

CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO Y DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL ACTUAL, TRAS LA DIRECTIVA 2016/343/UE, DE 9 DE MARZO

Por

SUSANA SAN CRISTÓBAL REALES
Profesora contratada Doctor RCU Escorial M.^a Cristina (Adscrito a la Universidad Complutense de Madrid)

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 50 (2020)

RESUMEN: La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, en cualquier tipo de proceso penal, que otorga a la parte pasiva una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso. Este derecho ha evolucionado para adaptarse a la realidad procesal penal de nuestros días, ampliándose, por lo que el análisis de su contenido actual, desde sus dos perspectivas, sobre todo a partir de la Directiva 2016/343 es esencial para cualquier jurista. Por otro lado, esta regulación a nivel comunitario puede brindar al legislador español una magnífica oportunidad para mejorar el citado principio a nivel teórico y práctico.

PALABRAS CLAVE: presunción de inocencia, derecho fundamental, proceso penal.

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN. II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO PROCESAL. 2.1. La Presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal del investigado y encausado en la Directiva Europea 2016/343. 2.2. La presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal y la medida cautelar de prisión provisional. 2.3. La indemnizabilidad de la prisión preventiva del absuelto por in dubio pro reo. 2.4. Presunción de inocencia como regla de tratamiento que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos. III. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO. 3.1. La carga de la prueba. 3.2- Derecho a prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito y a la participación en el delito del acusado. 3.2.1. Presunción de inocencia y el valor de la confesión en fase de juicio como prueba de cargo. 3.2.2. Presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio como prueba de cargo. 3.2.3. Prueba por indicios. 3.2.4. La declaración de la víctima como único medio de prueba. 3.2.4. Declaración del coacusado como prueba de cargo. 3.2.5. El testigo protegido como prueba de cargo. 3.2.6. -Testigo de referencia como prueba de cargo. 3.3. Derecho a una prueba lícita. 3.3.1. Vulneración de un derecho fundamental directa o indirectamente y la conexión de antijuridicidad. 3.3.2. La cadena de custodia. 3.3.3. Derecho a una prueba legalmente practicada en la instancia. 3.3.4. Derecho a una prueba legalmente practicada en apelación y casación tras reforma operada por Ley 41/2015 en LECr. 3.3.4.1. licitud de la prueba personal y sentencia absolutaria o agravación de una condenatoria en apelación, tras la reforma operada por Ley 41/2015. 3.4. Derecho a que se exprese motivadamente en la sentencia el proceso valorativo de toda la prueba practicada y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia. 3.5. Derecho a una prueba racionalmente valorada. 3.6. Derecho a la certeza en la culpabilidad: El principio "indubio pro reo". IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENT OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS A TREATMENT AND TRIAL RULE IN THE CURRENT CRIMINAL PROCESS, AFTER DIRECTIVE 2016/343 / EU, OF MARCH 9

ABSTRACT: The presumption of innocence is a fundamental right recognized in article 24.2 of the Constitution, in any type of criminal process, which grants the passive party a series of specific guarantees at each stage of the process. This right has evolved to adapt to the criminal procedural reality of our day, expanding, so that the analysis of its current content, from its two perspectives, especially from Directive 2016/343 is essential for any lawyer. On the other hand, this regulation at the community level can provide the Spanish legislator with a great opportunity to improve the aforementioned principle at a theoretical and practical level.

KEYWORDS: presumption of innocence, fundamental rights, penal process.

1. INTRODUCCIÓN

Ni la Constitución, ni nuestras leyes contienen una construcción jurídico-positiva del contenido de la presunción de inocencia¹, únicamente se limitan a enunciarlo.

Por otro lado, como consecuencia de los tratados internacionales suscritos por España, también tiene un ámbito regulatorio internacional a nivel europeo, e incluso regional², que ha ido evolucionando y ampliando su contenido para adaptarse a la situación procesal actual.

Por constituir un derecho fundamental (artículo 24.2 CE), que configura nuestro proceso penal conviene hacer un análisis del contenido actual de este derecho fundamental, que ha sufrido una modificación en sus contenidos y ampliación, como consecuencia de su ámbito regulatorio, sobre todo a partir de la Directiva 2016/343 de 9 de marzo, a través de sus dos vertientes, cuyo contenido esencial ha de ser respetado por el legislador (art. 53 CE), y tutelado hasta la firmeza de la sentencia.

La finalidad de este derecho fundamental es proteger a la parte pasiva del proceso (investigado, procesado, encausado, acusado), frente a un injustificado ejercicio del *ius puniendi* estatal a través del proceso penal.

El origen de este principio, se remonta al primer Código escrito de leyes penales y civiles, que ha llegado a nuestro días, el Código de Hammurabi³ (aproximadamente del 1792- 1750 a.C.), porque va unido a la esencia misma del sistema penal y procesal

¹ Así, el artículo 24.2 se limita a enunciar la existencia del principio, e igualmente los artículos 846 bis c) e) de la LECrim y 70.2 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal de Jurado.

² Por lo que además de la interpretación de este derecho por nuestra jurisprudencia interna (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo) contamos con la interpretación jurisprudencial a nivel europeo (del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y regional (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos),

³ LARA PEINADO F., *Código de Hammurabi*, Madrid 1997. p. 6.

penal⁴, en cuya Ley I⁵ se hablaba por primera vez de la obligación de los acusadores de probar un delito de asesinato, y de las consecuencias de la falta de prueba⁶.

Actualmente la presunción de inocencia, no solo se refiere a la denominada “carga de la prueba”, sino que abarca otros aspectos, que podemos reconducir a alguna de las dos vertientes de este principio, que conforma la estructura de todos los procedimientos penales, constituyendo uno de los principios esenciales del proceso penal y también del derecho sustantivo penal actual, al otorgar a la parte pasiva del proceso una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del mismo⁷.

Por un lado, este derecho opera como regla de tratamiento procesal⁸ en virtud del cual la persona frente a la que se dirija una investigación judicial dentro de un proceso penal, incluso antes de que el juez de instrucción le hayan comunicado mediante notificación oficial, su condición de investigada o encausada⁹, tiene derecho a recibir la consideración y el trato de inocente en hechos de carácter delictivo hasta que no exista una sentencia de condena firme¹⁰ (Considerando 12, en relación al artículo 2¹¹ Directiva 2016/343)¹².

⁴ Como indica NIEBA FENOL J. “La razón de ser de la presunción de inocencia”, In Dret, Barcelona, 2016, p.4, posteriormente este principio se ha mencionado” En la Edad Media con la expresión *in dubio pro reo*, y pocos siglos después se construyó el estándar “más allá de toda duda razonable” en el *Old Bailey* de Londres (finales del s. XVIII) como instrucción para jurados asentada en el estándar de la certeza moral² del Derecho canónico³. Antes Ulpiano había dicho, allá por el siglo III d.C., que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente, y de ahí surgió la frase, atribuida a Maimónides (s. XII), de que es mejor absolver a mil culpables que condenar a muerte a un inocente, aserto que ha sido repetido muchas veces sin la referencia a la muerte y con diferente número de culpables, pero que probablemente popularizó MATTHEW HALE (s. XVII)”.

⁵ la Ley I del Código de Hammurabi indica literalmente que “los acusadores de asesinato habrían de ser condenados a muerte si no consiguen probar la acusación”.

⁶ Aunque las consecuencias eran muy distintas a las actuales, porque en el Código de Hammurabi, la falta de prueba por parte de la acusación suponía la pena de muerte del acusador, mientras que actualmente afortunadamente), supondría la absolución del acusado.

⁷ Vid. en este sentido, STS 288/2019, de 30/05/2019

⁸ Esta doble vertiente está reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 17 de diciembre de 2013, asunto *Nikolova vs. Bulgaria*.

También la reconoce nuestro Tribunal Constitucional Español, para quien este derecho fundamental “opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo” (STC 128/1995 de 26 de julio).

⁹ El artículo 2 Directiva 2016/343, habla de sospechoso y acusado, pero con la nueva terminología adoptada por la LECr, tras las últimas reformas en nuestro ordenamiento serían respectivamente investigado, encausado o acusado.

¹⁰ No obstante, para VEGAS TORRES esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia tiene un límite temporal más corto, pues considera que el sujeto pasivo del proceso debe considerarse inocente hasta la sentencia condenatoria dictada en primera instancia. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid 1993,, p. 41*

Por tanto, se concreta a nivel europeo que la presunción de inocencia se mantiene hasta que exista una sentencia firme, aunque esta cuestión se entendía así con anterioridad por la mayoría de la doctrina¹³, al consideran que la sentencia condenatoria definitiva es provisional al poder ser revocada por vía de recurso, y por tanto, no destruye la presunción de inocencia. Por lo anterior, como especifica el Considerando 12 de la Directiva 2016/343, el citado derecho no es aplicable a las acciones o recursos frente a la sentencia firme, citando expresamente, los recursos ante el TEDH. Tampoco en nuestro sistema procesal se aplicaría al recurso de amparo, el incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de anulación o el recurso de revisión.

Como indica PICÓ Y JUNOY¹⁴, esta vertiente del derecho opera en situaciones extraprocesales, por tanto, anteriores a la fase de juicio.

Además, como señala MARTÍN DIZ¹⁵ es un derecho fundamental expansivo, y *erga omnes*, lo que quiere decir que “todos los sujetos jurídicos y no jurídicos, han de respetar la presunción. Sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Medios de comunicación social, incluidos”.

La otra vertiente del principio opera como una regla de juicio en la fase de juicio oral (por tanto, en situaciones procesales), y constituye una presunción *sui generis*¹⁶, que parte de la inocencia del acusado, frente a la que cabe prueba en contrario (*iuris tantum*), de manera que solo se podrá condenar a alguien si el tribunal juzgador considera motivadamente en la sentencia que existe prueba de cargo realizada con todas las garantías en un juicio penal que la desvirtúe, sin ningún género de dudas, desplegando sus efectos en el momento de valoración de la prueba.

¹¹ El artículo 2 Directiva 2016/343, habla de sospechoso y acusado, pero con la nueva terminología adoptada por la LECr, tras las últimas reformas en nuestro ordenamiento serían respectivamente investigado y encausado.

¹² El artículo 2 Directiva 2016/343, habla de sospechoso y acusado, pero con la nueva terminología adoptada por la LECr, tras las últimas reformas en nuestro ordenamiento serían respectivamente investigado y encausado.

¹³ En este sentido, MASCAREL NAVARRO, M^a J., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en Justicia, 1987, n^o 3, p. 630

CUERDA RIEZU A. “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas ...” En Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1999, Tomo III, p. 2698

¹⁴ PICÓ Y JUNOY, J *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 155.

¹⁵ MARTÍN DIZ F. “Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género” *Ius et Praxis* vol.24 N^o 3 Talca dic. 2018, p. 26

¹⁶ Como indica DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I., es necesario aclarar que no es una presunción propiamente dicha, sino que puede afirmarse que se trata de una norma reguladora de la sentencia penal «Artículo 24: tutela judicial efectiva». En: Alzaga Villaamil, Óscar. Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo III. Madrid: Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p. 112.

