

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 17

Motivación de las resoluciones que afectan a la libertad

«Que la decisión del órgano judicial no pueda reputarse directamente lesiva del derecho fundamental previsto en el artículo 17 CE no significa que la afectación del valor superior de la libertad no tenga un importante influjo en el examen de la eventual lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, según hemos declarado, hay resoluciones judiciales que, sin lesionar dicho derecho, afectan a la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional en cuanto “modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se llevará a cabo” (SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, hemos afirmado que debe “entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el art. 24.1 CE” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) “de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no solo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior” (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; y 226/2015, FJ 4). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 CE (SSTC 43/2008, FJ 4, y 226/2015, FJ 4)

(.../...)

De acuerdo con nuestra doctrina, “para verificar... si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 CE, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado” (STC 226/2015, FJ 4), de modo que pueda comprobarse “la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma” (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2).

Dicho en otros términos, “la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 CE” (STC 226/2015, FJ 4), ya que se trata, en definitiva, de “comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)” (SSTC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; y 226/2015, FJ 4)».

(STC 96/2017, de 17 de julio de 2017. Recurso de amparo 6485-2015. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 11-8-2017).

ARTÍCULO 17.3

Derecho a la asistencia letrada durante la detención y a entregarle al Letrado el expediente para que pueda impugnarse aquélla. Desestimación de habeas corpus

«La respuesta la ofrece nuestra reiterada doctrina, contenida por ejemplo en la STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4, con cita de otras anteriores, en la que se sostiene la prevalencia del derecho del artículo 17.3 CE: “hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a)], “es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla debido”; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (artículos 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y artículos 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los artículos 17.3 y 24.2 CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6, y 165/2005,

FJ 11 a)”. Con posterioridad también, SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7, y 87/2010, de 3 de noviembre, FJ 5.

Es pues el derecho fundamental del artículo 17.3 CE, aquel cuya vulneración requiere ser aquí verificada, sin perjuicio de que una estimación del recurso acarrearía también la declarada lesión del derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, al no haberse producido la detención de los recurrentes “con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

Como enseña nuestra STC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4: “el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo. En este sentido su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2)”

(.../...)

El Auto se limita a señalar que el acceso al expediente no era posible porque el equipo de policía judicial se encontraba “practicando diligencias, sin haber podido finalizar”, hasta el punto de añadir que “no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”, por lo que no resulta de aplicación el artículo 7 de la Directiva invocada.

Pues bien, la propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial desvirtúan esta afirmación: si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas señaladas por la comisión de diversos delitos en varias localidades, como pone en evidencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerlos, cuya entrega, precisa el Fiscal, “no parece problemática por conllevar una amenaza para la vida o derechos fundamentales de otra persona y que hubiera sido aconsejable no entregar por razones de interés público”.

No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso solo se contempla por el apartado núm. 3 del artículo 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1”. Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar el abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio.

La negativa sin justificación alguna del instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de *habeas corpus* de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de

la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental.»

(STC 13/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 10-3-2017).

ARTÍCULO 20

Libertad de expresión y derecho a comunicar información

«Procede traer a colación la doctrina recopilada, entre otras, en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e), en la cual sostuvimos que “el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “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” (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). 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, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, “no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio)”.

(.../...)

Procede recordar nuestra doctrina acerca del ámbito de aplicación de las respectivas libertades, no siempre fácil de deslindar, que aparece compendiada, entre otras, 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). Asimismo, el Tribunal ha subrayado que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje

sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, y la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 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”).

Por su parte, la STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, ofrece un criterio útil para distinguir, en supuestos no fáciles, entre lo que fundamentalmente resulta ser una exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, de aquello otro que, en esencia, constituye una narración o descripción de acontecimientos: “[I]a expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). En tales casos hemos considerado, que para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender “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, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un “juicio de valor”.»

(STC 38/2017, de 24 de abril. Recurso de amparo 7430-2015. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. BOE 27-5-2017).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales

«Se hace preciso recordar aquí la doctrina establecida por este Tribunal en torno a la prohibición de incongruencia omisiva o *ex silentio*, recopilada, entre otras muchas, en las SSTC 52/2005, de 14 de marzo; 4/2006, de 16 de enero; 85/2006, de 27 de marzo; 138/2007, de 4 de junio; 144/2007, de 18 de junio; y 165/2008, de 15 de diciembre. Como se dijo en la STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2, “[I]a congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su *potestas* en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero solo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; o 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo”.

