingue entre la mera conexión natural con el acto de vulneración del derecho fundamental, requisito considerado necesario pero no suficiente, de la conexión o enlace jurídico, que es el único que evidencia una necesidad de protección procesal del derecho fundamental, aplicando, consiguientemente, los criterios de valoración ya expuestos para apreciar la existencia de ese vínculo jurídico y de la correspondiente necesidad de tutela dentro del proceso (STC 121/1998, de 15 de junio, FJ 2; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 2).

Respecto de la prueba llamada originaria, de la que la vulneración del derecho fundamental constituye la fuente de conocimiento directo, este Tribunal ha señalado, con carácter general, que, en un principio, ha de entenderse que «la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12), pero ha estimado que puede apreciarse la desconexión entre la violación del derecho fundamental sustantivo y las garantías procesales que aseguran la igualdad de las partes y la integridad y equidad del proceso atendiendo a los criterios ponderativos generales ya indicados. En otras palabras, cuando la violación del derecho fundamental es la fuente inmediata de conocimiento de los elementos de convicción que pretenden incorporarse al acervo probatorio existe, a priori, una mayor necesidad de tutela sin que esto impida, no obstante, apreciar excepcionalmente que tales necesidades de tutela no concurren por ausencia de conexión jurídica suficiente entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad y equidad del proceso correspondiente.

En particular, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el Tribunal consideró compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la recepción probatoria de elementos de convicción directamente obtenidos en vulneración de un derecho fundamental sustantivo, en concreto, a través del registro domiciliario realizado sin autorización judicial, sin presencia del acusado y sin que se tratase de delito flagrante, ya que las autoridades habían actuado de ese modo en la confianza, amparada entonces por el estado evolutivo de la jurisprudencia, de que el consentimiento prestado por los comoradores de la vivienda era suficiente a pesar de existir una situación de contraposición de intereses entre éstos y el demandante de amparo. El Tribunal declaró entonces que había existido, en efecto, una vulneración originaria del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE (FJ 9) y reiteró, como línea de principio para afrontar la posible violación del art. 24.2 CE en relación con la admisión como pruebas de los materiales obtenidos, que «la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental» (FJ 10). No obstante, descartó que, en el caso planteado, existiera una necesidad específica de tutela de la violación consumada en el derecho sustantivo que debiera proyectarse sobre la admisibilidad procesal de las pruebas, pues la entrada y registro se había efectuado de ese modo a causa de un «déficit en el estado de interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación, imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el

hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental». La integridad del proceso penal como proceso justo, en el que no cabe que se violen los derechos fundamentales como método instrumental de obtener ventajas probatorias, no había sido comprometida en el caso planteado, pues «el origen de la vulneración se halla[ba] en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado», por lo que «la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso, rechazar» (FJ 10).

(.../...)

Como se ha visto, en la doctrina de este Tribunal son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: a) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; b) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos.

a) En lo que se refiere al primero de estos pasos, no nos corresponde ahora revisar lo declarado por el Tribunal Supremo en cuanto a la existencia de una violación originaria del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE). Para el recto ejercicio de la jurisdicción constitucional, la declaración efectuada por el órgano judicial *a quo* sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental sustantivo no puede ser revisada en esta sede, en perjuicio del recurrente, al no constituir el objeto de debate planteado en la demanda de amparo, tal y como se desprende de los precedentes existentes en nuestra doctrina. Así, en el caso resuelto en la propia STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal Supremo también había constatado la vulneración del derecho fundamental sustantivo (en aquel caso, del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE), señalando entonces el Pleno de este Tribunal que «[e]sa declaración judicial previa ha de ser apreciada aquí como un dato que, ni las partes han sometido a nuestro juicio, ni podríamos valorar negativamente, dado que nuestra jurisdicción, en sede de amparo constitucional, sólo alcanza a conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales, sin que pueda extenderse a eliminar hipotéticas extensiones indebidas de los mismos» [FJ 1].

La vulneración del derecho fundamental a la intimidad declarada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha de darse, pues, por existente, sin que corresponda a este Tribunal revisar de oficio tal declaración.

b) La constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo (en este caso, del derecho a la intimidad) no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba. La apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda violación de un derecho fundamental sustantivo llevara consigo, per se, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de tales materiales dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo (en este caso, la intimidad) sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera

ninguna relevancia o alcance. Nuestra doctrina, como ya se ha expuesto, no impone semejante automatismo, sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia.

El recurrente estima, no obstante, que el art. 11.1 LOPJ, como precepto general aplicable en materia de prueba ilícita en el ámbito de la legalidad ordinaria, excluye cualquier suerte de ponderación e impone a los órganos judiciales una regla taxativa de inadmisibilidad de todo elemento de convicción que proceda de una vulneración de derechos fundamentales. La violación de este precepto, situado en el ámbito de la legalidad ordinaria, determinaría, de por sí, en la perspectiva del actor, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Vista esta alegación, el análisis sobre la vulneración del art. 24.2 CE debe efectuarse estableciendo si, como señala el demandante, la legalidad ordinaria determina por sí misma el contenido del derecho fundamental en juego excluyendo toda suerte de ponderación. Sólo en caso de respuesta negativa, habremos de determinar si el juicio ponderativo efectuado por el Tribunal Supremo ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente de amparo».

(STC 97/2019, de 16 de julio. Recurso de amparo 1805-2017. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. *BOE* 12-8-2019).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Interposición de recurso de amparo con pendencia del proceso penal.*

«5. A través de ellas se impugnan resoluciones adoptadas en la causa penal que, por supuestos delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos o desobediencia, se sigue en instancia única ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La demanda cuestiona el contenido del auto de procesamiento y, con tal ocasión, denuncia la competencia objetiva del Tribunal Supremo, así como diversas irregularidades que se dicen padecidas en la tramitación procesal previa a su dictado. En lo que se refiere al proceso penal hemos venido manteniendo una regla general, a tenor de la cual, «en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso» (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; 54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 155/2000, de 12 de junio, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3, y 171/2009, de 9 de julio, FJ 2; así como, con pretensión de exhaustividad, los AATC 169/2004, de 10 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 404/2004, de 2 de noviembre, FFJJ 3 a 5. Esta regla general no prohíbe de modo absoluto que el Tribunal Constitucional conozca, mientras el proceso se encuentre pendiente, de impugnaciones dirigidas contra resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano judicial que lo tramita. Y así, para preservar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, hemos reconocido en nuestra jurisprudencia diversas excepciones que justifican un pronunciamiento anticipado de amparo en tres supuestos: (i) Cuando las resoluciones judiciales afectan a derechos fundamentales de carácter sustantivo, esto es, distintos de los contenidos en el artículo 24 CE, tanto si se ha ocasionado a los mismos un perjuicio irreparable, como cuando el seguimiento exhaustivo del itinerario