Las dos facetas de este principio impregnan todo el proceso penal en sus distintas instancias, hasta la firmeza de la sentencia, de modo que como indica NIEBA FENOL¹⁷, “orientan al juez durante todo el proceso penal, evitando que desde principio a fin le influya el prejuicio social de culpabilidad”.

La presunción de inocencia se aplica solo a la parte pasiva del proceso (artículo 11,1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), en cuanto esta persona se ha visto sometida a un proceso por su posible participación en un hecho delictivo, e implica que debe ser considerada inocente, hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley, y por lo tanto, después de un proceso justo (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)¹⁸.

Respecto a la parte pasiva del proceso, la Directiva 2016/343, solo es aplicable a las personas físicas, sin perjuicio (como indica su Considerando 14) de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia.

En nuestro ordenamiento interno, al reconocer nuestro Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su artículo 31 , consideramos, siguiendo en este punto a ECHARRI CASI¹⁹, que es necesario extender el derecho a la presunción de inocencia no solo como regla de tratamiento procesal, sino también como regla de juicio, a todas las personas jurídicas que no aparecen como excluidas en el artículo 31.5 del Código penal.

El motivo de la existencia de este derecho es el desequilibrio entre la parte activa y pasiva en el proceso penal como consecuencia del prejuicio social de culpabilidad²⁰, que se compensa dotando a la parte pasiva con las garantías que incorpora este derecho como regla de juicio, y como regla de tratamiento

¹⁷ NIEBA FENOL J. *La duda en el proceso penal*, Barcelona 2013, pp. 89 y ss.

¹⁸ Vid. en este sentido, entre otras muchas, STS 1535/2019), STS 251/2019 de 17/05/2019; Igualmente ST 288/2019, de 30/05/2019

¹⁹ ECHARRI CASI, F.J.. “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”. *Diario La Ley*, núm. 7632 (2011).

²⁰ Sobre la justificación sociológica, psicológica y organizativo-procesal del prejuicio Vid. NIEBA FENOL J. “La razón de ser de la presunción de inocencia “, In Dret, Barcelona, 2016, pp.6-9

Por tanto, este derecho fundamental no se extiende a la parte acusadora frente a una sentencia absolutoria o desfavorable a la pretensión de la acusación²¹. Esta extensión, supondría una verdadera alteración funcional de su dimensión constitucional.²²

Tampoco se extiende este derecho fundamental a la responsabilidad civil derivada del delito, pues como indica la jurisprudencia constitucional²³ la presunción de inocencia es aplicable estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito penal, y por ello, no es aplicable a la citada responsabilidad derivada de un ilícito civil (art. 1.089 CC).

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO

2.1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento en la Directiva 2016/343

Esta perspectiva de la presunción de inocencia es aplicable a todo el procedimiento para exigir a las autoridades estatales que den al investigado, o encausado, un tratamiento de inocencia, ajustado a su situación jurídica de no haber sido declarado culpable por sentencia firme.

Esta vertiente del derecho permite establecer, a nivel procesal, como indica MARTIN DIZ²⁴, el mismo rango de importancia a la función de averiguar los hechos punibles (su existencia y tipicidad) y sus presuntos responsables, como a proteger la presunta inocencia de la parte pasiva del proceso desde su inicio hasta que exista una sentencia firme de condena en su contra.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en varias resoluciones²⁵ esta vertiente de la presunción de inocencia²⁶.

²¹ Como indica el Tribunal Constitucional, no existe "un derecho a la presunción de inocencia invertido de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006, de 8 de mayo, F. 3)

²² Vid. en este sentido, STS 258/2019 de 22/05/2019. También STS 288/2019 de 30/05/2019

²³ En este sentido, STC 257/1993, de 20 de julio, en la que se señala que «la condena por responsabilidad civil no guarda relación directa con dicha presunción, ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del artículo 24 de la CE, ya que este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador», por eso no es extensible a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil artículo 1.089 CC (STC 59/1996, de 15 de abril).

²⁴ MARTIN DIZ, F. "Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género" *Ius et Praxis* vol.24 N° 3 Talca dic. 2018, p. 26

²⁵ Así por ejemplo: SSTEDH Krause v. Switzerland, 3-10-1978, *Allenet de Ribemont v. France*, 10-2-1995.

²⁶ Así por ejemplo: SSTEDH Krause v. Switzerland, 3-10-1978, *Allenet de Ribemont v. France*, 10-2-1995.

En nuestro Derecho interno, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 244/2007, de 10 de diciembre, siguiendo lo establecido por el TEDH, también ha reconocido este contenido extraprocesal de la presunción de inocencia, como «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos»

Ahora bien, El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, consideraba que esta vertiente de la presunción de inocencia «encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor».

Sin embargo, tras la Directiva 2016/343, de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, el derecho fundamental vulnerado, ya no es el derecho al honor, sino la presunción de inocencia²⁷. Este cambio de orientación jurisprudencial, ha tenido su reflejo en el voto particular del magistrado XIOL RIOS, en la STC 133/2018, 13 de Diciembre de 2018, quien considera que el derecho afectado, en el caso enjuiciado no era el derecho al honor, sino el derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal (artículo 24.2 CE), por lo que, entiende, debiera haber sido este derecho el utilizado como parámetro del control.²⁸, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la normativa de la Unión Europea.

La citada Directiva establece mínimos que deben ser transpuestos necesariamente al ordenamiento interno de cada país miembro, pero que pueden ser ampliados por la normativa interna. Ahora bien, en caso de ampliación, el grado de protección de esos derechos nunca debe ser inferior al previsto en la Carta o en el CEDH, según la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (considerando 48 Directiva).²⁹

Respecto al ámbito objetivo de aplicación de la directiva, hay que indicar que la presunción de inocencia se limita únicamente a los “procesos penales” (art. 2 Directiva). En consecuencia, su considerando 11º, excluye “los procedimientos civiles, administrativos, en particular a aquellos procedimientos administrativos que puedan dar

²⁷ Incluso antes de Directiva 2016/343, la STEDH de 28 de junio de 2011, *as. Lizaso Azconobieta c. España*, que condenó a España en el asunto enjuiciado por la STC 244/2007, consideró que el derecho vulnerado era la presunción de inocencia.

²⁸ El cambio de parámetro de control, hubiera llevado, como indica XIOL RIOS, a unas conclusiones distintas a las de la sentencia, proponiendo la estimación parcial del recurso de amparo.

²⁹ Sobre el contenido de la Directiva, vid. el análisis que hace VILLAMARÍN LOPEZ M.L. “La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, Julio 2017.

lugar a sanciones, como los procedimientos en materia de competencia, comercio, servicios financieros, infracciones de tráfico, tributos o recargos tributarios, ni a las investigaciones que las autoridades administrativas efectúen en relación con tales procedimientos”.

No obstante, el legislador europeo, para los delitos menos graves (por ejemplo, en delitos menores de tráfico), ha previsto en su artículo 7.6 una cláusula que permite a los Estados miembros salvar las exigencias derivadas del derecho a guardar silencio y no autoincriminarse permitiendo que todo el procedimiento o ciertas fases de éste “puedan desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes (...) siempre que se respete el derecho a un juicio justo”.

En concreto, la Directiva es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, y por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada, hasta que adquiera firmeza la resolución final. (art. 2 en relación al considerando 12 Directiva).

Esto quiere decir que no se extiende a quienes estén siendo interrogados ante las autoridades policiales, lo que es relevante respecto al derecho a la no autoinculpación, a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰ si lo reconoce, y también la Directiva 2013/48/UE , sobre derecho de asistencia letrada en el proceso penal y derecho de informar a terceros (Art. 2). Nuestro derecho interno también lo reconoce en el artículo 520 LECr.

Respecto al ámbito Subjetivo, la Directiva solo es aplicable a personas físicas (art. 2 Directiva), si bien reconoce su extensión a las personas jurídicas a través de otras vías, como el CEDH conforme está interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia (Considerando 14). Por tanto, como indica el Considerando 15 de la Directiva, la presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención futura de la Unión.

Por último, respecto al ámbito temporal, la Directiva 2016/343 entró en vigor el 29 de marzo de 2016, veinte días después de su publicación en el DOEU. Su artículo 14 señala que los Estados miembros quedan obligados a trasponer su contenido antes del 1 de abril de 2018.

³⁰ Por ejemplo, en Asunto *Salduz v. Turquía*, en el que se señala que “el Artículo 6 CEDH requiere, como regla general, que se facilite el acceso a un abogado desde el primer interrogatorio de un sospechoso por la policía” (Sentencia de 27 de noviembre de 2008, núm. 36391/02).

No obstante, si su contenido no es transpuesto en el plazo establecido, a partir de esta fecha, sus disposiciones tendrán efecto directo, como indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión³¹.

En relación al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, la Directiva UE 2016/343, incluye tres derechos: El derecho a que la información de las autoridades públicas sobre sospechosos o acusados, respeten la presunción de inocencia prohibiéndoles referirse a ellos como si fueran culpables. El segundo derecho complementario del anterior consiste en que los Estados miembros adopten medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física. Y, el último derecho se refiere al alcance de los anteriormente citados derechos: el derecho a la no autoinculpación, que incluye el derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo.

El primer derecho se refiere a que la información de las autoridades públicas sobre sospechosos o acusados, respeten la presunción de inocencia, prohibiéndoles referirse a ellos como si fueran culpables. Para garantizar la efectividad de este derecho, la Directiva exige a los Estados, articular un sistema de medidas adecuado para hacer frente a eventuales incumplimientos en armonía con lo previsto en el art. 10 (art. 4.2).

No obstante, hay que tener en cuenta, como indica el (Considerando 16), que el anterior derecho no impide los diversos actos o resoluciones preliminares de carácter procesal (v.gr. escrito de acusación), encaminadas a acreditar la culpabilidad del sospechoso, o las medidas cautelares, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable.

Tampoco afecta al anterior derecho, según el (Considerando 18) que se pueda “divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público”, que puede tener lugar, en particular, por motivos ligados a la investigación criminal cuando “se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal”; o cuando se hace por razones de seguridad si, por ejemplo, “se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el ministerio fiscal u otra autoridad

³¹ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (en particular, en los Asuntos *Kolpinguis* (C-80/86) y *Wallonie* (C-129-96)), los Estados tienen el deber de ajustarse a las directivas incluso antes de que éstas se incorporen al Derecho nacional, por lo que en este sentido se puede exigir a los Estados no sólo que adopten las medidas precisas para que se alcance el resultado buscado por la Directiva en el plazo previsto sino que además eviten tomar medidas que puedan comprometer seriamente los resultados que se pretenden. Y, en el mismo sentido, también los tribunales de los Estados miembros deberían tratar de abstenerse, en la medida de lo posible, de interpretar el derecho nacional de tal forma que pudiera comprometer seriamente, una vez que la Directiva se ha transpuesto, los objetivos que ésta persigue (en Asunto *Adeneler*, C-212/04).

competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público”.