En concreto, la incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (STC 40/2006, de 13 de febrero, por todas). A tales efectos, se plantea la necesidad “de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno” (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

En todo caso, este Tribunal ha puesto de relieve la complejidad que supone distinguir “cuándo la invocación por el demandante o el demandado de unos hechos o de una norma integra la pretensión y cuándo se trata, por el contrario, de una alegación meramente accesoria. A los estrictos efectos de delimitar el contenido del derecho fundamental invocado, baste ahora con señalar que, en el extremo atinente a las alegaciones de las partes, existirá incongruencia omisiva siempre que se produzca una falta de respuesta a la invocación de unos hechos jurídicamente determinantes del sentido del fallo, pudiendo decirse que es la incidencia en el fallo la que cualifica a la alegación haciendo que la falta de respuesta judicial a la misma ostente relevancia constitucional” (STC 25/2012, de 27 de febrero, FJ 4)».

(STC 128/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 7369-2015. Ponente: D.^a María Luisa Balaguer Callejón. BOE 20-12-2017).

Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes: investigación insuficiente de una denuncia de torturas que se dicen sufridas bajo custodia policial

«Como señala la citada STC 130/2016, FJ 2, esa doctrina constitucional se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene insistiendo en la necesidad de aplicar un canon reforzado de investigación cuando se trata de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto San Argimiro Isasa c. España, § 34; y de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Eguiguren c. España, § 38, solo por citar algunas referidas a España). En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace especial hincapié en que una investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incommunicada; un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Ataun Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5

de mayo de 2015, asunto Arratibel Garcíandia c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c España).

En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se infiere la necesidad de llevar a cabo un elenco cerrado y taxativo de diligencias de investigación en los casos de denuncia de torturas o malos tratos de personas bajo custodia policial, pero sí se desprende que, incluso en aquellos casos en que los informes médicos no revelan indicios claros de la comisión de un delito de tortura, han de practicarse otros medios de prueba adicionales, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos denunciados. El artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tiene una doble vertiente sustantiva y procesal y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar, más allá de toda duda razonable, que el denunciante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación oficial exhaustiva y efectiva tras la denuncia presentada.

(.../...)

La doctrina constitucional ha resaltado que la inexistencia de datos en los informes médicos que avalen la sospecha de maltrato (o su debilidad para sustentar la condena) no excluye la necesidad de investigar. Puede existir otro tipo de datos que –desde la perspectiva del deber de profundizar en la investigación– genere un panorama sospechoso potencialmente conectado con la existencia de torturas o malos tratos, incluso aunque los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una condena penal por delito de torturas o malos tratos (SSTC 123/2008, de 20 de octubre, FJ 3; 12/2013, de 28 de enero, FJ 3; 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, y 144/2016, FJ 3)

(.../...)

En el momento del cierre de la instrucción, tal como también ha señalado el Ministerio Fiscal, existían todavía medios de investigación disponibles para tratar de esclarecer los hechos denunciados por el demandante de amparo, diligencias probatorias que fueron solicitadas por este y rechazadas por los órganos judiciales sin justificación suficiente.

Entre esos medios de investigación se cuenta, de forma destacada, la declaración del denunciante ante el juez instructor, diligencia que constituye, según reiterada doctrina constitucional, un medio de indagación especialmente idóneo en la averiguación de las denuncias por malos tratos, pues la evaluación de la credibilidad del relato expuesto en la denuncia exigía valorar directamente –con inmediación– el testimonio del recurrente sobre los hechos denunciados en presencia judicial, sin que se adivine obstáculo alguno a la práctica de tal diligencia en el presente caso (por todas, SSTC 107/2008, FJ 4; 131/2012, FJ 5; 153/2013, FJ 6; y 144/2016, FJ 4; también STEDH de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Egiguren c. España, § 41).

Asimismo se revela como una diligencia de investigación útil la declaración de los médicos-forenses que practicaron los diferentes reconocimientos médicos al recurrente en Pamplona primero y luego en Madrid, a fin de aclarar el contenido de algunos aspectos recogidos en sus informes y la situación observada en el detenido en los sucesivos reconocimientos practicados (STC 130/2016, FJ 4).

De utilidad instructora podría resultar también, en este contexto típico de escasez probatoria, la declaración del abogado de oficio que asistió al denunciante durante su detención incomunicada, quien podía haber expuesto su percepción de la situación como único tercero presente en esa declaración policial; de ella se desdijo el recurrente con la acusación de que fue preparada y se obtuvo tras previos malos tratos policiales (SSTC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; 130/2016, FJ 5, y 144/2016, FJ 4).

También, habida cuenta de la situación de detención incomunicada en que se producen supuestamente los hechos denunciados, donde el fin de eficacia policial debe cohonestarse con la prevención de abusos y su represión, hubiera podido procederse a identificar y tomar declaración a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado encargados de la custodia del recurrente. Se habría seguido así la exigencia de agotamiento de medios útiles de investigación en tales supuestos indicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia más reciente anteriormente citada. La pertinencia de esta diligencia instructora ha sido destacada también por este Tribunal Constitucional, salvo previa justificación de que su práctica pueda suponer un riesgo para la vida o integridad de esos agentes (SSTC 107/2008, FJ 4; 40/2010, FJ 3, y 144/2016, FJ 4, por todas).»