rio procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo; hipótesis que, hasta la fecha, este Tribunal ha acogido en relación con el derecho a la libertad personal y a la libertad sindical (SSTC 128/1995, de 26 de julio, y 27/1997, de 11 de febrero). (ii) Cuando se denuncia la vulneración de derechos fundamentales procesales, siempre que la alegada, además de tratarse de una lesión actual –en tanto hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez– hubiera sido analizada y resuelta de forma firme y definitiva en la vía judicial a través de los cauces legalmente establecidos, de forma que ya no podría ser reparada en el proceso judicial en el que se ha producido. Así se ha reconocido tanto en relación con algunas manifestaciones del derecho de defensa y asistencia letrada en los procesos penales (SSTC 71/1988, de 19 de abril, sobre denegación de nombramiento de intérprete, y 24/2018, de 5 de marzo, sobre denegación de personación en causa penal tras orden de busca y captura del declarado rebelde), como con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, aunque sólo en casos en los que se reclamaba la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción militar (SSTC 161/1995, de 7 de noviembre, FJ 4, y 18/2000, de 31 de enero, FJ 2). (iii) Por último, cabe incluir entre estas excepciones los supuestos de revocación de sentencias penales absolutorias que habilitan la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento (STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

(.../...)

El cauce procesal adecuado a través del cual han de hacerse valer las dudas sobre la imparcialidad judicial es el incidente de recusación previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 2; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 3; 28/2007, de 12 de febrero, FJ 3, o 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el artículo 44.1 c) LOTC, es que la invocación en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es «presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial» (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, FJ 2, y 210/2001, de 29 de octubre, FJ 3).

A lo expuesto se ha de añadir que este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone tampoco el agotamiento de la vía judicial previa. No solo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la sala o sección correspondiente, la causa de recusación alegada», sino porque, además, si se llegara a decretar la apertura del juicio oral, en su fase preliminar, tanto en el procedimiento abreviado, como en el proceso ordinario por delito a través de las cuestiones de previo pronunciamiento –según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982–, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2).

b) Es también prematura e incurre en causa de inadmisión la pretensión de amparo que afirma la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley cuestionando la competencia objetiva de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y, por ende, de su magistrado instructor.

(.../...)

Hemos de poner de relieve que en el momento de presentar la demanda de amparo los recurrentes tenían todavía, en caso de ser acusados, la oportunidad procesal de plantear al tribunal de enjuiciamiento, como artículo de previo pronunciamiento, la declinatoria de jurisdicción que fundamenta su queja (arts. 26, *in fine* y 666.1 LECrim), una vez se reanude el curso de la causa respecto del procedimiento en el que han sido declarados en rebeldía. No es posible apreciar que hasta entonces dicha controversia sobre cuál es el órgano judicial competente para instruir y conocer de la causa hubiera sido firme y definitivamente decidida a través del cauce procesal incidental existente en la vía judicial. Como expusimos ya en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre, en el caso presente «al tratarse de una causa penal que se sigue en única instancia ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no es posible utilizar el cauce ordinario de la cuestión de competencia, no sólo porque no exista superior jerárquico común, sino porque el artículo 21 LECrim impide a cualquier juez, tribunal o parte promover cuestión de competencia contra el Tribunal Supremo. Por tanto, para cuestionar la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha de acudir, como cauce procesal idóneo para decidir la competencia penal, a la declinatoria de jurisdicción, que ha de plantearse ante el Tribunal de enjuiciamiento, como artículo de previo y especial pronunciamiento [art. 666.1 a) LECrim]. No constituye un fundamento adecuado que permita dar por agotada la vía judicial en esta materia la alegación del contenido del derecho al juez legal como motivo de un recurso que impugna una decisión cautelar, incidental o interlocutoria. No lo es porque quien ha de resolver el recurso, sea el magistrado instructor, la Sala de admisión o la Sala de recursos de la Sala de lo Penal (acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los magistrados en 2017, «Boletín Oficial del Estado» de 30 de diciembre de 2016), no resuelve definitivamente la cuestión con su pronunciamiento; ni tampoco, al pronunciarse, cuenta con los mismos elementos de juicio que ha de tomar en consideración la Sala de enjuiciamiento dado que, en el momento procesal en que esta última se pronuncia, la instrucción ha finalizado, el procesamiento ya es firme y se han formulado los escritos de acusación y decretado la apertura del juicio oral, delimitando así objetiva y subjetivamente los hechos y personas que configuran el debate procesal» (STC 130/2018, FJ 7)».

(STC Pleno 27/2019, de 26 de febrero. Recurso de amparo 4706-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019. En el mismo sentido, SSTC 38/2019, de 26 de marzo y 39/2019, de 26 de marzo).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.*

«La STC 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, ha recogido la doctrina en la materia que es objeto de este proceso constitucional. La recordaremos con toda fidelidad transcribiendo sus términos, pues no es necesario añadir matiz alguno a la vista de los perfiles

del asunto que ahora se enjuicia. Decía así, en lo que ahora resulta decisivo para el presente caso:

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

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

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado “de manera consciente y deliberada” a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)».

(STC 73/2019, de 20 de mayo. Recurso de amparo 3930-2018. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. *BOE* 25-6-2019).

*Derecho a un proceso con todas las garantías y a un Juez imparcial. Improcedencia de interponer recurso de amparo contra incidente de recusación. Necesidad de esperar a la resolución judicial definitiva del procedimiento.*

«En este caso, como en el analizado en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre, del Pleno, el momento procesal en el que se ha planteado la solicitud de amparo es relevante. Nos encontramos en un supuesto en el que, sin haber finalizado el proceso *a quo*, se acude ante este Tribunal por una aducida vulneración de derechos fundamentales producida en el seno de una causa penal que se hallaba aún en curso al presentarse la demanda, y que aún hoy sigue sin haber sido resuelta de forma definitiva.

Tal circunstancia procesal, puesta en relación con la naturaleza y contenido del derecho fundamental alegado (art. 24.2 CE), impide entender satisfecha la previsión establecida en el artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, cuando se dirige contra actos de un órgano judicial, es requisito de admisión del recurso de amparo, «que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial».