Lo que es relevante en estos casos, teniendo en cuenta la jurisprudencia europea, como indica VILLAMARÍN³², es que se tenga cuidado no solo con el contenido de lo que se difunda sino con los términos empleados para referirse a los investigados o acusados, que eviten opiniones que lleven al público a pensar que son culpables y que predeterminen la fijación de los hechos por las autoridades judiciales.

Ahora bien esta exigencia solo afecta a las autoridades: jueces, policías, fiscales, aunque también puede incluir a miembros del Gobierno o de otros órganos o agencias estatales relacionadas con la investigación criminal. Por otro lado, la infracción solo se puede producir si la información se refiere a “cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal”, que incluye obviamente las resoluciones judiciales. Por tanto, como sujetos activos no se refiere a los medios de comunicación, pese a que hubiera sido conveniente tal extensión. “(conforme al Considerando 17).

Por último, hay que tener en cuenta que la Directiva no establece ninguna medida común ni en lo referente a las posibles restricciones a la información, ni tampoco regula unas consecuencias mínimas en caso de incumplimiento de este derecho, que podrían consistir en sanciones económicas, disciplinarias o incluso penales. Por tanto, serán las leyes de cada Estado miembro quienes las tengan que establecer. En nuestro país habrá que ver como se transpone esta Directiva en este punto.

El segundo derecho, complementario del anterior, es el derecho a que los Estados miembros adopten medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física. Estos medios pueden consistir en esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes. No obstante, se podrán utilizar cuando sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas (artículo 5 y Considerando 20).

Además el Considerando 21 de la Directiva establece, también con el fin de evitar que los acusados parezcan culpables, que las autoridades competentes eviten siempre que

³² VILLAMARÍN LÓPEZ M.L. “ La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” , ob. cit. p. 15

sea posible, presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión³³

La Directiva no establece que sistemas de control se tienen que utilizar para garantizar el cumplimiento de este derecho, sobre todo al no exigir ningún tipo de decisión formal sobre el uso de tales medios por las autoridades competentes, cuando sean necesarios medios en los casos anteriormente citados (Considerando 20), por lo que será necesario que los Estados al transponer esta Directiva establezcan estos mecanismos. Tampoco se establecen las consecuencias de la vulneración de este derecho. Por tanto, también habrá que esperar al desarrollo de esta normativa en España.

Este derecho, como indica ARANGÜENA FANEGO³⁴ está claramente influenciada por la jurisprudencia del TEDH³⁵ en relación al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y los «tratos inhumanos o degradantes»

Por último la Directiva prevé un derecho que es consecuencia de los anteriores: el derecho a la no autoinculpación, que incluye a su vez dos derechos relacionados entre sí: derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (Art. 7 Directiva y los Considerandos 25 a 32, 44 y 45)³⁶.

Este Derecho, no es la primera vez que se reconoce en las normas europeas, puesto que ya la Directiva 2012/13, sobre derecho a la información en los procesos penales, recogía en su Art. 3 el derecho de toda persona sujeta a un proceso penal a permanecer en silencio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷, ha entendido que debido a las reglas de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de inocencia, la parte acusadora es quien tiene que probar la culpabilidad del acusado sin poder emplear

³³ Como indica VILLAMARÍN LÓPEZ M.L. ““ hay más aspectos que no implican uso de la coerción física que pueden poner en peligro la presunción de inocencia (por ejemplo, el tiempo y lugar de la detención), por lo que consideramos que podría haberse precisado algo más la regulación en este punto, al menos con una disposición general al modo del Art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que prevé que se ejecute la medida de arresto en la “forma que menos perjudique al detenido o preso, en su persona, su reputación y patrimonio”. . “La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Julio 2017 p. 21

³⁴ ARANGÜENA FANEGO C. “Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales”, Diario La Ley 2402/2017

³⁵ (SsTEDH de 27 de enero de 2009, caso Ramishvill y Kokhreizze c. Georgia, y 31 de mayo de 2011, caso Khodorkovskiy c. Rusia).

³⁶ Vid. el análisis sobre estos tres contenidos realizado por VILLAMARÍN LOPEZ M.L. “La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Julio 2017 pp.13-26

³⁷ Asunto *Funke v. Francia*, de 25 de febrero de 1993, núm. 10828/84, Asunto *Murray v. Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, núm. 18731, y Asunto *Saunders v. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996, núm. 19187/91.

medios coercitivos, por ello, la persona a quien se le impute un delito puede desde el primer momento mantenerse en silencio y no declarar contra sí mismo para evitar su propia incriminación. Considera que estos derechos forman parte del derecho a un juicio justo.

El citado Tribunal en el caso Murray y posteriormente en el caso Saunders³⁸ ha precisado que, estos derechos no son absolutos, ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

Considera el TEDH, que el Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque se ha escogido a guardar silencio. Ahora bien, en los casos en que la prueba existente en contra del acusado le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha seguido esta doctrina³⁹.

Como consecuencia de ella, el silencio no puede generar nunca una condena al acusado, porque no constituye ningún indicio de culpabilidad. La acusación tiene la carga de probar el delito y la participación en él del acusado. Por tanto, el silencio del acusado no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

Ahora bien, si existiendo pruebas de cargo, el acusado no contesta o no da explicaciones suficientes autoexculpatorias, el silencio puede ser considerado como corroboración de su culpabilidad, lo que tiene especial transcendencia por ejemplo en la prueba por indicios, cuando hay suficiente prueba indiciaria de cargo y el silencio del acusado no haya aportado otra explicación lógica que se pudiera deducir de los hechos probados por indicios. En este caso, la omisión de declarar equivale a que no hay explicación posible, y por tanto corrobora la prueba de cargo aportada por la parte acusadora⁴⁰.

³⁸ *Asunto Murray v. Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, núm. 18731, y *Asunto Saunders v. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996, núm. 19187/91.

³⁹ SSTC202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio, en las que se indica que “ Ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria “

⁴⁰ En este sentido, ST APV 594/2019 , de 06/06/2019.

Pues bien, la Directiva 2016/343, considera estos derechos como absolutos (art. 7.5), de modo que su ejercicio no está sometido a condición alguna y no pueden extraerse consecuencias negativas de tal ejercicio. Sin embargo, el Considerando 28, permite mantener la interpretación que en algunos países (como el nuestro) se viene haciendo del derecho a la no autoinculpación puesto que, después de proclamar el derecho al silencio establece que “ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa”. Así, tal y como entiende FAIR TRIALS⁴¹, esto implica que la prohibición del art. 7.5 no impide que los jueces valoren el silencio para evaluar otra prueba o al dictar sentencia si respetan los derechos de defensa. Por tanto, habrá que esperar a la transposición a nuestro Derecho para ver si efectivamente se considera como un derecho absoluto o sigue como hasta ahora.

Por otro lado, como indica la Directiva, cualquier coerción para obtener pruebas inculpatorias constituye una violación del derecho a guardar silencio. Sin embargo, como indica el art. 7.3 Directiva estos derechos no impedirán “a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados”⁴².

Respecto al deber de informar a los sospechosos y acusados de su derecho a no declarar, el Considerando 31 señala que «Los Estados miembros deben examinar la posibilidad de que, cuando los sospechosos o acusados reciben información sobre sus derechos con arreglo al art. 3 de la Directiva 2012/13/UE , se les proporcione igualmente información relativa al derecho a no declarar contra sí mismo, según se establezca en el Derecho nacional de conformidad con la presente Directiva». Idéntica referencia se hace respecto a la información del derecho a no declarar contra sí mismo. En nuestro ordenamiento interno ya está previsto en el artículo 520 LECr.

Ahora bien, el art. 7.6 de la Directiva establece que el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo «no debe limitar la facultad de los Estados miembros de disponer que, para infracciones leves como las de tráfico de menor gravedad, la tramitación del procedimiento, o de ciertas etapas de este, pueda tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las

⁴¹ FAIR TRIALS Y LEAPS (2017), *EU Directive on the Presumption of innocence: implementation toolkit*, ·2017, en https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/06/Presumption-of-Innocence-Toolkit_2.pdf. pp. 27 a 29.

⁴² Este apartado hace referencia, «a título de ejemplo, al material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN».

autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo».

La Directiva, para hacer eficaz el derecho a la no autoinculpación en caso de vulneración de estos derechos prevé que los Estados miembros establezcan “vías efectivas de recurso” (art. 10.1). También “sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales en materia de admisibilidad de la prueba, los Estados miembros garantizarán que se respeten el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismos” (artículo 10.2).

Por último, a pesar del derecho a la no autoincriminación, también los Estados miembros puedan permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados. La apreciación de la circunstancia de “comportamiento colaborador” a la hora de dictar sentencia es vaga e imprecisa, pues no existen Considerandos explicativos. En general la doctrina⁴³ considera que se puede tener en cuenta como atenuante, pero habrá que ver como se interpreta en los Derechos internos, cuando se haga la transposición.

2.2. La presunción de inocencia como regla de tratamiento procesal y la medida cautelar de prisión provisional

La presunción de inocencia como regla de tratamiento, exige considerar al investigado como inocente hasta que exista sentencia firme, por tanto sería incompatible esta vertiente del principio, con la adopción de medidas cautelares, en especial la prisión provisional, que implique una anticipación de la pena.

Por ello, como indica la STC 128/95, de 26 de julio , la prisión provisional “no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida, y con mayor razón, proscribire la utilización de prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.

En el mismo sentido, la STC 217/2001, de 29 de octubre , señala que la presunción de inocencia como regla de tratamiento del acusado, “no permite ni una prisión provisional con carácter retributivo, es decir, sin que existieran indicios racionales de criminalidad, ni tampoco que se haya impuesto como una pena anticipada”⁴⁴.

⁴³ En este sentido, GUERRERO PALOMARES S “¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?”, Ob.cit p. 180.

⁴⁴ En el mismo sentido, (SSTC 128/1995, de 26 de julio ; 37/1996, de 11 de marzo ; 67/1997, de 7 de abril ; y 156/1997, de 29 de septiembre)

Ahora bien, la prisión provisional, a pesar de su excepcionalidad, es un medio imprescindible para posibilitar la administración de justicia penal siempre que se ajuste a los fines constitucionalmente legítimos reconocidos por la jurisprudencia: la evitación del riesgo de fuga; obstrucción del normal desarrollo del proceso; o de reiteración delictiva⁴⁵. Por tanto, la prisión provisional puede ser imprescindible para la consecución de los fines legítimos para los que está prevista y que son constitucionales⁴⁶.

Precisamente por su finalidad la prisión provisional no infringe el artículo 24.2 de la CE, siempre que la medida responda a la consecución de alguno de esos fines constitucionalmente legítimos, y se cumplan los requisitos del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento⁴⁷. Además es necesario, que la prisión provisional (así como el resto de las medidas cautelares) tanto para su adopción, como en su mantenimiento, sea considerada como una medida excepcional, subsidiaria, provisional, y proporcionada a la consecución de dichos fines.

Para acordar la prisión provisional, el juez o tribunal, ha de tener en cuenta en la motivación del auto, las características y gravedad del delito imputado y de la pena, así como las circunstancias concretas del caso, y las personales del imputado⁴⁸.