(STC 39/2017, de 24 de abril. Recurso de amparo 332-2016. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. BOE 27-5-2017).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la defensa y a la asistencia letrada

«En aquellos procesos donde la ley exige la intervención de profesionales (abogado y procurador), la STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2, recuerda que: “Este Tribunal ha reiterado que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), que debe ser reconocido no solo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión. Igualmente se ha destacado que en el supuesto de que la intervención de Letrado sea legalmente preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no solo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado, debiendo los órganos judiciales considerar la ausencia de Letrado como un requisito subsanable, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (por todas, STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2)”. En el mismo sentido, anteriormente ya, las SSTC 225/2007, de 22 de octubre, FJ 3, y 174/2009, de 16 de julio, FJ 2; con posterioridad, las SSTC 22/2016, de 15 de febrero FJ 4.a), y 50/2016, de 14 de marzo, FJ 4 a)”.

(STC 31/2017, de 27 de febrero. Recurso de amparo 5030-2015. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 7-4-2017).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Sobre este derecho fundamental existe ya un amplio cuerpo doctrinal (entre otras muchas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 88/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 4/2005, de 17 de enero, FJ 3; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; 77/2007, de 16 de abril, FF.JJ. 2 y 3; y 86/2008, de 21 de julio, FJ 3), en el que se ha

afirmado que presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable. Precisamente esta inescindible conexión nos ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso.

De acuerdo con esa doctrina, las notas caracterizadoras de este derecho fundamental y de su protección constitucional son, esencialmente, en cuanto aquí interesa, las siguientes:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio habrá de ajustarse a las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional. Por ello, para que se produzca su lesión se requiere que la prueba no admitida, o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. En concreto, no se puede considerar lesionado dicho derecho cuando una prueba haya sido inadmitida en aplicación de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

b) Este derecho no es absoluto, de manera que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales efectuar siempre la valoración de la pertinencia y legalidad de las pruebas solicitadas.

c) La denegación de las pruebas propuestas ha de ser motivada por los órganos judiciales, pudiendo vulnerarse el derecho fundamental cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha inadmisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) La garantía constitucional del artículo 24.2 CE no cubre cualquier irregularidad u omisión procesal, sino únicamente aquellos casos en los cuales la prueba fuera decisiva en términos de defensa. En concreto, para que este derecho pueda entenderse vulnerado, la denegación de la prueba debe ser imputable al órgano judicial y, además, la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, siendo carga del recurrente la de justificar la indefensión sufrida. Esta exigencia implica, por una parte, que el recurrente debe demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, que debe argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones. Sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado–, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.

e) Finalmente, hemos venido señalando también que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia.»

(STC 128/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 7369-2015. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 20-12-2017).

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

«Como con extenso pormenor se expone en la STC 88/2013, de 11 de abril, del Pleno (FFJJ 7 a 9), a cuya fundamentación hemos de remitirnos, la cuestión planteada ha sido abordada por este Tribunal en una jurisprudencia reiterada, complementaria y progresivamente ampliada que, rectificando pronunciamientos anteriores, tiene su momento inicial en la STC 167/2002 de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), también del Pleno. En dicho pronunciamiento, con el objetivo de “adaptarse más estrictamente a las exigencias del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, fijó este Tribunal una nueva interpretación del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Más específicamente, la referencia fue entonces la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), tal y como en esta materia se venía estableciendo desde la STEDH de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani contra Suecia). El Tribunal europeo, partiendo de la idea de que “el proceso penal constituye un todo y la protección del artículo 6.1 CEDH no termina con el fallo de primera instancia”, había señalado que, conforme a su propia jurisprudencia, “el Estado que organiza tribunales de apelación o casación tiene el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del citado precepto” (ap. 24); señalando al mismo tiempo que, en la determinación de cuales sean en cada caso esas garantías, es necesario examinar el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de revisión y la manera en la que los intereses del acusado fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Ya en aquel lejano supuesto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que era necesario un debate público, con presencia y participación del acusado, cuando el órgano de revisión “conoce tanto de cuestiones de hecho como de Derecho” y “estudia en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado”, pues en tales casos no puede resolverse la pretensión de revisión sin un examen directo y personal del acusado que afirma no haber cometido la acción delictiva que se le imputa.

Asumiendo dicho contenido, reiteramos desde entonces que resulta contrario a un proceso con todas las garantías que, conociendo a través de recurso, 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.