Como señaló el Pleno en la STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 3, en casos como el presente, en tanto se cuestiona en amparo la decisión adoptada después de haber presentado los recursos ordinarios que caben contra la misma, puede parecer que los demandantes han agotado los recursos legalmente exigibles en la vía incidental o interlocutoria en la que se adoptan las decisiones judiciales cuestionadas (habitualmente recursos de reforma y apelación), pero la satisfacción del requisito de admisibilidad dirigido a garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo es solo aparente cuando, no habiendo finalizado el proceso, tiene el demandante todavía ocasión de plantear ante la jurisdicción ordinaria la vulneración de los derechos fundamentales invocados y tiene también la posibilidad de que esa denunciada vulneración de derecho fundamental sea apreciada. Dicho de otra forma, no se trata propiamente del agotamiento de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución cuestionada en sí misma considerada, sino de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, para descartar que aún quepa en su seno el planteamiento y reparación de la supuesta vulneración; por lo que el respeto a la naturaleza subsidiaria del amparo exige que, sobre cada contenido concreto, se espere a que la vía judicial finalice por decisión firme y definitiva, lo que conlleva inevitablemente asumir una cierta dilación en el pronunciamiento sobre tales contenidos.

Por ello, en particular en lo que se refiere al proceso penal, hemos venido manteniendo una regla general, a tenor de la cual, «en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso» (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En las sentencias citadas se ha reiterado que «el marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, solo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo». En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2;

54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 155/2000, de 12 de junio, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3, y 171/2009, de 9 de julio, FJ 2; así como, con pretensión de exhaustividad, los AATC 169/2004, de 10 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 404/2004, de 2 de noviembre, FFJJ 3 a 5, y SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre.

La aplicación de estos criterios a la queja analizada exige destacar que este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone tampoco el agotamiento de la vía judicial previa. No sólo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada», sino porque, además, si se llegara a decretar la apertura del juicio oral, en su fase preliminar, tanto en el procedimiento abreviado, como en el proceso ordinario por delito a través de las cuestiones de previo pronunciamiento –según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982–, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2). Desde entonces, en numerosas resoluciones, algunas de ellas dictadas en relación con procesos seguidos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo con acusados aforados, se ha apreciado la falta de agotamiento de la vía judicial como causa de inadmisión de las pretensiones de amparo que cuestionan directamente la inadmisión o desestimación de los incidentes de recusación planteados, ya sea contra el Juez instructor de la causa o alguno de los Magistrados que integran la Sala de enjuiciamiento (SSTC 32/1994, de 31 de enero; 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 205/1997, de 25 de noviembre; 18/2000, de 31 de enero, FJ 5; así como en los AATC 168 y 173/1995, de 6 y 7 de junio; y 414/1997, de 15 de diciembre).

Tal previsión no se refiere únicamente al pronunciamiento de fondo sobre la apariencia de imparcialidad que se cuestione, sino que se extiende a las supuestas vulneraciones de derechos procesales que se alegue se hubieran producido durante la tramitación del incidente de recusación (STC 205/1997, de 25 de noviembre y 69/2001, de 17 de marzo). En la última de las resoluciones citadas (fundamento jurídico 12, in fine) se expuso que «las irregularidades y defectos procesales que puedan producirse en la tramitación de un incidente de recusación «únicamente poseen relevancia constitucional si tienen una incidencia material concreta» (por todas, SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, y 6/1998, de 13 de enero); es decir, «si de ellas se ha derivado finalmente una efectiva indefensión material» (STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4 y resoluciones allí citadas)». En tal sentido, no ha sido sino una vez dictada sentencia que pone fin al proceso penal, cuando este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre decisiones judiciales de inadmisión *a limine* de incidentes de recusación que han sido cuestionadas desde la perspectiva del artículo 24.1 CE (SSTC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 3 a 5; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12, y 155/2002, de 22 de julio, FFJJ 2 a 6). Por tanto, si existen aún posibilidades de que las supuestas vulneraciones sean alegadas y reparadas en la vía judicial, habrá de esperarse a dichos pronunciamientos para poder valorar si se ha producido una indefensión material constitucionalmente relevante».

(STC Pleno 20/2019, de 12 de febrero. Recurso de amparo 4132-2018. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 19-3-2019).

*Presunción de inocencia. Valoración en segunda instancia del elemento subjetivo del delito y condena sin escuchar el testimonio del acusado.*

«Este Tribunal ha reiterado, en relación con ese derecho fundamental, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerarlo vulnerado cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando, por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 3). Igualmente se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Como señalara el Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y reiterara la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9, «tomando en consideración el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la proyección que sobre el mismo puede tener la previa lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por una condena en segunda instancia, debe concluirse que, con carácter general, la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías —esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído—, no necesariamente tiene una repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías puede llegar a determinar la anulación de la sentencia condenatoria y la retroacción de actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con dicho derecho».

Sin embargo y como sigue argumentado la citada sentencia, «cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones». A una conclusión idéntica a la que venimos de transcribir debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate no haya sido objeto de consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías (STC 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4) dado que, como en esta ocasión acontece, la concurrencia de dicho elemento subjetivo del delito contra la ordenación del territorio solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de la acusada con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de su testimonio era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatorio, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por aquella.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatorio de la acusada, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (en igual sentido, STC 59/2018, FJ 5), al tratarse de un elemento esencial del tipo que no ha sido apreciado con las debidas garantías, no existiendo entonces la acreditación precisa que haga viable la condena».

(STC 88/2019, de 1 de julio. Recurso de amparo 1441-2018. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. *BOE* 12-8-2019).

«Este Tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías. La STC 88/2013, de 11 de abril, contiene un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fijándola en términos que se reiteran, entre otras, en las más recientes SSTC 105/2016, de 6 de junio, FJ 5; 172/2016, de 17 de octubre, FJ 7; 125/2017, de 13 de noviembre, FFJJ 3 y 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 73/2019, de 20 de mayo, FJ 3.

La STC 88/2013, FJ 9, concluye a modo de síntesis que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad; siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que se pueda oír personal y directamente a quienes han declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4, y 105/2016, FJ 5).

Conforme a esta doctrina constitucional, la posibilidad de condenar o agravar la condena sin audiencia personal del acusado se reduce a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (SSTC 88/2013, FJ 8, y 125/2017, FJ 5). Por el contrario, resulta incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial «condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados– cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado» (STC 125/2017, FJ 3). Asimismo vulnera ese derecho la condena o agravación en vía de recurso consecuencia de un debate sobre cuestiones de hecho y de derecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad del acusado al que no se dio oportunidad de exponer su versión personal sobre su participación en los hechos (últimamente, en extenso,

SSTC 125/2017, FJ 5, y 88/2019, FJ 3; y STEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38, citada con profusión, entre otras, en las más recientes SSTEDH de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España, §§ 38, 43, y de 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España, § 30).

En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales para condenar o agravar la pena en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos en que se pronunció la STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, FJ 4, hemos subrayado que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado».

La consecuencia de todo ello es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse al órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad y a ser oído personalmente por este (SSTC 88/2013, FJ 9; 105/2016, FJ 5, y 125/2017, FJ 5).

Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, FJ 6; 146/2017, FJ 7; 59/2018, FJ 3, o 73/2019, FJ 2, es coincidente con la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia al acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Gote rris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, asunto Gómez Olmeda c. España; 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España; 13 de marzo de 2018, asunto Vilches Coronado y otros c. España; o 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España).

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, [...] es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados» (por todas, asunto Lacadena Calero, § 47). O, dicho con nuestras propias palabras, «en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente» (STC 125/2017, FJ 6).

Para concluir este recordatorio de la jurisprudencia constitucional concernida debe insistirse en que, también de forma repetida, hemos apreciado que la lesión del

derecho a la presunción de inocencia se sigue de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia –bien por haberse valorado pruebas practicadas sin las debidas garantías, bien por no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído– cuando la condena se haya basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de esas pruebas practicadas sin las debidas garantías. En «tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de las mismas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determina la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones» (STC 88/2013, FJ 12, citada en este aspecto recientemente, por ejemplo, en las SSTC 125/2017, FJ 9; 59/2018, FJ 5; 73/2019, FJ 4, y 88/2019, FJ 4)».

(STC 149/2019, de 25 de noviembre. Recurso de amparo 3340-2018. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. *BOE* 6-1-2020. En el mismo sentido, STC 172/2019, de 16 de diciembre. *BOE* 24-1-2020).

*Presunción de inocencia y derecho de defensa. Omisión por el Tribunal juzgador de valoración de una prueba correctamente presentada.*

«La omisión de valoración de medios de prueba efectivamente practicados en un procedimiento trasciende el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión garantizado en el art. 24.1 CE (ámbito en que lo sitúan las ya citadas SSTC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 4, y 139/2009, de 15 de junio, FJ 3) para alcanzar la esfera de protección del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE en caso de que se trate de la omisión de valoración de la versión y pruebas de descargo deducidas por el sujeto pasivo de un procedimiento penal o administrativo-sancionador, con el matiz de que «se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello exija que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo» (SSTC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 3; 148/2009, de 15 de junio, FJ 4; 187/2006, de 19 de junio, FJ 2; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 19). En cualquier caso, el procedimiento constitucional de amparo es marco adecuado para que este Tribunal verifique el debido control de que los órganos judiciales han cumplido con su deber de valorar las alegaciones y pruebas de descargo conforme a las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia.

(.../...)

Este Tribunal ha dicho que desde la óptica constitucional del juicio *ex art.* 24.1 CE la indebida falta de valoración de una prueba pertinente constituye «un supuesto de ausencia de respuesta judicial a la pretensión planteada, quicio del mencionado art. 24.1 C.E.» (STC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 4) y que la ausencia total de valoración de una prueba admitida y practicada en el proceso *a quo* «supone una falta de respuesta judicial, inclu so tácita» a la pretensión deducida en el mismo (STC 139/2009, de 15 de junio, FJ 5)».

(STC 61/2019, de 6 de mayo. Recurso de amparo 3433-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 10-6-2019).

## ARTÍCULO 25

*Improcedencia de vulneración del derecho a la legalidad penal por aplicación retroactiva de jurisprudencia nueva.*

«Se formula esta denuncia como segundo motivo de amparo, suscitando una cuestión zanjada igualmente en la STC 146/2017, FJ 5, donde se niega la premisa mayor de que se haya producido una modificación del criterio jurisprudencial susceptible de cercenar legítimas expectativas de recibir un trato penal más benévolo:

«Invocan los demandantes como fundamento de su pretensión anulatoria la doctrina emanada de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada c. España). Sin embargo, el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, a diferencia del abordado por la Sentencia indicada, no ha supuesto una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable e imprevisible. [...]

En el presente caso, como se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas, había ya un precedente jurisprudencial que abordaba un caso similar al resuelto en la primera STS 484/2015. En efecto, en la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, que estimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de primera instancia que absolvió a los procesados del delito de cultivo de drogas y estupefacientes, el Tribunal Supremo se pronunció en términos contundentes, al condenar a los responsables de una asociación de similar naturaleza a la constituida y dirigida por los demandantes, que había arrendado una finca para plantación de cannabis y la destinaba exclusivamente al autoconsumo de sus socios.»

El precedente de la Sala Penal del Tribunal Supremo al que alude la STC 146/2017 disipaba ya en la fecha de realización de los hechos enjuiciados en el procedimiento antecedente toda expectativa de recibir un tratamiento penal distinto y más favorable, pues de dicho precedente cabía extraer con meridiana claridad la conclusión de que el cultivo compartido de cannabis en el ámbito de una asociación no podía aspirar al grado de tolerancia judicial que los demandantes de amparo afirman que era objetivamente esperable».

(STC 78/2019, de 3 de junio. Recurso de amparo 1926-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 8-7-2019).

## ARTÍCULO 120.1

*El principio de publicidad de las actuaciones judiciales y el secreto de sumario.*

«Particularidades del proceso penal: constitucionalidad del secreto sumarial e incidencia en el derecho de defensa; la publicidad como ejercicio del derecho a un proceso público en la fase de enjuiciamiento.

La publicidad de las actuaciones judiciales es un principio constitucional de general aplicación, sin perjuicio de las excepciones que en determinados casos puedan prever las leyes de procedimiento (art. 120.1 CE). Según ha expresado este Tribunal (SSTC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3; 96/1987, de 10 de junio, FJ 2, o 56/2004, de 19 de abril, FJ 5), tales excepciones pueden producirse cuando, por exigencias del

principio de proporcionalidad, deba ponderarse que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional han de tener prevalencia.

a) Tal y como indicó la STC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3, en desarrollo de este principio general de publicidad procesal, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone la entrega a los interesados de la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer salvo que hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley (arts. 232.1 y 234.1 LOPJ). Reconoce, asimismo, a las partes procesales y a cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo el derecho a obtener copia de los escritos y documentos que consten en autos, no declarados secretos ni reservados, así como testimonios y certificados, en los casos y modo establecidos en las leyes (art. 234.2 LOPJ). Esa accesibilidad se expande en el art. 235 LOPJ para permitir a cualquier interesado solicitar la exhibición de libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas legalmente establecidas.

Es la limitación al conocimiento del resultado de la investigación que tiene por causa el secreto sumarial la que interesa en este proceso de amparo. Sus perfiles constitucionales y eficacia procesal habrán de compaginarse, además, con la remisión al art. 505.3 LECrim que, con ocasión de la reforma operada en el año 2015, ha venido a incorporarse al art. 302 LECrim.

b) El derecho a un proceso público en materia penal (art. 24.2 CE, en consonancia con los arts. 11 de la Declaración universal de derechos humanos; art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH) es garantía del justiciable frente a una justicia secreta que escape a la fiscalización del público. Constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los tribunales, de forma que, al dotar a la administración de justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH de 8 de diciembre de 1983, asunto Axen y otros contra Alemania, § 25).