Sin embargo, para mantener la medida de prisión provisional, como indica la AP de Valencia⁴⁹, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 128/1995, FJ 4.b), 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a), 62/1996, de 16 de abril, FJ 5, y 33/1999), hay que introducir una matización en los anteriormente citados criterios, y valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, ponderando los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores a su adopción.

La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, no ha fijado unas reglas comunes para la adopción de las medidas cautelares, y en especial, para la prisión provisional en conexión con la presunción de inocencia⁵⁰, sin embargo se refiere a ella indirectamente en el considerando 16 en relación al artículo 4. De estos preceptos se deduce que conforme a

⁴⁵ En este sentido, AAP C 523/2019, de 03/06/2019

⁴⁶ Como indica la Sentencia del TC 128/1995, de 26 de julio, la institución de la prisión provisional, se sitúa por un lado, ante el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y por otro, ante el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano.

⁴⁷ AAPV 611/2019, de 06/06/2019

⁴⁸ AAPV 576/2019, de 30/05/2019

⁴⁹ AAPV 576/2019, de 30/05/2019

⁵⁰ Lo que hubiera sido importante debido al elevado número de prisiones provisionales en la Unión. Al respecto Vid. VILLAMARÍN LOPEZ M.L "La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio", In Dret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio 2017, p. 17-18

la citada Directiva, se vulneraría la presunción de inocencia si las resoluciones relativas a la prisión preventiva, se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Por otro lado, indica la directiva que “antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas.”

Por tanto, la presunción de inocencia como norma de tratamiento, no es incompatible, con la adopción de medidas cautelares, pues tanto la Directiva 2016/343, como nuestra jurisprudencia constitucional, la reconocen siempre que se den los siguientes requisitos:

- Que el auto que la acuerde, no se refiera al sospechoso o acusado como culpable.
- Que el órgano judicial para acordar esta medida cautelar se base en suficientes indicios de criminalidad frente al investigado, encausado, o acusado, como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, de las que se deduzca no solo la comisión del hecho sino su participación en él., y por tanto, no tenga carácter retributivo
- Que el auto no esté notoriamente infundado por carecer de base fáctica o indicios racionales de criminalidad o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios.
- Cuando la medida cautelar implique una pena anticipada.
- Cuando se extralimite la prisión provisional de sus fines constitucionales y de los requisitos del artículo 503 , y se utilice con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales, como indica el Tribunal Constitucional.

Coincidimos con SUBIJANA ZUNZUNEGUI ⁵¹ , que la previsión legal de que la prisión provisional pueda extenderse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia recurrida (artículo 504.2 in fine LECrim), podría vulnerar la presunción de inocencia como regla de tratamiento como no culpable.

2.3. La indemnizabilidad de la prisión preventiva del absuelto por in dubio pro reo

⁵¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI J.I. “ El sistema español de garantías a la luz de las Directivas y Jurisprudencia europeas “ 2017, p.9
www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_4248_3.pdf

Como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, cuando una sentencia o un auto de sobreseimiento libre declara la absolución del acusado, esa decisión debe ser respetada en procesos posteriores para pedir una indemnización por haber estado en prisión provisional, con independencia de las razones de fondo de la absolución, porque una distinción de los tipos de absolución, permitiría la duda sobre la inocencia.

La Directiva 2016/343, se limita al proceso penal, sin embargo, en este punto es aplicable el contenido del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que como regla de tratamiento, se extiende a procesos posteriores a la absolución o archivo en los que se resuelven cuestiones que son un corolario y un complemento de los procesos penales, entre los que el Tribunal Europeo sitúa la vía procedimental del art. 294 LOPJ para reclamar al Estado una indemnización por la prisión provisional sufrida no seguida de condena⁵².

Nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del TEDH contra España en esta materia⁵³, en sus sentencias STC 8/2017, de 19 de enero (FJ. 5)⁵⁴; STC 10/2017, de 30 de enero (FJ 4⁵⁵), ha reconocido que una de las garantías del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento consiste en no denegar la indemnización por prisión provisional seguida de una absolución o sobreseimiento con un argumento referido a las razones de fondo de la absolución, distinguiendo entre la absolución por aplicación del *in dubio pro reo* y la *inexistencia del hecho delictivo*, porque esta distinción establece diferencias entre los sujetos absueltos, dejando dudas sobre su inocencia, incompatibles con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24.2 CE, y que se proyecta sobre ese procedimiento.

Tomando como antecedentes las anteriores sentencias, se ha dictado la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio de 2019, como

⁵² SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 50; 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.

⁵³ SSTEDH de 26 de abril de 2006, as. *Puig Panella c. España*; de 13 de julio de 2010, as. *Tendam c. España*; y de 16 de febrero de 2016, as. *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*.

⁵⁴ Como se destacó en la STC 8/2017, “para decidir sobre si concurre o no responsabilidad de la administración de Justicia por prisión provisional no seguida de condena no podrán utilizarse argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia, “entendiendo que viola este derecho cualquier razonamiento que ponga en duda la inocencia del demandante, como el afirmar que la razón de la absolución deriva de la aplicación de los principios del proceso penal (presunción de inocencia) y no de la inexistencia del hecho delictivo”

⁵⁵ En el mismo sentido, la STC 10/2017, FJ 4, al sostener que, “cuando las resoluciones deniegan la indemnización porque se absuelve debido a la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable, dichas resoluciones suscitan dudas sobre la inocencia del denunciante, de modo que se menosprecia el derecho del actor a la presunción de inocencia”.

consecuencia del planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad 4314-2018, plantada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación al artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por infracción del derecho a la igualdad y presunción de inocencia, que ha anulado los incisos del precepto legal que regulan la indemnización a quienes hayan sufrido prisión provisional, limitándola a los supuestos de inexistencia del hecho imputado o sobreseimiento libre.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional concreta que “la finalidad de esta dimensión opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, al evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreseídos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra (por todas, STEDH -Gran Sala- de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, § 94)”.

En consonancia con las anteriormente citadas SSTC 8/2017 y 10/2017, el Tribunal Constitucional en esta sentencia considera que “no es compatible con el art. 24.2 CE denegar la indemnización argumentando que el entonces preso provisional fue absuelto por falta de pruebas o por aplicación del principio *in dubio pro reo*, por más que ello sirva al tiempo para sostener que no concurre el requisito legal del art. 294 LOPJ de inexistencia del hecho imputado.”

Basándose en la anterior doctrina, se anula “los incisos del art. 294 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» que reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisionalen tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, que establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del artículo 24.2 CE”.

2.4. Presunción de inocencia como regla de tratamiento que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos

Forma parte también del derecho a la presunción de inocencia el derecho a ser condenado únicamente cuando se hayan respetado las garantías del juicio justo. Entre esas garantías está el respeto por los instrumentos procesales que tienen por finalidad filtrar la solidez de las imputaciones y las acusaciones.

La presunción de inocencia no sólo constituye el reconocimiento del derecho del individuo a no ser investigado primero, y condenado después, por hechos no cometidos por él, sino que también fundamenta el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que

quedaría desvirtuada si el proceso penal permitiera o facilitara la condena de un inocente⁵⁶

Por este motivo, en la configuración de los procesos penales, el legislador incluye varios filtros de solidez de la imputación y de las acusaciones para evitar, en primer lugar el sometimiento de una persona al proceso y después a un juicio, cuando la presunción de inocencia no ha quedado desvirtuada con una razonada sospecha de culpabilidad.

En consonancia con lo anterior, el proceso penal incluye varios controles de la solidez y sostenibilidad de la imputación y de las acusaciones. Los filtros previos a la celebración del juicio tienen por finalidad evitar que quien es titular del derecho a la presunción de inocencia, se vea sometido al proceso penal y a un juicio público por denuncias espúreas, por acusaciones infundadas o, incluso, por acusaciones no sostenibles. Además, garantizan que sólo es sometido a enjuiciamiento aquellos hechos que el Juez de Instrucción considera fundadamente punibles y que sólo pueden ser sometidos a enjuiciamiento quienes, tras la fase de instrucción, aparecen fundadamente sospechosos de la comisión de los hechos aparentemente punibles⁵⁷.

En este sentido, el Considerando nº 16 de la Directiva 2016/343, en relación con su artículo 4 , de manera indirecta se refiere a estos controles procesales, al indicar que cuando se dicten resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales, que se basen en sospechas o pruebas de cargo, solo se vulnerará esta garantía si contienen referencias al sospechoso o acusado como culpable”. Por otro lado, indica que “antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal,” la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas.”

Por tanto, de la Directiva Europea 2016/343, se deduce que la presunción de inocencia desde esta vertiente, no es incompatible con las resoluciones procesales que tienen como finalidad filtrar o controlar la imputación o acusación, siempre que el órgano judicial en estas resoluciones no se refiera a los investigados, encausados o acusados como culpables, y que compruebe previamente que existen suficientes indicios de criminalidad a través de las diligencias de investigación practicadas o aportadas, que justifiquen la resolución procesal que puede hacer referencia a ellas.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta, que para el Tribunal Constitucional (STC 135/1989) también vulnera la presunción de inocencia como regla de tratamiento, la

⁵⁶ En este sentido, AAP V 662/2019 , de 20/06/2019

⁵⁷ Vid , en este sentido, AAP V 549/2019, de 28/05/2019

falta notoria de motivación de las resoluciones que constituyen esos controles o filtros de la solidez y sostenibilidad de la imputación y de las acusaciones, “por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios” (STC 135/1989, respecto a un auto de procesamiento en el juicio ordinario).

Por tanto, se vulneraría la presunción de inocencia como regla de tratamiento, en cuanto a status de libertad, cuando las resoluciones procesales de control de la solidez y sostenibilidad de la imputación y acusación, hagan una referencia al investigado, encausado o acusado como culpable. También cuando falten indicios suficientes de la comisión del hecho y su atribución al autor, y por último, cuando exista una falta de motivación (por no explicitar la base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios).

Por orden cronológico, el primer control de sostenibilidad de la imputación es el que realiza el Juez de instrucción al decidir si los hechos incluidos en la querella, denuncia, atestado, etc, constituyen o no delito y, en consecuencia, procede o no incoar un procedimiento penal⁵⁸

Otro control es la decisión de citar como investigada a una persona concreta en el juicio abreviado (art. 775 LECr), otros filtros relevantes son: el auto de transformación en el procedimiento abreviado (del art. 779.1.4^a), el auto de procesamiento (en el juicio ordinario) art 384 LECr.), el auto de conclusión del sumario en el juicio ordinario (art. 622 LECr); el auto de sobreseimiento libre (637 LECr) o provisional (641 LECr); el auto de apertura de juicio oral tanto en el juicio ordinario (632 LECr), como en el juicio abreviado. (art. 783 LECr).

En el juicio abreviado uno de estos controles es el auto de transformación, que se dictará por el juez instructor cuando considere indiciariamente acreditado un hecho en instrucción, que puede tener un encaje típico, entre los delitos del artículo 757 LECr., atribuible al encausado. Por tanto, se dictará esta resolución por el juez de instrucción, cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos en los artículos 637.1, 641.1 y 637.2, todos ellos LECr⁵⁹.