Dicho criterio inicial fue también aplicado a aquellas decisiones de revisión que, sin alterar el relato de hechos probados declarado en la instancia, fundamentaban la condena del acusado en la distinta apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del delito (aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle). En tales casos, el canon constitucional establecido apreciaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías únicamente cuando, sin la celebración de vista pública y contradictoria, la distinta apreciación de elementos subjetivos se razonaba a partir del resultado de pruebas personales, quedando excluida la vulne-

ración cuando procedía de pruebas documentales (SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, y 91/2009, de 20 de abril).

4. La STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, puso de manifiesto la insuficiencia de dicha perspectiva inicial y declaró que cuando una instancia de apelación debe conocer un asunto de hecho y en Derecho y tiene la facultad de estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que afirma no haber cometido el acto considerado penalmente ilícito. Dicha doctrina ha sido concretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos posteriores que han analizado las posibilidades de revisión que ofrece nuestro ordenamiento jurídico procesal (tanto el recurso de apelación como el de casación). Así aparece expuesto y reiterado en las SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goteris y Llop García c. España, § 33; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España, § 27; de 8 de octubre de 2013, Caso Román Zurdo y otros c. España, § 39; de 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España, § 31; de 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España, § 24.3; de 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España, § 33; y de 13 de junio de 2017, caso Atutxa Mendiola y otros c. España, § 43.

Conforme a los mismos, lo relevante es evaluar si la jurisdicción de revisión “efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera”, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas; lo cual ocurre siempre que la revisión exprese “una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante”, esto es, se pronuncie sobre circunstancias subjetivas del acusado. Y así se ha señalado que “cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan” (casos Lacadena Calero, Serrano Contreras y, más recientemente Atutxa Mendiola y otros c. España)

5. La plena recepción de dicho criterio por este Tribunal se inició en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, de forma que la doctrina constitucional inicial antes expuesta fue complementada con otra adicional, cuya conjunción define hoy el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal.

Conforme a la misma, en aquellos casos en los que, como consecuencia de un debate sobre cuestiones de hecho y de Derecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad del acusado, se condena por primera vez en segunda instancia revocando una previa absolución, o se agravan las consecuencias de una condena previa, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado. Se añade así una garantía específica que cabe también vincular al contenido más genérico del derecho de defensa, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, in fine). En consecuencia, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre

estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse dado que, en tal caso, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, ya citada; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6, y 88/2013, FJ 9). Por ello hemos señalado que “el testimonio judicial del acusado tiene el doble carácter de prueba personal, que exige de intermediación para ser valorada, y de derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que vaya a decidir sobre su culpabilidad, lo que, lógicamente, también se concreta en su presencia ante el órgano judicial para poder someter a contradicción con su testimonio la comisión del hecho que se le imputa” (SSTC 88/2013, de 11 de abril, FJ 9, y 105/2016, de 6 de junio, FJ 5).

Resumiendo dicho doble contenido, la STC 88/2013, del Pleno, concluyó 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, intermediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal”.

6. La evolución que ha sido expuesta ha tenido una especial incidencia sobre el tratamiento de las decisiones judiciales que revocan un pronunciamiento absolutorio o agravan una condena anterior con fundamento en la reconsideración de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito (como dijimos, aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle).

Si bien desde la primera perspectiva (STC 167/2002) los debates en torno a su concurrencia fueron inicialmente valorados como debates “jurídicos” no necesitados de vista pública o intermediación, ni de la presencia del acusado, cuando se apoyaban en prueba documental, en cuanto se afirmaba que remitían a un juicio de inferencia discrepante que se formulaba a partir de hechos declarados probados (SSTC 328/2006 y 91/2009), la toma en consideración de la segunda perspectiva modificó el sentido de los pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 184/2009, 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre). Y así, a partir de la STC 184/2009, hemos afirmado reiteradamente que, 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, intermediación 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; exigencias éstas que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se cohonestan con la actual estructura procesal del recurso de apelación y casación penal, cuyo ámbito de cognición ha quedado así delimitado.

Lo expuesto no quiere decir que todo pronunciamiento discrepante que, al revisar una decisión absolutoria, pueda hacerse sobre los elementos subjetivos del delito precise de un debate previo con publicidad, intermediación y contradicción en el que pueda intervenir el acusado. Así, la identificación de cuales sean los elementos subjetivos de cada delito puede corregirse en vía de recurso, incluido el de casación, si se basa precisamente en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es

decir, si se trata de errores en la calificación jurídica. A modo de ejemplo cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes supuestos:

(i) Si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual sería suficiente para la condena.

(ii) Cuando se calificase por el tribunal de instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por aquel tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo.