Este Tribunal tiene dicho, no obstante, que el principio de publicidad respecto de terceros, no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3, que acogen lo expuesto en la STEDH de 22 de febrero de 1984, asunto Sutter contra Suiza, y las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, asuntos Pretto y otros contra Italia, y Axen y otros contra Alemania).

c) Como expuso la STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución imponga expresamente, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982 y 58/1998).

El secreto, como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación penal, ha de emplearse con cautela evitando todo exceso, tanto temporal como material, alejado de lo imprescindible (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). La declaración de secreto ha de utilizarse de forma restrictiva, tras el correspondiente juicio de ponderación entre la búsqueda de la verdad, como muestra del valor justicia, y el sacrificio de otros intereses y derechos igualmente dignos de protección. Asimismo, debe evitar el instructor que el secreto constriña en tal modo los derechos fundamentales de los afectados por la medida que implique la omisión de las garantías legítimamente reconocidas (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

Aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo dato determinante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, FJ 3), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, puede impedir que el investigado esté «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto Foucher contra Francia). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o, por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3).

(STC 83/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 365-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 25-7-2019. En el mismo sentido, SSTC 94 y 95/2019, de 15 de julio. *BOE* 12-8-2019).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 368

#### *Tráfico de drogas. Asociaciones dedicadas al cultivo de cannabis. Error de prohibición.*

«Los motivos de amparo primero y cuarto vienen a aseverar que la condena de los demandantes dictada por la Audiencia Provincial lesiona su derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE por incurrir en graves errores de subsunción jurídica que se habrían consumado en dos fases, primero al encuadrar en el delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 368 del Código penal la participación de los actores en una actividad asociativa inocua para la salud pública general por su carácter limitado y acotado a sus miembros, y seguidamente al no aplicarles el efecto exoneratorio que el art. 14.3 CP anuda al error invencible de prohibición que ha de beneficiar a quien actúa con el convencimiento de no haber traspasado los márgenes de la legalidad.

Por medio de estas alegaciones la demanda hace aflorar nuevamente la cuestión de la legitimidad constitucional a la luz del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE del tratamiento que desde el plano legal y jurisprudencial recibe en nuestro país la actividad de cultivo compartido de cannabis en el seno de asociaciones de usuarios de dicha sustancia, cuestión que ha sido dirimida en sentido favorable a su validez en la STC 146/2017, de 14 de diciembre, citada en la demanda, y de inexcusable referencia, cuya doctrina, como bien indica el Ministerio Fiscal, se ha visto confirmada en las posteriores SSTC 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril.

La STC 146/2017, de 14 de diciembre valida la constitucionalidad del juicio positivo de tipicidad efectuado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de septiembre de 2015, que es la que invocan precisamente las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo para desestimar la alegada falta de tipicidad de la conducta de los demandantes, a los que se absuelve en primera instancia por una causa excluyente de la culpabilidad, no de la antijuridicidad.

En la meritada sentencia este Tribunal dijo que la redacción del art. 368 del Código Penal «no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria» toda vez que utiliza «verbos de uso habitual en el lenguaje y de conocimiento accesible como cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, [que] no dejan en la indefinición la conducta típica», por lo que descarta que el precepto incumpla las exigencias materiales de taxatividad inherentes al art. 25.1 CE [STC 146/2017, FJ 3 b)]. Recuerda seguidamente que el canon de razonabilidad de la operación judicial de subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora fija como primer criterio el de «la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma, con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*» al que se añade «un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, dirigido a comprobar que la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, consistente en verificar la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional», para concluir que la condena de los miembros de una asociación cannábica de características similares satisfacía el canon «en consideración a la magnitud de las cantidades de droga manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores habituales de la sustancia y la de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores» añadiendo que «[e]s claro que no contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el tipo penal las actividades dirigidas a facilitar cannabis a consumidores o consistentes en cultivar, producir, preparar, envasar y entregar la sustancia tóxica a los socios para su consumo, así como en tener a disposición para su entrega de una importante cantidad de cannabis (un total de 4.750 gramos). Como tampoco resulta extravagante, ni desborda los contornos del artículo 368 CP, entender que una asociación dedicada a cultivar y facilitar cannabis a sus miembros, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado e indeterminado de personas, no deba verse beneficiada por la exoneración de la responsabilidad penal derivada del consumo compartido» [STC 146/2017, FJ 4 c)].

En lo que se refiere a la apreciación del error de prohibición como vencible, este Tribunal dijo que «no se trata de un problema de subsunción penal» sino de un juicio de inferencia basado en que «los recurrentes albergaban dudas sobre la ilicitud de su conducta y sin embargo no trataron de verificar si esa actividad era conforme a derecho», en la existencia de «un precedente jurisprudencial que resuelve un caso similar citado por el Tribunal Supremo y a la evidencia de que la conducta de los recurrentes desbordaba los contornos del atípico consumo compartido», añadiendo que en cualquier caso «tampoco la subsunción penal puede considerarse intolerable desde los fundamentos teleológicos de la norma, en conexión con el bien jurídico protegido, ni reprochable desde la perspectiva axiológica, al no contravenir valores, principios contenidos en la Constitución y en diversos convenios internacionales, entre otras, la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, que reconoce que la ‘toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad’ y la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas» [STC 146/2017, FJ 4 c)].

La mera cita de esta doctrina excusa de mayor razonamiento para desechar que la aplicación del art. 368 CP pueda considerarse fruto de una voluntarista extensión a conductas no comprendidas en su supuesto de hecho, pues la asociación constituida y regida por los actores responde a la misma tipología.

En lo que se refiere a la apreciación al caso del error de prohibición como vencible, la Audiencia Provincial lo sustenta, con un complemento del *factum* cuya legitimidad constitucional será analizada más tarde, en la ambigüedad calculada con la que habían sido definidos los fines sociales en los estatutos, la actividad real de la asociación, que se dedicaba efectivamente al cultivo de cannabis en cantidades relevantes en cuatro fincas, lo que no se correspondía exactamente con los fines declarados en los estatutos administrativamente registrados, el rendimiento económico obtenido, que excedía los costes de su mantenimiento y daba margen a un cierto lucro, y singularmente las cantidades de cannabis de las que podía hacer acopio cada socio, que hacían incontrolable por sus directivos su eventual difusión a terceros, con la consiguiente puesta en peligro del bien jurídico protegido, elementos que llevan al tribunal a descartar la inevitabilidad del error y el efecto exoneratorio previsto en el art. 14.3 CP para los casos de error invencible de prohibición.