⁵⁸ Al respecto, hay que tener en cuenta, que a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan con la querella, cuando no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo, aunque la ley no lo dispone de forma expresa, la jurisprudencia menor, ha entendido que una interpretación de la norma con sentido común, lleva a no considerar justificada la iniciación de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querella, que pueda ser considerado accesible y racional. En este sentido, AAP V 527/2019, de 20/05/2019

⁵⁹ No obstante, el juez de instrucción, tiene posteriormente, la facultad de impedir la apertura de un juicio insostenible una vez que analice el juicio de probabilidad de certeza de la acusación, cuando las partes en el plazo común de diez días, han solicitado la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación, si estima que el hecho no es constitutivo de delito, acordando el

El auto de transformación a procedimiento abreviado, no vulnera el principio de presunción de inocencia⁶⁰, por el hecho de constituir una resolución que atribuye a una persona un determinado status como parte procesal, contra la que se podrán dirigir el denominado "juicio de acusación" por las partes acusadoras, ejercitando en el plazo de 10 días la acusación.

Sin embargo, podría ser contrario a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento siempre y cuando no se den los requisitos a los que hemos hecho referencia anteriormente, y que en concreto para este auto de transformación serían los siguientes⁶¹:

1.- La presencia de unos hechos o datos básicos extraídos de las diligencias previas practicadas, que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta criminal de las que se pueden conocer en este procedimiento abreviado, conforme al art. 779 LECr.

2.- Que esos hechos sirvan racionalmente de motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona contra la que se dirige el auto.

3.- La motivación explícita del juez instructor. El auto de transformación está suficientemente motivado cuando contiene una descripción detallada de los hechos punibles objeto de imputación y que atribuyen el hecho delictivo al encausado como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, pero no necesita la tipificación de los hechos, que corresponde a las

sobreseimiento libre (art. 637.2 LECr), o si considera que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento provisional (641.2 LECr).

De lo anterior, se deduce que en el procedimiento abreviado, para entrar en el acto del juicio oral no basta con una parte legitimada dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2), sin que también es necesario, que el juez de instrucción considere "razonable" esa acusación, lo que en el procedimiento abreviado se lleva a cabo, eventualmente, en un doble momento: al elegir por alguna de las opciones legales en el trámite del art. 779; o, en su caso, una vez que las acusaciones han exteriorizado su pretensión, al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.1).

En los dos momentos procesales, el canon de "suficiencia" de los indicios es el mismo. Solo procede la apertura del juicio oral si "está justificada de forma suficiente" la comisión del delito y la participación del acusado en él.

Con el auto de transformación, las partes personadas, incluyendo el encausado, conoce cuál será el límite de la posible acción penal, que en su caso, se esgrima contra él. Ahora bien, es posible que posteriormente no se concrete en su contra ninguna acción penal por las partes acusadoras o que soliciten el sobreseimiento o el archivo. También es posible, como hemos indicado anteriormente, que tras los escritos de acusación solicitando la apertura del juicio oral, el juez de instrucción pueda acordar el sobreseimiento libre o provisional (art. 783.1 LECr).

⁶⁰ En este sentido, AAP V: 671/2019, de 18/06/2019

⁶¹ En este sentido, AAP V 551/2019, de 29/05/2019; AAP V 548/2019, de 31/05/2019 ; AAPV 551/2019, de 29/05/2019; AAP V 548/2019, de 31/05/2019; AAP V 565/2019, de 28/05/2019

acusaciones⁶².

Si faltan estos requisitos, como consecuencia del principio de presunción de inocencia, como regla de tratamiento procesal, en cuanto estándar de libertad, el juez de instrucción debe acordar la resolución de de crisis anticipada que proceda, ya sea el sobreseimiento libre, por falta de tipicidad de los hechos justiciables, ya sea el sobreseimiento provisional por debilidad indiciaria, objetiva o subjetiva. De no ser así, se estaría vulnerando esta vertiente de la presunción de inocencia, y también cuando en esta resolución se considere al encausado como culpable.

Sin embargo, con las anteriores infracciones no se vulneraría la presunción de inocencia como regla de juicio, porque el auto de conclusión de las diligencias previas, realiza un juicio de probabilidad sobre la base de los indicios que descartan el sobreseimiento libre o provisional, pero en ningún caso se basa en pruebas de cargo que aporten certeza, puesto que éstas solo tienen lugar ante el órgano de enjuiciamiento y con todas las garantías.

Por tanto, cuando se alega por vía de recurso de apelación la revocación del auto de transformación⁶³ y el sobreseimiento de las actuaciones por vulneración del principio de presunción de inocencia como regla de juicio, al no existir más que meras sospechas, consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, pero no prueba de cargo, realmente se estaría pretendiendo adelantar a una fase anterior, esta otra vertiente del derecho a la presunción de inocencia, que no despliega sus efectos hasta la fase de juicio⁶⁴, y se desestimaría el motivo como analizaremos en el apartado III. De este trabajo.

III. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO

La presunción de inocencia, como regla de juicio, solo se puede desvirtuar si se cumplen los siete derechos fundamentales que la integran. Por tanto, el incumplimiento de cualquiera de ellos debe llevar a la sentencia absolutoria⁶⁵.

- Derecho del acusado a no probar la inocencia, pues ésta se presume, siendo la acusación quien pruebe los hechos constitutivos de delito y la participación del acusado en el hecho.

⁶² En este sentido, AAP V 667/2019, de 20/06/2019

⁶³ En este sentido, AAP V 600/2019, de 03/06/2019

⁶⁴ En este sentido, entre otros, AAP V 521/2019, de 12/06/2019; AAP V 601/2019, de 03/06/2019

⁶⁵ Vid. en este sentido, entre otras muchas, STS 760/2018, de 28/05/2019; STS 257/2019, de 22/05/2019; SAP A 284/2019, de 30/04/2019.

- Derecho a prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito y a la participación en el delito del acusado.
- Derecho a una prueba lícita
- Derecho a una prueba legalmente practicada.
- Derecho a que se exprese motivadamente en la sentencia el proceso valorativo de toda la prueba practicada y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia.
- Derecho a una prueba racionalmente valorada.
- Proscripción de la prueba dudosa para condenar: *in dubio pro reo*.

La presunción de inocencia como regla de juicio, ha de ser tutelada por todos los jueces y tribunales, tanto en la instancia, como a través de los recursos de apelación y casación, y goza además de la protección extraordinaria del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, salvo para el *in dubio pro reo*.

3.1. Presunción de inocencia y carga de la prueba formal y material en el proceso penal

El término “carga de la prueba” como indica BANACLOCHE PALAO⁶⁶, tienen una doble dimensión: la *carga de la prueba formal*, que se dirige a las partes, para que conozcan de antemano qué hechos corresponde probar a cada una (y cuales a la parte contraria); y la *carga de la prueba material*, que proporciona al tribunal, los criterios que habrá de utilizar para condenar o absolver, al no considerar probado un hecho a pesar de la prueba practicada.

En el proceso penal corresponde la carga de la prueba formal a las partes acusadoras (Ministerio Fiscal, Acusación Particular y Acusación Popular), quienes tienen que probar los hechos constitutivos del delito y las agravantes así como la participación del acusado en ellos, y el acusado debe probar únicamente aquellos hechos que introduce en su defensa y que le pueden beneficiar (eximentes y atenuantes⁶⁷), además puede probar los contraindicios, es decir, hechos que contradigan la hipótesis acusatoria formulada por la acusación.⁶⁸

⁶⁶ BANACLOCHE PALAO J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, La Ley, 2016 pp. 309-310.

⁶⁷ En este sentido, SAP Z 212/2019, de 29/05/2019; STS 1474/1998, de 25 de noviembre; STS 139/2012, de 2 de marzo.

⁶⁸ En este sentido, SAP V 250/2019, de 22/05/2019.

Por tanto, los hechos impositivos, las eximentes o las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal requieren de una acreditación plena, correspondiendo la carga de su prueba a la parte que esgrime su concurrencia⁶⁹. De no ser así, se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos constitutivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el Código Penal⁷⁰.

Como reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷¹ “las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal”. En definitiva para los hechos impositivos, las eximentes o atenuantes no rige la presunción de inocencia, ni el principio “*in dubio pro reo*”⁷².

El Tribunal Constitucional, ha establecido en reiteradas sentencias⁷³ que uno de los contenidos de la presunción de inocencia es desplazar la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos del ilícito a la acusación, prohibiendo que sea exigible a la defensa una prueba diabólica de los hechos negativos⁷⁴. Como consecuencia de lo anterior, la carga de la prueba material obliga al órgano de enjuiciamiento a absolver al acusado ante la insuficiencia o deficiencia de la prueba practicada⁷⁵.

Por tanto, el acusado no tiene que realizar un comportamiento activo para justificar su inocencia y evitar una sentencia de condena, pues la carga de la prueba de su culpabilidad se atribuye a las partes acusadoras⁷⁶, a través de verdaderas pruebas (sin que se hayan obtenido por coacción, fuerza o ilegalidad), practicadas en juicio oral, con las debidas garantías procesales, es decir con contradicción, publicidad e inmediación, para que puedan considerarse racionalmente de cargo, y de las que surja la certeza,

⁶⁹ En este sentido, STS 197/2017, de 24 de marzo (FJ 3); SAP V 275/2019, de 03/06/2019

⁷⁰ En este sentido, STS 197/2017, de 24 de marzo (FJ 3)

⁷¹ Entre otras STS 467/2015, de 20 de julio, FJ 2.

⁷² Entre otras S AP V 302/2019, de 14/06/2019.

⁷³ Así, STC 209/1999, de 29 de noviembre, FJ 2 ; STC 78/1994, de 14 de marzo, FJ 3; o STC 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3.

⁷⁴ Vid. en este sentido también STS 817/2017, de 13/12/2017, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, en la STC. 123/2006 de 24 de abril.

⁷⁵ En este sentido, Vid. STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2); STC 76/1990, de 26 de abril.

⁷⁶ Ahora bien, en el proceso penal dentro de las partes acusadoras, está el Ministerio Fiscal, que actúa por el principio de legalidad y objetividad, por lo que su carga es ambivalente, puesto que debe probar tanto la culpabilidad como en su caso, la inocencia.

tanto de un hecho punible como la participación del acusado en ellos, y por ende su culpabilidad⁷⁷.

Además, el acusado tiene derecho a la no autoinculpación, por tanto, tiene derecho a guardar silencio, y a no declarar contra sí mismo, sin que esto se pueda entender en ningún caso como indicio de culpabilidad. En este sentido, la Directiva 2016/343, lo considera como un derecho absoluto, a diferencia de lo que se mantuvo en alguna sentencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁸.

Ahora bien, en el proceso penal, además de las partes acusadoras, también el juez puede practicar prueba de oficio, tanto de cargo como de descargo, si la propuesta por las partes resulta insuficiente para alcanzar la verdad (artículo 729.2 LECr), no obstante para evitar que quede lesionada la imparcialidad del juzgador, la prueba de oficio tiene que tener un fin aclaratorio o complementario de la propuesta por aquellas.