(iii) Cuando el tribunal de instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, si esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el tribunal a quo.

Por tanto, los tribunales penales, que tienen asignada la función de control de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que se someten a su consideración en vía de recurso, pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión de sentencias, incluidas las absolutorias, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo al no afectar a los hechos, se concretan en la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, cuando tal corrección no precise ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.»

(STC 125/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 2350-2014. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 20-12-2017).

Derecho a un proceso con todas las garantías y derecho de defensa. Calificación del error de prohibición como vencible

«El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumania*). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2;

22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

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

7. 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 testimoniales, 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 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; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última 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 éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). 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 ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión 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 (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

8. La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica.

a) Aplicando tal parámetro y atendidas las circunstancias concurrentes, es de observar, en torno a la garantía de la inmediación como pilar central de la valoración de las pruebas personales, como afirma el Ministerio Fiscal, que no ha existido una alteración sustancial de los hechos probados, ni tampoco una reconsideración de

prueba personal, en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 368 CP y descartar que fuera de aplicación la doctrina del consumo compartido. En efecto, se ha expuesto en los antecedentes que la Sentencia de instancia absolvió a los demandantes al considerar que los hechos probados encajaban en la excepción de atipicidad de “autoconsumo compartido”. Planteada por el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación, una discrepancia en la subsunción jurídica, al entender, que en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido, el Tribunal Supremo se limitó a resolver una divergencia estrictamente jurídica, esto es, la discusión y la decisión casacional versaron sobre la concurrencia o no de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para apreciar la atipicidad penal derivada del consumo compartido. De tal modo que la subsunción de la conducta probada en el tipo finalmente aplicado por el Tribunal Supremo –que no consideró que concurrieran las condiciones para apreciar la exclusión de la tipicidad por consumo compartido–, se desarrolló al margen de cualquier reinterpretación o revisión de los hechos probados, y por ello, extramuros del alcance de la garantía de inmediación.

Por otra parte, tampoco era indispensable contar con una audiencia pública de los acusados, al haberse limitado el Tribunal Supremo a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del órgano judicial *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, (STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 36), resolviendo el debate estrictamente jurídico que le había sido planteado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación. El Tribunal Supremo, al fundamentar el encaje de la conducta probada en el tipo penal, se limitó a un aspecto puramente jurídico, y en tales circunstancias, tampoco el derecho de defensa de los acusados exigía que hubieran sido oídos por el Tribunal Supremo, que fue el primero en condenarles, pues tal audiencia de los recurrentes nada hubiera aportado sobre la divergencia de naturaleza estrictamente jurídica planteada (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59 y STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 4).

b) Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar la inferencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.

El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP.

Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, son precisamente esas peculiaridades las que llevaron a apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidir con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, —que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal— lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron “su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho”. De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad probatoria a las declaraciones de los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de intermediación, contradicción y publicidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del artículo 14 CP, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución exoneradora de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados —lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional—, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos.

En efecto, el Tribunal Supremo, en su segunda Sentencia, condena a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran la certeza firme sobre la legalidad de su actuación —tesis mantenida en el trámite de alegaciones por el letrado de los acusados—. Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados le lleva a afirmar que los acusados sopesaban y se representaban como posible la antijuridicidad de su actividad, lo que determina la exclusión de la invencibilidad del error y en consecuencia la revocación de la previa absolución sin atender la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), y ello pese a que el núcleo de lo debatido, introducido de oficio por el Tribunal Supremo, afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad y no versaba sobre estrictas cuestiones jurídicas (este era el caso de las SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6). El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre la intención de los acusados inferido de los

hechos probados completados y reinterpretados con el examen de la prueba documental, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado, dada la naturaleza de las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, de los acusados.

A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa –error vencible de prohibición– que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*).»

(STC 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659-2016. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. BOE 17-1-2018).

Presunción de inocencia. Vulneración cuando se valoran pruebas sin las debidas garantías

«En relación con el derecho a la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que solo quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o 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 también hemos puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho 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).

Sobre la base de la doctrina establecida sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia que ha sido antes expuesta (FFJJ 3 a 6), hemos señalado también que en los casos en que se verifique una valoración de pruebas personales sin la debida intermediación, en la medida en que se trata de la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, resultará también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando se ponga de manifiesto que dichas pruebas son las únicas tomadas en cuenta por la resolución impugnada o cuando, a partir de su propia motivación, se constate que eran esenciales para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión se convierta en ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (así, SSTC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 5; 135/2011, de 12 de septiembre, FJ 4; 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, y 88/2013, FJ 12).

Dicho de otro modo, en supuestos como el presente, 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 determina la anulación de la Sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones.»

(STC 125/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 2350-2014. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 20-12-2017).