Se trata de una argumentación que no presenta fallas argumentales, ni contraviene el tenor literal de la norma aplicada, ni la finalidad a la que responde como medio de concreción del grado de culpabilidad del autor por el hecho punible cometido, por lo que no contraviene el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE.

(.../...)

En la determinación de la legitimidad de la reacción penal se ha de tener en cuenta que «el derecho de asociación ‘no tiene carácter absoluto y colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás’ (STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2 y ATC 213/1991, de 4 de julio, FJ 2) ya que ‘los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (entre otras muchas, SSTC 1/1981, 2/1982, 91/1983, 22/1984, 110/1984, 77/1985, 159/1986, 120/1990, 181/1990 y 143/1994)’ (ATC 254/2001, de 20 de septiembre, FJ 4)» [STC 42/2011, FJ 3].

(.../...)

Este Tribunal ha distinguido conceptualmente dos tipos de clubes de cannabis, los que sirven de instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis», y los «dirigidos a fines relacionados con el cannabis pero distintos de su obtención y consumo (fines informativos, de estudio, debate y similares)», para rechazar que las comunidades autónomas puedan proyectar sus potestades legislativas sobre los primeros por su potencial incidencia en el título competencial exclusivo y prevalente del Estado en materia de legislación penal *ex* art. 149.1.6 CE vid. SSTC 144/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 3 y 4, en relación con la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra; 29/2018, de 8 de marzo, FFJJ 2 y 3, en relación con el art. 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, y 100/2018, de 19 de septiembre, FFJJ 3 a 5, en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis].

Sobre estas leyes se dijo que «aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal», razón por la cual rechazamos que la normativa autonómica pudiera «establecer una cobertura legal para las actividades de consumo de cannabis, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el de asociación, para así evitar cualquier consecuencia inculpativa, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora» (STC 144/2017, FJ 3).

En atención a lo expuesto, el derecho de asociación carece de virtualidad para normalizar las conductas seleccionadas por sus titulares en el momento de su ejercicio al definir el objeto, actividades y fines a las que se va a consagrar una determinada asociación, si se trata de conductas con relevancia penal. En el presente caso la asociación constituida y regida por los demandantes de amparo respondía, según se desprende del relato de hechos probados consolidado en las sentencias impugnadas, a la tipología primera, de cultivo y consumo compartido, por lo que al ser instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis» e incidir en el ámbito del art. 368 del Código penal, no podía servir de cobertura justificativa de dicha conducta.

(STC 78/2019, de 3 de junio. Recurso de amparo 1926-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 8-7-2019).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 43.2**

#### *Extemporaneidad en la interposición del recurso de amparo.*

«De acuerdo con la doctrina que resulta de las SSTC 13/2017, de 30 de enero, FJ 3, y 21/2018, de 5 de marzo, FJ 2, de la que hace aplicación la más reciente STC 11/2019, de 28 de enero, FJ 2, en los casos donde se alegue de manera exclusiva en la demanda de amparo interpuesta contra la denegación judicial de una solicitud de *habeas corpus*, la comisión por la policía de vulneraciones del artículo 17 CE durante el tiempo que dure la situación de detención de una persona, estaremos ante un recurso de amparo del artículo 43.1 LOTC, puesto que se trata de una medida cautelar gubernativa, no judicial. Distinto será el caso en que la demanda alegue, conjuntamente con aquéllas, la lesión también de derechos fundamentales en la resolución dictada por el Juzgado instructor al resolver la solicitud, sean por ejemplo los del ar-

tículo 24 CE o, incluso, la lesión del artículo 17.4 CE (supuesto enjuiciado en la STC 21/2018), tratándose entonces de un recurso de amparo «mixto». Si la demanda de amparo, por último, se interpone únicamente contra la decisión judicial de inadmitir a trámite, o de desestimar en el fondo, la solicitud de *habeas corpus*, por vulneraciones causadas de manera directa por esta última resolución, estaríamos ante un recurso de amparo del artículo 44 LOTC.

(.../...)

Como tuvimos además ocasión de precisar en la ya citada STC 11/2019, FJ 2, en un recurso de amparo por hechos similares a los aquí traídos a la consideración de este Tribunal, aunque en relación a distinto recurrente, «la actuación policial discutida, que es la detención del recurrente, ni siquiera había sido ordenada por la autoridad judicial: antes bien, fue adoptada de forma autónoma por la unidad policial actuante. Es indiscutible que, en ningún caso, estamos ante actos imputables al órgano judicial, por lo que cualquier vulneración de derechos fundamentales en la que estas actuaciones policiales autónomas incurran no pueden calificarse, en modo alguno, como vulneraciones del artículo 44 LOTC, debiendo quedar subsumidas en el artículo 43 LOTC, por lo que quedan sujetas así al plazo de impugnación que este precepto determina, que es de veinte días».

(STC 16/2019, de 11 de febrero. Recurso de amparo 5379-2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 19-3-2019).

## ARTÍCULO 44.1C)

### *Invocación previa, en el proceso, de la vulneración del derecho fundamental*

«Conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, SSTC 90/1999, de 26 de mayo, FJ 2; 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, y 268/2005, de 24 de octubre, FJ 6), el requisito exigido por dicho precepto no resulta un mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, por una parte, que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y el restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción correspondiente. No obstante, ha señalado también este Tribunal que tal requisito ha de ser interpretado de manera flexible y con un criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la expresada invocación del precepto constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al órgano judicial cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, remediar la vulneración causada por él mismo o por el órgano inferior, al objeto de preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional, bastando para considerar cumplido el requisito con que, de las alegaciones del recurrente, pueda inferirse la lesión del derecho fundamental en juego que luego se intente invocar en el recurso de amparo, siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma (por todas,

SSTC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 2; 62/1999, de 26 de abril, FJ 3; 88/2005, de 18 de abril, FJ 3, y 161/2005, de 20 de junio, FJ 2). Precisamente, la citada STC 88/2005, de 18 de abril, afirmó, en el fundamento jurídico 3, que fue “la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la que llevó al debate procesal la vertiente constitucional del problema, mediante la toma en consideración en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida del derecho fundamental ahora invocado. Pero, en cualquier caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, este hecho permite igualmente entender preservada en el presente asunto la subsidiariedad de nuestra jurisdicción de amparo, de acuerdo con los criterios de interpretación flexible y finalista que han sido definidos anteriormente, en la medida en que el órgano judicial ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la vulneración constitucional que ahora se denuncia y de proceder, en su caso, a su reparación (STC 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). El desarrollo del proceso judicial previo ha permitido acotar el tema litigioso en términos que posibilitaron que el órgano judicial se pronunciara sobre la sintonía de la interpretación de la normativa cuestionada con el principio de igualdad, permitiéndole así el cumplimiento de su función de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que debe rechazarse la causa de inadmisión invocada”».