Por otro lado también es posible la condena, a través de las presunciones de hecho o de derecho, que serán “*iuris tantum*”, respetando el derecho de defensa (Directiva 2016/343 artículos 6 y Considerando 22).

Respecto a la carga de la prueba material, el artículo 6.2 de la Directiva establece que “los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto”. Por tanto, cualquier duda sobre la culpabilidad, debe beneficiar al acusado, que debe ser absuelto, sea cual fuere el sistema de prueba utilizado de los anteriormente mencionados (partes acusadoras, presunciones, de oficio).

El artículo 6 y el Considerando 22 de la citada Directiva, reconocen las presunciones de hecho y de derecho en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exige que sean “ proporcionadas y razonables, que sean rebatibles, y se respete el derecho de defensa”⁷⁹.

⁷⁷ Vid. en este sentido, STS 817/2017, de 13 de diciembre, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional ,en la STC. 123/2006 de 24 de abril.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996, en el asunto *Murray vs. UK*, que consideraba que el tribunal podía extraer conclusiones desfavorables en caso de silencio del encausado sin que tampoco de esa conducta se pueda concluir, en el otro extremo, que sea culpable por el mero hecho de guardar silencio, sino en aquellos casos en que “*a la vista de otras pruebas contra él, exijan una explicación por su parte, que esté en condiciones de dar y no ofrezca*”.

⁷⁹ En este sentido, Como indica VILLAMARÍN LÓPEZ M^a. L., “ Muchos de los Estados Miembros permiten estos supuestos, en especial en materia de delitos de tráfico, delitos relativos al medio ambiente, delitos económicos o delitos relacionados con el tráfico de drogas. Así, por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales se establece que si se comete un delito con un vehículo a motor y no se identifica al autor de la infracción, se presume que el responsable es el propietario del coche, salvo que luego se pruebe que no fue así,”, lo que a juicio de la doctrina podría dar lugar a una alteración de la carga de la prueba, vulnerando esta garantía. “ La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” ob. cit.. pp. 25-26 ,

3.2. Derecho a prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito y a la participación en el delito del acusado

Uno de los contenidos del derecho a la presunción de inocencia es el derecho a prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito y a la participación en el delito del acusado.

Según la doctrina constitucional emanada de la STC 340/2006 , el derecho a la presunción de inocencia abarca tanto el elemento objetivo como subjetivo del ilícito penal, así como la participación en el delito del acusado.

Este derecho exige que haya una prueba en sentido material (prueba personal o real de las previstas en la LECr.) con contenido incriminatorio que pruebe el hecho delictivo y la participación en el mismo.

A continuación, expondremos algunos medios, que requieren ciertos requisitos o condiciones conforme a la jurisprudencia, para ser consideradas prueba de cargo aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.

3.2.1. Presunción de inocencia y el valor de la confesión en fase de juicio como prueba de cargo

Existe una jurisprudencia reiterada y constante de que la confesión obtenida con las debidas garantías legales, constituye prueba idónea y suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia respecto a la prueba de la autoría⁸⁰ .

Es cierto que son numerosas las sentencias en la que el Tribunal Supremo exige la necesidad de practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de la misma, relativas a la existencia del delito (cuerpo del delito), pero ello no significa que la confesión por sí sola, carezca de valor probatorio respecto a la prueba de la autoría y que deba acreditarse por medio de otras pruebas distintas.

El artículo 406 LECr, exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y la prueba de la autoría. Solo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. Con respecto a la autoría, por el contrario, la confesión es por sí misma suficiente. De este precepto podemos concluir, que la confesión, no es idónea, para probar el cuerpo del delito que no consta por otros medios de prueba. Pero constando el cuerpo del delito, la confesión puede, por sí misma, ser prueba suficiente de la autoría.

Como indica la Audiencia Provincial de Murcia⁸¹ con apoyo en sentencias tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, la confesión del acusado en juicio

⁸⁰ En este sentido, SAP MU 174/2019, de 31/05/2019.

es prueba de cargo, y por tanto es una prueba apta para enervar el derecho a la presunción de inocencia en cualquier caso sobre la autoría, “y no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo (juicio oral), sobre todo teniendo en cuenta que su contenido es disponible para el acusado (por su derecho a no confesarse culpable), y depende únicamente de su voluntad de declarar en la fase de juicio”.

3.2.2. Presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio como prueba de cargo

El derecho a guardar silencio está reconocido en el artículo 24 de la Constitución, constituyendo un derecho fundamental. También está reconocido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1.998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas ratificado por España, en el artículo 67.1 g⁸².

También la Directiva 2016/343, considera el silencio y el derecho a no declarar contra uno mismo como derechos absolutos (art. 7.5), de modo que su ejercicio no está sometido a condición alguna y no pueden extraerse consecuencias negativas de tal ejercicio. Sin embargo, el Considerando 28 de la Directiva, permite mantener la interpretación que en algunos países (como el nuestro) se viene haciendo del derecho a la no autoinculpación puesto que, después de proclamar el derecho al silencio establece que “ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa”.

Por tanto, el acusado que guarda silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del conjunto de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, del que no se puede deducir la prueba de su culpabilidad. Por ello, es contrario al citado derecho, considerar el silencio del acusado ante las preguntas de las acusaciones en juicio oral como un “indicio” de culpabilidad.

La participación criminal, por tanto, no se puede deducir del silencio en ningún caso, sino de la prueba de cargo directa, o en su caso, de la prueba indiciaria, cuando no hay prueba directa.

Cuestión distinta es el valor que se puede dar al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de pruebas de cargo en su contra, sobre todo en el caso de la prueba por

⁸¹ En este sentido, SAP MU 174/2019, de 31/05/2019.

⁸² El artículo 67.1 g) reconoce el derecho "a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.

indicios, cuando omite la posibilidad de ofrecer una explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador.

En estos casos, como indica la Audiencia Provincial de Valencia⁸³, tanto el TEDH⁸⁴, como nuestro Tribunal Constitucional⁸⁵, y Tribunal Supremo⁸⁶, consideran que la decisión del acusado de guardar silencio, se tendrán en cuenta por el órgano judicial como corroboración de lo que ya está probado, pues el sentido común lleva a la conclusión de que la omisión de declarar equivale a que no hay explicación posible.

En conclusión, el silencio no puede generar nunca una condena al acusado, porque no constituye ningún indicio de culpabilidad. Ahora bien, la sentencia de condena tendrá lugar por la existencia de una prueba indiciaria, cuando el silencio del acusado no haya neutralizado su capacidad de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia al no aportar otra explicación lógica que se pudiera deducir de los hechos probados por indicios.

3.2.3. Prueba por indicios

Cuando no hay prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también es válida para destruir la presunción de inocencia y por tanto sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se den los requisitos que ha establecido de forma reiterada tanto por el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, que son los siguientes⁸⁷:

- El hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados.
- Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base.
- Motivación por parte del órgano judicial del razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia. Este razonamiento debe estar

⁸³ En este sentido, AAP V 594/2019, de 06/06/2019

⁸⁴ caso Murray, sentencia de 8 de Junio de 1.996 , y caso Landrove, sentencia de 2 de Mayo de 2.000 , y en las que se advierte que "los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra ya que sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar", Sin embargo a continuación, admiten que ello no impediría "tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo ",

⁸⁵ En este sentido, AAP V 594/2019, de 06/06/2019, que cita las STC137/98 de 7 de Julio y STC 202/00 de 24 de Julio.

⁸⁶ En este sentido, AAP V 594/2019 de 06/06/2019.

⁸⁷ STS 760/2018, de 28/05/2019, que cita otras sentencias en el mismo sentido de este Tribunal y del Tribunal Constitucional (la SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre).

asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

- Además, el control por vía de recurso de la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, exige no solo solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino también carácter concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Por tanto si la inferencia es ilógica o tan abierta que es posible una pluralidad de conclusiones alternativas, no puede probar ningún hecho. Por otro lado, deben rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base, pues el análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos, sin que se puedan fragmentar ni considerarse de modo aislado.

Si se dan todos estos requisitos la prueba por indicios se convierte en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

3.2.4. *La declaración de la víctima como único medio de prueba*

Las víctimas tienen aptitud para declarar en calidad de testigos en el proceso penal⁸⁸, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que ninguno de los afectados por los hechos enjuiciados puede actuar en calidad de testigo, sino que debe hacerlo en su condición de parte y, en cuanto tal, sometido a la que se denomina prueba de confesión.

Cuando la única prueba es la declaración testifical de la víctima, esta declaración se puede convertir en prueba de cargo siempre que se practiquen con las debidas garantías, y se hayan introducido en el proceso de acuerdo con los principios de publicidad, contradicción e inmediación, siendo hábil por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia, cuando resulte suficientemente contrastada su autenticidad, a criterio del órgano de enjuiciamiento.

Ahora bien, para que el juez o tribunal sentenciador puedan atribuir valor de prueba de cargo a esa declaración, es necesario, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁹, que la valoración del testimonio venga sustentada en ciertos criterios orientativos, que le ayudan en el análisis racional de su convicción, cuya finalidad es constatar la inexistencia de razones objetivas que puedan hacer dudar de la veracidad de la declaración de la víctima, atendiendo, entre otros posibles factores, a los siguientes parámetros:

1º) *Credibilidad subjetiva* : Se suele constatar que falta este primer criterio, o

⁸⁸ STS 293/2019, de 03/06/2019

⁸⁹ Vid. en este sentido, entre otras STS 293/2019, de 03/06/2019 ; STS 298/2019 de 07/06/2019

bien porque concurre alguna característica física o psíquica singular del testigo/víctima que debilitan su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera); también por concurrir móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o por otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo. A este respecto, en delitos de violencia de género, el retraso en denunciar no puede cuestionar su credibilidad, debido a las especialidades de este tipo de delitos, al dirigirse la denuncia contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, y en algunos casos incluso su sustento económico, lo que hace que la víctima valore todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncia, o no⁹⁰.

2º) *Credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio*, lo centra la jurisprudencia en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). Es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la avalen obrantes en el proceso, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato objetivo distinto a la manifestación subjetiva de la víctima.