ARTÍCULO 121

Responsabilidad patrimonial de la Administración por sufrir prisión preventiva y ser posteriormente absuelto. Improcedencia de resolver la solicitud introduciendo dudas sobre la culpabilidad, pues esto produce vulneración de la presunción de inocencia

«El artículo 121 de la Constitución establece que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”; mas se trata de precepto que no es de aplicación directa, como su propio tenor literal determina (“conforme a la ley”).

Como se indicara en nuestra STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, al analizar los antecedentes del artículo 121 CE, la previsión de que los daños y perjuicios causados por error judicial conllevan una indemnización a cargo del Estado tiene su origen en la Ley de 24 de junio de 1933, durante la Segunda República, que adicionó un último párrafo al artículo 960 de la de enjuiciamiento criminal para el caso de que prosperara el recurso de revisión, como consecuencia de un error judicial, y posteriormente se contempló, con mayor extensión, la responsabilidad objetiva del Estado, por el defectuoso comportamiento de la función judicial, introducida para la Administración pública el año 1957 en su Ley de régimen jurídico (artículos 40 y 41) para ser recogida, con posterioridad, por el artículo 106.2 de la Constitución.

Las dos modalidades ahora contempladas en la Constitución Española (artículos 106 y 121 CE), emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la Ley su regulación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolló el artículo 121 CE distinguiendo, a los efectos que aquí interesan, entre la responsabilidad patrimonial por error judicial (art. 293 LOPJ) y por prisión preventiva (art. 294 LOPJ). En ambos casos, hemos subrayado que esta Ley Orgánica no contiene una definición de lo que sea el error judicial, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, y ATC 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3), doctrina que asimismo resulta plenamente aplicable a las reclamaciones de responsabilidad que, como la que es origen de este recurso de amparo, se basan en haber sufrido prisión provisional por unos hechos de los que luego se resulta absuelto y encuentran su especial regulación en el artículo 294 LOPJ (ATC 220/2001, de 18 de julio, FJ 2).

Según este precepto, “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con el Convenio –con el artículo 6.2, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, ni con ninguna otra cláusula– un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (asunto *Minelli c. Suiza*), § 35-36, de 25 de agosto de 1987 (asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*), § 36, de 25 de agosto de 1987 (asunto *Englert c. Alemania*), § 36, de 25 de abril de 2006 (asunto *Puig Panella c. España*), § 52, de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 36, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*), § 39].

En esta línea afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (asunto *Minelli c. Suiza*) y de 25 de agosto de 1987 (asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*), antes citadas], y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos [STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto *Dinares Peñalver c. España*), § 2].

De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 294 LOPJ, haya declarado que nuestro sistema normativo “no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio” [SSTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)].

6. Este Tribunal ha venido reiterando que el derecho fundamental del artículo 24.2 CE es aplicable a aquellos actos del poder público, sea administrativo o judicial, mediante los que se castiga la conducta de las personas definidas en la Ley como infracción del ordenamiento jurídico, lo que tiene su juego aplicativo en el proceso penal así como en el procedimiento y proceso contencioso-administrativo sancionador (por todas, SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3, y 272/2006, de 25 de septiembre., FJ 2). No obstante, como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende, proyectando determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado [por todas, STEDH de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 36, y las allí citadas].

En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), resoluciones administrativas y judiciales, dictadas en esta materia de responsabilidad patrimonial, que expresaron la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que “tal motivación, sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante” [SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto *Puig Panella c. España*), § 55, de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 39, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*), § 47].

Esta doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se ha dejado constancia en los antecedentes, ha dado lugar a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, para excluir del ámbito del artículo 294 LOPJ los supuestos denominados de “inexistencia subje-

tiva”, cuestión, sin embargo, sobre la que no tenemos ocasión de pronunciarnos aquí, al versar el supuesto examinado sobre la concurrencia del presupuesto de “inexistencia objetiva”, como vamos a ver a continuación.

7. En el caso examinado, de cuyas vicisitudes se ha dejado constancia circunstanciada en el apartado de antecedentes, el debate judicial se centró en torno a la concurrencia o no del presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo. La sentencia del órgano judicial, por su parte, resolvió ese debate señalando que “mantiene que el delito no existió pero la sentencia de instancia ofrece cumplida respuesta a por qué no acoge esta tesis y mantiene que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio in dubio pro reo, vertiente del de presunción de inocencia”.

De otro lado, la propia demanda de amparo afirma que “se ha producido la inexistencia objetiva de los hechos imputados o inexistencia del hecho delictivo”, constatación de la que fácilmente se colige que, para dar solución al caso, puede ser trasladada la doctrina dimanante de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citadas. A la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2012 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia.

En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante.»