(STC 1/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 4421-2017. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 14-2-19).

## ARTÍCULO 49.1, *in fine*

### *Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.*

«El artículo 50.1 a) LOTC señala que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos fijados en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, estableciendo este último precepto en su apartado primero *in fine*, de forma inequívoca –«[e]n todo caso»–, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, lo que también se ha venido poniendo de relieve por este Tribunal (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1, y 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2). El carácter notablemente flexible e indeterminado, tanto del concepto de «especial trascendencia constitucional» como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización («su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales») ha llevado a este Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional, «en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3). En cuanto al modo en el que se debe dar cumplimiento a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, en la STC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, ha recordado este Tribunal que «aunque la indicada previsión del artículo 49.1 *in fine* LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también

un instrumento de colaboración con la justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda». A la parte recurrente, pues, le es exigible un «esfuerzo argumental» (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el artículo 50.1 b) LOTC. Para satisfacer esta exigencia, la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los «cánones propios de este tipo de escritos procesales» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2) y «tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva» (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Por esta razón, no basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2, y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, «la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretenda cumplimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único). En otras palabras, «por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1).

(STC 1/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 4421-2017. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 14-2-19).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 384

#### *Carácter provisional del Auto de procesamiento.*

«En anteriores pronunciamientos (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 2, y 135/1989, de 19 de julio, FJ 6), este Tribunal se ha referido al auto de procesamiento como «resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica, como objeto de una imputación formalizada, que ha podido definirse como verdadera acusación judicial. Ello supone, por una parte, colocar al procesado en una posición que resulta dañosa y perjudicial, en sus consecuencias sobre su crédito y prestigio social; pero al mismo tiempo representa una garantía para el formalmente inculpado [...] que extiende la capacidad de defensa al primer momento en que existe algún tipo de inculpación, ya que permite un cierto conocimiento previo de la acusación en fase de instrucción, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 386 LECrim), y hace surgir la obligación judicial de proveer de abogado de oficio si el procesado estuviera desasistido de dirección letrada [...] además, de conferir al procesado la condición de parte con las consecuencias a ello inherentes». Añadíamos entonces que «el procesamiento no implica, evidentemente, la imposición de una pena. Constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación del propio instructor, que puede revocar el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción».

Atendida la naturaleza provisional de la imputación precisa y formal en que el procesamiento consiste (SSTC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2; 104/1985, de 4 de octubre, FJ 2; 70/1986, de 31 de mayo, FJ 2, o 37/1989, de 15 de febrero, FJ 3), dado que no se dirige sino a delimitar objetiva y subjetivamente el objeto de la investigación desde que el instructor aprecie en la causa la existencia de indicios racionales de criminalidad, resulta evidente el carácter prematuro y la consiguiente inadmisibilidad de la pretensión formulada pues tanto hasta la conclusión de la fase de instrucción, como en la fase intermedia previa al enjuiciamiento, es posible obtener remedio procesal ante los tribunales ordinarios cuestionando la imputación formal no irreversible que se impugna.

Así lo hemos entendido en anteriores pronunciamientos al resolver pretensiones de amparo que reclamaban un pronunciamiento de este Tribunal frente a las resoluciones que, en el procedimiento abreviado por delito, de forma similar al auto de procesamiento, delimitan el objeto del proceso penal y las personas imputadas: SSTC 174/1994, de 7 de junio, FJ 2; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; 54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FFJJ 2 y 3; 121 y 155/2000, de 10 de mayo y 12 de junio, FJ 3 (respecto a resoluciones judiciales que acuerdan continuar la tramitación de la causa, una vez finalizada la instrucción, descartando su sobreseimiento); o STC 247/1994, de 19 de septiembre, FFJJ 1 a 3 (que cuestionaba la decisión de apertura del juicio oral)».

(STC Pleno 27/2019, de 26 de febrero. Recurso de amparo 4706-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019).

## ARTÍCULO 505

*Obligación de acceder a los elementos esenciales de las actuaciones cuando se ha decretado el secreto de sumario para comprobar la legalidad de la privación de libertad a efectos de la comparecencia de prisión provisional.*

«La declaración de secreto de sumario no atribuye al instructor la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados: es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). Conforme a este criterio, el secreto del sumario permite al juez no incluir cierta información en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no le autoriza a ocultarles sin más todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas (STC 18/1999, FJ 4). El instructor puede, por tanto, dictar un auto de prisión en el que haga escueta referencia a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar, evitando consignar detalles o datos de hecho que puedan perjudicar la marcha de las investigaciones, pero que, por contra, permitan al afectado conocer las razones básicas que determinan su prisión, posibilitando en todo caso la impugnación del auto mediante el uso de la vía procesal adecuada.

(.../...)

Este Tribunal ya ha abordado algunos aspectos de la Directiva 2012/13/UE en las SSTC 13/2017, de 30 de enero, y 21/2018, de 5 de marzo. Por medio de ellas, ha perfilado el espacio constitucional de los derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad en causa no declarada secreta. Analizó entonces el Tribunal, con ocasión de detenciones policiales sometidas a control judicial por medio de un *habeas corpus*, el haz de garantías que, en protección de la libertad personal y de la seguridad de los ciudadanos, establecen los diversos apartados del art. 17 CE como garantes de la legalidad y el control judicial efectivo de la detención preventiva (STC 13/2017, FJ 4).

En el presente caso nos encontramos ante un contexto procesal diferente, que proporciona a este Tribunal ocasión para abordar un aspecto no tratado entonces, cual es el alcance constitucional de los indicados derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad cuando, encontrándose la causa bajo secreto sumarial (art. 302 LECrim), el detenido ha pasado a disposición judicial y corresponde decidir sobre su situación personal, convocándose a tal fin la comparecencia del art. 505 LECrim.

El art. 7 de la Directiva 2012/13/UE contempla, en su apartado cuarto, la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal: así, en caso de amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona; también cuando la denegación resulte estrictamente necesaria para defender un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso o bien de menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado en el que se desarrolla el proceso penal. Exige, en cualquier caso, que estas

limitaciones se interpreten de forma restrictiva, a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juicio equitativo (art. 6 CEDH).