Ahora bien este parámetro habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (artículo 330 L.E.Cr.), impidiendo la corroboración periférica precisamente en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho, por lo que en estos casos, la imposibilidad de corroboración no desvirtúa el testimonio.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante e incluso sobre la fiabilidad del testimonio de la víctima.⁹¹

Así, por ejemplo, en un juicio por delito leve de amenazas, esta corroboración puede encontrarse en la propia inasistencia a juicio de los denunciados

⁹⁰ Vid. en este sentido, entre otras, STS 291/2019, de 31/05/2019

⁹¹ En este sentido, SAP C 277/2019, de 26/06/2019

debidamente citados, sin que quepa confundir esta circunstancia con una interpretación de su silencio, pues como hemos indicado en el apartado relativo al silencio como prueba de cargo, el silencio no sirve como indicio de culpabilidad pero si para corroborar otras pruebas de cargo, ya que en este caso, el acusado que pudo comparecer y defenderse personalmente no lo hizo y dejó sin explicación alguna a la versión de la denunciante pudiendo cuestionar la certeza de la versión de la víctima o los posibles motivos espureos que tuviera la víctima para denunciarle.⁹²

3º) *Persistencia en la incriminación*, se plasma en la ausencia de modificaciones y de contradicciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima en el curso del procedimiento, tanto en su versión general de los hechos como en sus particularidades y circunstancias más relevantes y significativas. Por tanto, debe ser prolongada en el tiempo, es decir, en todas las declaraciones que haya prestado la víctima en las distintas fases del proceso, sin ambigüedades ni contradicciones, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico totalmente, porque por ejemplo con el paso del tiempo se olvidan detalles, sino que lo importante es que el núcleo central se haya mantenido en el tiempo.

Como indica el Tribunal Supremo⁹³, cuando la declaración de la víctima constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros anteriores impide que ese testimonio *ad limine*, pueda ser apto por sí mismo para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre. En estos casos el testimonio no puede servir como prueba de cargo en ningún caso.

Ahora bien, esos tres parámetros, son únicamente estándares orientados a facilitar la objetivación de la valoración del testimonio de la víctima, pero no son requisitos de validez de la declaración, por lo que tienen un valor sólo relativo, en ningún caso son reglas de valoración de la prueba que sustituyan la libre evaluación que corresponde a los tribunales de instancia, que convierta a esta prueba testifical en una prueba tasada legalmente en cuanto a su eficacia probatoria. Por tanto, una declaración de la víctima

⁹² Vid. en este sentido, SAP V 291/2019, de 03/06/2019

⁹³ En este sentido, entre otras, STS 310/2019, de 13/06/2019

que supere ese triple filtro no obliga necesariamente a fundamentar una sentencia de condena en todo caso⁹⁴.

3.2.5. *Declaración del coacusado como prueba de cargo*

El coacusado tiene los derechos a guardar silencio, no declarar contra sí mismo, y no confesarse culpable, es decir, declarar parcialmente solo lo que le beneficia, y no asume ninguna responsabilidad en caso de mentir ante el tribunal, por ello, no presta juramento de decir verdad

Por ello, su declaración en juicio sobre hechos que le afectan e incriminan tanto a él como a otros acusados, plantea el problema de la credibilidad de su testimonio y por tanto de la certidumbre como prueba de cargo. .

Por este motivo el Tribunal Supremo⁹⁵, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, considera que esta declaración carece del valor de prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otros datos externos.

Ahora bien los citados tribunales han establecido los criterios que pueden servir para objetivizar en qué puede o no consistir esa “mínima corroboración”, para convertir la declaración del coacusado en prueba de cargo.

- Respecto a la exigencia de corroboración, ésta ha de ser mínima, no es necesaria una prueba plena, porque en este caso se dictaría sentencia conforme a ella.

- No se establecen criterios generales para concretar en que consiste la “corroboración mínima” más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato, o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso a la valoración del juez o tribunal de instancia quien debe determinar si esa mínima corroboración se ha producido o no. En este punto se pueden utilizar los mismos criterios que para la declaración de la víctima.

- No son factores de corroboración mínima, la credibilidad subjetiva de la declaración en sí, (como la inexistencia de animadversión hacia el perjudicado por ella), o de credibilidad objetiva (como el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna), siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación suya o de otro acusado.

⁹⁴ En este sentido, STS 310/2019, de 13/06/2019

⁹⁵ En este sentido, STS 302/2019, de 07/06/2019.

- La declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado

Ahora bien, los anteriores parámetros, para considerar que ha existido “corroboración mínima” son únicamente estándares orientados a facilitar la objetivación de la valoración del testimonio del coacusado, pero igual que ocurre con la declaración de la víctima cuando es el único medio de prueba, no son requisitos de validez de la declaración, no constituyendo a nuestro juicio, por analogía con la citada declaración, reglas de valoración tasada de la prueba que sustituyan la libre valoración que corresponde a los tribunales de instancia, en cuanto a su eficacia probatoria. Por tanto, una declaración de un coacusado que reúna los anteriores presupuestos no obliga necesariamente a fundamentar una sentencia de condena en todo caso⁹⁶.

La intermediación es un elemento esencial para la valoración probatoria, y más en este medio de prueba, en el que caso por caso, el juez o tribunal que ha de dictar sentencia tiene que valorar si se ha corroborado mínimamente la declaración del coacusado con datos o hechos externos que consten en la causa.

3.2.6. *El testigo protegido como prueba de cargo*

La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales, siguiendo lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁷ distingue la finalidad y eficacia de las declaraciones de un testigo protegido en la fase de instrucción y enjuiciamiento.

En la fase de instrucción el testimonio anónimo opera como una diligencia de investigación, por tanto sirve para obtener fuentes de prueba que permitan avanzar en la investigación y acaben aportando otras fuentes susceptibles de operar después con plenitud como medios de prueba en la fase de enjuiciamiento. En la fase de instrucción se permite mantener el anonimato en todo momento (artículo 2).

En cambio, en la fase de enjuiciamiento se establece el principio general de que el Tribunal debe dar a conocer la identidad de los testigos que depongan en el plenario si la defensa lo solicita motivadamente (artículo 4.3), porque aquí su testimonio constituye una prueba de cargo.

Por ello, el artículo 4.3 de la citada ley indica que "si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o

⁹⁶ En este sentido, STS 310/2019, de 13/06/2019.

⁹⁷ Doctrina recogida en STS 296/2019, de 04/06/2019.

informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley".

Se ha discutido si el precepto en cuestión establece un mandato imperativo o si, por el contrario, el juez o tribunal puede acordar que el testigo permanezca en el anonimato durante la celebración del juicio. Esta norma constituye uno de los principales problemas de interpretación y aplicación que provoca la LO 19/94 y que el Tribunal Supremo en su sentencia 296/2019 de 4 de junio de 2019, ha resuelto.

El Tribunal Supremo establece en la citada sentencia ,que una interpretación literal del citado artículo art 4.3 que impone al Tribunal ("deberá") desvelar la identidad de los testigos protegidos, siempre que lo solicite motivadamente la defensa, no resulta razonable, por lo que hay que tener en cuenta la suficiencia y razonabilidad de la motivación. Por tanto, no solo tiene que haber solicitud motivada, sino además que esa motivación sea suficiente y razonable.

En primer lugar, la norma exige que la solicitud sea motivada, por lo que obviamente el Tribunal tiene que valorar la solicitud y deberá denegarla cuando carezca de motivación, pues la exigencia de motivación que se establece en la norma no puede constituir un requisito puramente formal, y una motivación insuficiente o arbitraria no puede considerarse una motivación materialmente válida.

Es por ello por lo que el Tribunal debe realizar una ponderación entre los intereses contrapuestos (seguridad del testigo-derecho de defensa del acusado) que exige valorar la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta por la solicitud de desvelar la identidad del testigo protegido, aunque siempre ha de tener en cuenta que el anonimato del testigo debe ser una regla absolutamente excepcional, tal y como se deduce de las reglas generales del proceso penal y de la propia normativa legal.

Por tanto, el testigo podría mantenerse en el anonimato de manera excepcional durante el juicio, si entiende el Tribunal enjuiciador que la motivación de la solicitud de la defensa para desvelar su identidad es insuficiente o arbitraria.

En cuanto a los presupuestos que se exigen para que la declaración de un testigo protegido pueda ser valorada como prueba de cargo, hay que indicar que el Tribunal Supremo⁹⁸, en sintonía con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que para que una declaración de un testigo anónimo tenga eficacia de prueba de cargo tienen que concurrir tres requisitos:

- Que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión

⁹⁸ En este sentido, STS 296/2019, de 04/06/2019.

motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto.

- Que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio.

- Que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

Por tanto, por sí sola, la declaración del testigo anónimo no sirve para desvirtuar la presunción de inocencia.

3.2.7. *Testigo de referencia como prueba de cargo*

El testigo de referencia es aquella persona que declara lo que otra persona le ha contado en relación a lo sucedido. Por tanto, este tipo de testigo no ha percibido directamente los hechos sobre los que declara, no obstante está admitido por el artículo 710 LECr.

Como indica el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 29 de abril de 2019, que hace referencia a otras anteriores, lo que aporta el testigo de referencia es únicamente la certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo y, en consecuencia, sigue siendo necesario valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar⁹⁹

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, por su parte, que es contrario al Convenio, artículo 6, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral¹⁰⁰.

Por lo anterior, el testigo de referencia, solo está admitido si no puede declarar el testigo directo, es decir, se considera una prueba subsidiaria, que se utilizará únicamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido, o por cualquier otra circunstancia, que haga imposible su declaración testifical.

Ahora bien, en ningún caso, por sí sola, puede constituir prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia, sino que tiene el valor de prueba *complementaria* para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, pues su conocimiento es indirecto o mediato, y por sí solo no puede sustentar un pronunciamiento de condena, por falta de certeza sobre el hecho declarado.

⁹⁹ En este sentido, SAP SO 55/2019, de 03/06/2019

¹⁰⁰ Así, en los casos: Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991.

Por tanto, si la parte no ha propuesto como medio de prueba al testigo directo, no se puede utilizar como prueba subsidiaria al testigo de referencia porque no estaríamos ante una imposibilidad de declarar del testigo directo, que es el supuesto habilitante para tener en cuenta como prueba complementaria la declaración de este tipo de testigo.

3.3. Derecho a una prueba lícita

La prueba no va a reunir todas las garantías, y por tanto no servirá para desvirtuar la presunción de inocencia cuando es ilícita. La ilicitud se produce al vulnerar alguna norma. Como indica BANACLOCHE PALAO¹⁰¹, la ilicitud puede provenir de tres circunstancias: a) que la fuente de prueba se haya obtenido de forma contraria a la ley, y en particular vulnerando de forma directa o indirecta los derechos fundamentales, siendo relevante para la vulneración indirecta la conexión de antijuricidad; b) Que la fuente de prueba se haya conservado sin guardar las garantías debidas, es decir no se ha garantizado la cadena de custodia; c) Que la fuente de prueba se ha pretendido incorporar al juicio sin respetar las normas procesales, que para cada fuente prevé la LECr. La vulneración de estas normas podría producir la ineficacia de la prueba practicada pero no se extiende la ilicitud a otras fuentes probatorias distintas.

3.3.1. Vulneración de un derecho fundamental directa o indirectamente y la conexión de antijuricidad

La ilicitud por obtención de la fuente de prueba vulnerando un derecho fundamental, está regulada en el artículo 11.1 LOPJ, que indica que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Por tanto, cuando se obtiene una fuente de prueba sin respetar el principio de proporcionalidad¹⁰² que permite limitar un derecho fundamental para la práctica de una diligencia de prueba, esa fuente es ilícita y no sirve para desvirtuar la presunción de inocencia.