(STC Pleno 8/2017, de 19 de enero. Recurso de amparo 2341-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 23-2-2017. En el mismo sentido, STC 10/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7088-2012. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 10-3-2017).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 89.1

Expulsión del territorio nacional. Automatismo en su aplicación y valoración de la situación de arraigo familiar

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurra en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la

actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso “al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño” (así, STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, en relación con la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de trabajo que implicaba una situación de irregularidad sobrevenida; y SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, en relación con las decisiones administrativas de expulsión y prohibición de entrada impuestas al amparo del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero).

(.../...)

En la aplicación del sustitutivo penal de expulsión del artículo 89 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, vigente en el momento en que se produjeron los hechos y se decidió sobre la aplicación del sustitutivo penal de expulsión tanto en primera instancia como en apelación, resultaba necesario ponderar la existencia de una situación de arraigo familiar, en los términos en lo que después ha sido impuesto legislativamente en el artículo 89.4 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ahora bien, partiendo de esa interpretación del artículo 89 CP, las resoluciones impugnadas han utilizado como único argumento para resolver la alegación sobre la existencia de arraigo “que aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o documento similar”.

No puede considerarse, tal como también sostiene el Ministerio Fiscal, que esta respuesta satisfaga las exigencias del deber de motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a la valoración probatoria si se toma en consideración que la decisión judicial concernía a una institución en la que, tal como ha reiterado el Tribunal en la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño.»

(STC 29/2017, de 27 de febrero. Recurso de amparo 3279-2014. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 7-4-2017).

ARTÍCULO 132

Interrupción del plazo de prescripción en causas anteriores a la LO 5/2010, de 22 de junio

«Las resoluciones de la Audiencia Provincial de Almería que aquí se impugnan aplican la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, inmediatamente

posterior y contraria a los postulados de la doctrina de nuestra STC 63/2005, de 14 de marzo, en torno a la insuficiencia de la mera presentación de una denuncia o querella para considerar interrumpida la prescripción del delito. En el caso de la Sentencia que resolvió el recurso de apelación, ésta justifica tal preferencia apoyándose en la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006, conforme al cual se ha de “mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”. Tal criterio es ratificado por el Auto que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones. En definitiva, la Sala consideró suficiente la presentación de la querella dentro del plazo de prescripción del delito para interrumpir ésta, sin exigir un posterior acto de interposición judicial dictado dentro de aquel periodo. Y este Tribunal, en los casos en que se han producido pronunciamientos judiciales contrarios a nuestra interpretación sobre la naturaleza de la prescripción y el modo de considerar interrumpido su cómputo con base en el artículo 132.2 del Código penal (CP) vigente antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2010 (que es el precepto que expresamente aplican las resoluciones aquí impugnadas), ha concluido que tales pronunciamientos incurren en negativa manifiesta al cumplimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE (así, SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 59/2010, de 4 de octubre, FJ 4; 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 1/2013, de 14 de enero, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7; 32/2013, de 11 de febrero, FJ 4; 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2, y 138/2016 de 18 de julio, FJ 2).

(.../...)

Debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 132.2 CP, en la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las resoluciones recurridas, disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Este precepto ha sido interpretado por este Tribunal en el sentido de entender que la querella o denuncia de un tercero “es una solicitud de iniciación del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8, y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), pero “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual aquella querella o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo prescripción, pues tal interrupción requiere un “acto de interposición judicial” [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c)] o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).

Como consecuencia, la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que “la simple presentación de una denuncia o querella, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)” [SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2 a); 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, y 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2]. También ha declarado este Tribunal que “la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria” (SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3).»

(STC 22/2017, de 13 de febrero. Recurso de amparo 5046-2015. Ponente: D.^a Adela Asúa Batarrita. BOE 25-3-2017).

ARTÍCULO 368

Principio de taxatividad. Legalidad penal

«a) Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera –que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes– es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las “normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever.

b) La redacción del artículo 368 CP (“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”), no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria. La utilización de 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, no dejan en la indefinición la conducta típica. Al contrario, la esfera del comportamiento ilícito es perfectamente inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana. Conviene en este punto recordar que, “dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, § 40, y *Cantoni*, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe

saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, § 141).” (STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada contra España*, § 92).

Por tales razones debe desestimarse la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de exigencia de taxatividad (art. 25.1 CE)

(.../...)

La STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo “consumo ilegal”, bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: “toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud” (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebase la necesaria para el consumo inmediato.