Al trasvasar al ámbito interno la Directiva 2012/13/UE, las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, dieron nueva redacción a algunos de los derechos que asisten al investigado (art. 118 LECrim) y al detenido o preso (art. 520.2 LECrim). Así, en relación con el primero se recuerda el derecho del investigado a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en los mismos o en el cuerpo de la investigación, con el grado de detalle suficiente como para permitir un efectivo ejercicio del derecho de defensa [art. 118.1 a) LECrim], debiendo acomodar el lenguaje en que se facilita esta información a la edad, grado de madurez, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal del interesado (arts. 5 y 6 CEDH). Junto a él, aparece el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa al que alude la Directiva, que en todo caso tendrá que poder ejercitarse con anterioridad a que se le tome declaración [art. 118.1 b) LECrim]. La ley procesal penal aplica un rigor informativo mayor cuando, como consecuencia de la investigación de un delito, se acuerda la privación cautelar de libertad de un sospechoso de haber participado en él. El art. 520.2 LECrim dispone así, en su actual redacción, que «toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten».

Del catálogo de derechos que, acto seguido, reconoce al detenido o privado de libertad, destacaremos dos: el derecho a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención, y el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim], facultad esta última que actúa como garantía instrumental tanto del derecho a la información como de la efectividad de la asistencia letrada obligatoria con que todo detenido ha de contar y que, según expresa el preámbulo de la ley orgánica, limita su alcance «por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad» con el fin de «proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad» (apartado IV).

Identificando el fundamento de estos derechos, la STC 21/2018, FJ 7, destacó el carácter complementario e instrumental que necesariamente ostenta el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] respecto del derecho a recibir información sobre las razones de la misma (art. 520.2 LECrim, inciso 1). Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial. Solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia, solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuáles sean dichos elementos será necesariamente casuística, dependiendo de las circunstancias que hayan justificado la situación de privación de libertad.

Dicho lo anterior, el pleno disfrute de estos derechos puede verse comprometido en su concurrencia con la declaración de secreto sumarial. Así lo reconoce la Direc-

tiva 2012/13/UE cuando justifica la exclusión judicial del derecho de acceso al expediente en caso de riesgo cierto de verse perjudicada la investigación penal en curso, entre otros motivos. Así se desprende también del art. 302 LECrim al reconocer que, en su perspectiva general, el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. El legislador nacional ha adicionado, no obstante, una singularidad respecto del investigado que se encuentra privado de libertad, de manera que el secreto sumarial se entenderá «sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 505» (art. 302 in fine LECrim), con arreglo al cual «el abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado» (art. 505.3 LECrim).

(.../...)

El trámite de audiencia vinculado a la adopción sobre el investigado de la medida cautelar de prisión provisional o bien de libertad provisional bajo fianza (art. 505 LECrim) no es una formalidad irrelevante, «dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional, como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas» (SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 6). De hecho, al perfilar el contenido de esta comparecencia en la que el ministerio fiscal u otra acusación pueden solicitar aquellas medidas cautelares personales, el art. 505 LECrim indica que «podrán quienes concurren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior» (apartado tercero). En su actual redacción, reconoce también al abogado del investigado la posibilidad de acceder «en todo caso» a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad de su defendido. Para el demandante, este último inciso invalida constitucionalmente cualquier decisión judicial que, con sustento en el secreto sumarial (art. 302 LECrim), cercene las posibilidades del justiciable de acceder al expediente con la finalidad de impugnar su privación de libertad.

A la vista de estos razonamientos procede formular las siguientes consideraciones:

Una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (art. 17.3 CE; arts. 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten *ex* art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita.

Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 LECrim, inciso 1), los restantes derechos enumerados en el art. 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la deten-

ción o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate.

b) Como venimos diciendo, el supuesto planteado en este amparo afecta al derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas (STC 21/2018, FJ 7), activando con ello su derecho.

En supuestos como el de autos, a la declaración del investigado sigue la convocatoria por el juez instructor de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, en la que las partes acusadoras podrán interesar que el instructor decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o bien su puesta en libertad previa prestación de fianza. Al respecto, el Tribunal Constitucional se reserva «la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida» [STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e)].

Este Tribunal es asimismo garante de que «el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE» [STC 29/2019, FJ 3 e)]. Corresponde ahora perfilar el acceso al expediente que, vinculado a la comparecencia del art. 505 LECrim y en garantía de su libertad personal, incumbirá al investigado o encausado con el fin de rehuir una situación de indefensión (art. 17.1 CE, en relación con el art. 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican.

Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior.

c) Aplicándose lo hasta aquí expuesto al común de supuestos del art. 505 LECrim, debemos detenernos ahora en aquella situación en la que los derechos de información y de acceso al expediente con fines de impugnar la privación de libertad se promueven, al tiempo de la comparecencia, en el seno de una causa declarada total

o parcialmente secreta (art. 302 LECrim). Confluyen entonces el interés de defensa vinculada a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el interés en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto, consecuencia de la interpretación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiendo conciliar ambos.

No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar.

Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser. Así se desprende de la doctrina constitucional a la que venimos haciendo referencia (entre muchas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4), y así se infiere también de la Directiva 2012/13/UE cuando admite que el acceso al expediente penal pueda ser denegado ante el riesgo de perjudicar una investigación en curso (art. 7.4) siempre, eso sí, desde una interpretación restrictiva de esta limitación y respetuosa con el principio de equidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene apreciando que, de conformidad con el art. 6 CEDH, resulta necesario proporcionar un grado de acceso al expediente que permita al interesado disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta su privación de libertad, sin perjuicio de lo cual está justificada la denegación del acceso al expediente penal en determinados casos, como cuando estamos ante una investigación compleja que afecta a la actividad criminal de un conjunto de individuos o bien cuando incluye determinados documentos, como sucede con los clasificados; en cualquier caso, el eficiente desarrollo de la investigación, siendo un objetivo legítimo, no puede conseguirse a expensas de restricciones sustanciales de los derechos de la defensa que se dilatan en el tiempo mientras el investigado permanece en situación de prisión provisional: en estos supuestos, caso de solicitarlo el interesado, deberá ponderarse aquello que resulte necesario para poder ejercitar una defensa eficaz frente a la privación de libertad (STEDH de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, § § 87 y 88).

La expresión «en todo caso» incorporada al art. 505.3 LECrim para referirse a esta situación no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que suceda en la comparecencia del art. 505 LECrim. Muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido.

d) Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido.

La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido. Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81), sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención.

e) Es significativo el periodo durante el cual el investigado, privado de libertad, haya estado a su vez privado de acceso íntegro al procedimiento (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81, y de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, §§ 87 y 88). Y ello porque la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se geste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos; subsidiariamente, y aun cuando no se hayan obtenido, decaerá en el momento en que expire el plazo específicamente conferido por la resolución judicial, que nunca podrá sobrepasar los máximos legalmente previstos con inclusión, dado el caso, de sus prórrogas.

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto.

Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación desconocidas, no es

menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio».

(STC 83/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 365-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 25-7-2019. En el mismo sentido, SSTC 94 y 95/2019, de 15 de julio. *BOE* 12-8-2019).