El Tribunal Supremo considera, al resolver el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, que dicha doctrina no es aplicable a la actividad de la asociación Ebers apoyando su conclusión en un supuesto semejante referido a una asociación de similar naturaleza, que fue resuelto por la STS 1377/1997, de 17 de noviembre. Razona que la filosofía de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el enjuiciado, 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. Estas circunstancias desbordan para el Tribunal no solo los términos más literales en que se desarrolla aquella doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora. Precisamente entiende el Tribunal Supremo, que la interpretación del artículo 368 CP, pretendida por los demandantes, sería la que contravendría el principio de legalidad, al expulsar de la literalidad de la ley la conducta de los recurrentes, dado el evidente encaje en el tipo. Considera que la limitación de la tipicidad solo es posible “en relación al consumo compartido (bolsa común) y al consumo (mejor dicho donación) compasivo”. Y considera que la punibilidad de la conducta era previsible al existir un precedente jurisprudencial en el mismo sentido.

El Tribunal Supremo, en el Auto desestimando el incidente de nulidad de actuaciones, descarta la aplicación del subtipo atenuado (art. 368.2 CP) a don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas y a doña Cristina Muñoz Fernández, al no ser proporcionado equiparar la conducta accesoria y episódica de doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña con la de quienes han organizado la asociación destinada a producir y hacer llegar a consumidores toneladas de hachís.

Finalmente, la STS 484/2015, una vez estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, dicta una segunda Sentencia para

individualizar la pena que debe imponerse a los acusados, y a tal fin razona que concurre error vencible de prohibición, pues, de los hechos probados, se infiere una preocupación por revestir la conducta de apariencia de legalidad, asumiendo la probabilidad de su ilicitud, que revela una actitud incompatible con el carácter invencible del error que alegan los recurrentes, pues este exige una fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Tal inferencia la sustenta la Sentencia del Tribunal Supremo en la forma en que han redactado los estatutos de la asociación, cuidando aparentemente de adaptarse a la doctrina del consumo la STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo “consumo ilegal”, bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: “toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud” (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebase la necesaria para el consumo inmediato.»

(STC 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659-2016. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. BOE 17-1-2018).

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

ARTÍCULO 49.1, IN FINE

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional

«Aunque ninguna de las partes comparecidas haya puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con el artículo 50.1.b) de nuestra Ley Orgánica reguladora (LOTY) y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia obligan a explicitar el cumplimiento del mismo para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, § 46).

La decisión de admisión del presente recurso de amparo apreció que en el mismo concurría especial trascendencia constitucional, fundada en que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)], apreciación que, en este caso, coincide con lo manifestado por el actor en la demanda de amparo, sin perjuicio de que, como hemos declarado reiteradamente (por todas, STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 4), corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al artículo 50.1.b) LOTC, a 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”.»

(STC 22/2017, de 13 de febrero. Recurso de amparo 5046-2015. Ponente: D.^a Adela Asúa Batarrita. BOE 25-3-2017).

ARTÍCULO 81

Extemporaneidad de la demanda y postulación

«En relación con la extemporaneidad de la demanda este Tribunal tiene fijada doctrina, recogida por ejemplo en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 4, en cuya virtud: “con carácter general, el artículo 49.1 LOTC establece que el recurso de amparo se inicia mediante una demanda. Esta previsión, puesta en relación con las exigencias de postulación establecidas en el artículo 81.1 LOTC, respecto de la necesidad de conferir representación a un Procurador y actuar bajo la representación de un Letrado –excepto para las personas que tengan título de Licenciado en Derecho que pueden comparecer por sí mismas–, determina que, en principio, se garantice una actuación profesional en la elaboración y presentación del escrito de iniciación de un proceso de amparo. Ahora bien, esta regla general de iniciación de los procesos de amparo encuentra una importante excepción en los supuestos de ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así, en el acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 174, de 19 de julio de 1996), se prevén diferentes supuestos en los que, aun no estando garantizada la intervención de profesionales, sin embargo, se establece la aplicación de las previsiones legales sobre la interposición en plazo de los escritos de iniciación del proceso de amparo (por todos, AATC 242/1994, de 15 de septiembre, FJ 4; 36/1995, de 30 de enero, FJ 2; o 172/2005, de 22 de abril, FJ 3) y, por tanto, las previsiones del artículo 85.2 LOTC ... lo anterior se hace extensivo a quienes, alegando insuficiencia económica, pretendan interponer recurso contra resoluciones desestimatorias de solicitudes formuladas en virtud de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*”. Esto último, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional segunda del precitado acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno de este Tribunal.

En aplicación de tal doctrina, hemos considerado interpuesta fuera de plazo, y por ello inadmisibile, la solicitud de amparo presentada sin seguir los requisitos del mencionado acuerdo del Pleno (ATC 97/2010, de 19 de julio, FJ 2, y más recientemente, STC 94/2016, de 9 de mayo, FJ 2).»

(STC 13/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 10-3-2017).