¹⁰¹ BANACLOCHE PALAO, “Aspectos fundamentales de Derecho Procesales Penal”, ob.cit. pp.298

¹⁰² Como indica BANACLOCHE PALAO, J. en “Aspectos fundamentales de Derecho Procesales Penal”, 3ª ed. la Ley, 2015, p. 168 “ para que una medida limitativa de un derecho fundamental sea conforme con el principio de proporcionalidad ha de respetar dos presupuestos (uno formal y otro material y tres requisitos). Los dos presupuestos materiales son: el de legalidad (que esté prevista en una Ley Orgánica art. 81.1 CE) y el presupuestos de justificación teológica (para delitos de cierta gravedad). Los requisitos son tres: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”.

Respecto a la vulneración indirecta de derechos fundamentales, este precepto recoge lo que previamente había declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, según la cual se considera ilícita la prueba obtenida con vulneración directa de un derecho fundamental, y también todas las demás fuentes de prueba que de ellas se derivaran, incorporando la teoría de "los frutos del árbol envenenado", creada por la jurisprudencia norteamericana.

Ahora bien, esta teoría aplicada en estado puro, puede llevar a resultados injustos porque puede excluir pruebas no necesariamente envenenadas, lo que ha generado una corrección por parte de la jurisprudencia tanto americana como nacional. En España, ha tenido lugar a través de la denominada "*conexión de antijuricidad*", que es aplicable desde la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 81/98, de 2 de abril, ponencia de Vives Antón.

Como indica el Auto 41/2019, de la Audiencia Provincial de Elche¹⁰³ la "conexión de antijuricidad" existe "cuando se da una relación entre el medio de prueba ilícito y el reflejo, lo suficientemente fuerte que permita estimar que la ilicitud originaria de la primera trasciende a la segunda, hasta el punto de provocar su sanción invalidante. La cuestión clave, es, determinar cuándo se da esa "relación fuerte" (*starke bindung*) que produce la "contaminación" de la prueba refleja, lo cual, según un doble juicio, de experiencia, y de razonabilidad, ha de llevarnos a concluir, en cada caso, qué pruebas son independientes de la declarada ilícita y cuáles se encuentran contaminadas.

Al respecto, los criterios más empleados para justificar la "desconexión jurídica", son: la línea de investigación diferente a aquella en que se originó la ilicitud probatoria y la validez de las pruebas anteriores a la aparición de la prueba ilícita."

3.3.2. *La cadena de custodia*

Como hemos indicado anteriormente, la prueba será ilícita si la fuente de prueba no ha sido conservada adecuadamente, adoptándose las medidas necesarias para asegurar que no ha sido objeto de ninguna manipulación y se mantiene tal cual se obtuvo a disposición del Tribunal (art. 338 LECr).

La cadena de custodia, según la doctrina jurisprudencial¹⁰⁴ obedece a lo que se ha llamado "mismicidad", que garantiza la absoluta exactitud y coincidencia entre la fuente de prueba y el objeto analizado que va a valorar el Tribunal.

Por eso en palabras de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2018, que recoge otras en el mismo sentido, la cadena de custodia exige "la exactitud y

¹⁰³ AAP 41/2019, de 26/04/2019

¹⁰⁴ STS 46/2019, de 01/02/2019.

coincidencia entre el objeto a analizar y el objeto analizado debe estar absolutamente garantizada descontando cualquier duda acerca de una posible inferencia.”

Ahora bien, la duda tiene que provenir de datos objetivos, no de las sospechas que la parte quiera introducir. No hay dato objetivo si no se ha practicado alguna prueba que lo ponga de manifiesto.

Las autoridades policiales y judiciales son las que deben garantizar la “mismicidad” de la prueba, y quien afirme la ruptura de la cadena debe probarlo. Una vez demostrada la ruptura de la cadena de custodia la prueba deja de ser eficaz por ilicitud.

3.3.3. *Derecho a una prueba legalmente practicada en la instancia*

Este derecho implica analizar si la práctica de la prueba responde al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista. Por tanto, se trata de un derecho a una prueba introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y con la observancia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (Por todas, STC 166/1999). Es decir, implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba.

Por ello, las diligencias de investigación en fase de instrucción son solo actos de investigación cuyo objetivo es la averiguación del delito e identificación del delincuente (art.299 LECr), que no constituyen por sí mismas prueba de cargo. Por tanto, las declaraciones de testigo, acusados, peritos, efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba preconstituida o anticipada, no tendrán valor de prueba de cargo, y por tanto no son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.

No obstante, como excepción, cabe la prueba preconstituida (art. 730 LECr.). Por otro lado, ante la rectificación o retractación del testimonio del acusado o del testigo efectuada en fase de juicio oral oral (art. 714 LECr.), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECr), es posible la valoración de aquél testimonio a través de su lectura, en fase de juicio oral, porque el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción, convirtiéndose en prueba de cargo¹⁰⁵. Estas excepciones a la regla general están limitadas únicamente las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción (nunca ante la policía).

Lo anterior no solo es aplicable a los juicios ordinarios por delito grave y menos grave, sino también al jurado. Como indica el Tribunal Supremo¹⁰⁶ en su sentencia 264/2019, de 24 de mayo, “la especialidad probatoria que establece el artículo 46.5 LOTJ consiste en

¹⁰⁵ En ese sentido, entras muchas, STS 282/2019, de 30/05/2019.

¹⁰⁶ STS 264/2019, de 24/05/2019.

garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y ante el Juez de Instrucción (STC 2/2002 citada), y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba”

Ahora bien, si un testigo (o acusado) declara ante la policía, pero no lo hace ante el juez de instrucción, ni en juicio oral, no procede introducir en la vista oral del juicio las declaraciones policiales que no han sido ratificadas en sede judicial, ni siquiera a través del testimonio de referencia de los funcionarios que practicaron la diligencia policial, porque el atestado no tiene valor de prueba, sino que es objeto de prueba, y porque como hemos indicado en el apartado 6.1.7.de este trabajo que el testigo de referencia nunca es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Lo anterior, también es aplicable a las declaraciones autoincriminatorias del propio acusado, cuando en sede policial se autoincrimina, pero después lo desmiente ante el juez de instrucción, y ante el Tribunal de enjuiciamiento. En el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo, del 3 de junio de 2015, se sometió a debate si se podía dar validez probatoria de las incriminaciones o a las autoincriminaciones proferidas en sede policial, y en el citado acuerdo se estableció que "Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron"¹⁰⁷ .

3.3.4. Derecho a una prueba legalmente practicada en apelación y casación tras reforma operada por Ley 41/2015

La licitud de la prueba, exige respetar igualmente los principios de publicidad, inmediación y contradicción, también en apelación y casación¹⁰⁸.

Existe una jurisprudencia consolidada¹⁰⁹, que establece que en vía de recurso de apelación (salvo la prueba directa practicada en apelación), o casación, “al tribunal “ad quem”, no le corresponde revisar la valoración de las pruebas personales practicadas en fase de juicio ante el tribunal “a quo” (declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales (con algunas excepciones en casación), con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, para sustituir esa valoración por la suya, sin esas garantías.

¹⁰⁷ En este sentido, vid. STS 264/2019, de 24/05/2019

¹⁰⁸ En este sentido, entre otras muchas; SAP V 281/2019, de 03/06/2019; SAP V 322/2019, de 28/06/2019

¹⁰⁹ Entre otras, STS 245/2019, de 13/05/2019.

Tampoco puede el tribunal "ad quem" realizar un nuevo análisis del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la suya, o por la del recurrente, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente¹¹⁰.

Actualmente, tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley 41/2015, de 5 de octubre, tanto las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, como el resto de las sentencias, son recurribles en apelación, bien ante la Audiencia Provincial, o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y posteriormente se podría utilizar el recurso de casación, frente a la sentencia de segunda instancia, siendo la tramitación de la casación distinta según la gravedad del delito. De esta manera se instaura la doble instancia también en el ámbito penal, que ha sido una antigua exigencia de los Tratados Internacionales, frente a la que cabe posteriormente recurso de casación¹¹¹.

Por tanto, actualmente, al órgano de apelación y casación le corresponde, en su caso, realizar tres tipos de juicios para analizar la infracción del derecho a la presunción de inocencia, tal y como indica el Tribunal Supremo, en su Sentencia 289/2019, de 31 de mayo de 2019¹¹²:

- "Un "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- Un "juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- Un "juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Ahora bien, el único límite a esta función revisora es la prueba personal practicada con intermediación, salvo que se reitere ante ellos la prueba de

110 Entre otras, ATS 543/2019, de 11/04/2019.

111 La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto.

112 Entre otras, STS 289/2019, de 31/05/2019. En esta sentencia el TS cita otras anteriores en el mismo sentido (SSTS 615/2016, de 8 de julio, 200/2017, de 27 de marzo, 376/2017, de 20 de mayo).

carácter personal.

Cuando existe prueba personal, el objeto del control del principio de presunción inocencia es la racionalidad de la valoración de la prueba del juez de instancia a partir del resultado de las pruebas que presencié. Es decir, ha de verificar si la motivación fáctica es suficiente, por ser lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, siempre que la decisión escogida por el tribunal sentenciador pueda sustentar la condena.”

Ahora bien, al estar generalizada la segunda instancia en el proceso penal, si tras la sentencia de apelación se recurre en casación, reproduciendo idénticos razonamientos a los utilizados al recurrir la sentencia en apelación¹¹³, o se plantean cuestiones no debatidas en la apelación, se va a desestimar el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia, porque o bien ya han tenido respuesta desestimatoria en apelación, o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Por otro lado, como hemos indicado anteriormente, la valoración de la prueba personal corresponde al órgano de enjuiciamiento (salvo la practicada directamente en apelación), porque la percepción sensorial, sólo puede ser efectuada por el tribunal presente en el juicio, mientras que la valoración racional, puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como por el que desarrolla funciones de control por vía de recurso de apelación o casación¹¹⁴.

En consecuencia, al Tribunal de apelación le compete el control de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, y al de casación la realizada por el tribunal de apelación¹¹⁵.

Por tanto, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación frente a una sentencia de apelación va a realizar en su caso, los tres juicios anteriores¹¹⁶ (sobre la prueba; sobre la suficiencia; y sobre la motivación y su racionalidad), siempre que los motivos del recurso de casación no coincidan con los del recurso de apelación, que ya han sido resueltos, o se refiera a cuestiones consentidas por la parte al no haberlas alegado oportunamente en el recurso de apelación.¹¹⁷

¹¹³ Vid , en este sentido, STS 245/2019, de 13/05/2019; También STS 302/2019 , de 07/06/2019.

¹¹⁴ En este sentido, entre otras, STS 289/2019, de 31/05/2019

¹¹⁵ En este sentido, entre otras, STS 289/2019, de 31/05/2019; AAP V 672/2019, de 21/06/2019; SAP Z 243/2019, de 14/06/2019; ATS 642/2019, de 06/06/2019.

¹¹⁶ Vid, en este sentido, entre otras, STS 293/2019, de 03/06/2019.

¹¹⁷ Vid. en este sentido, entre otras, SAP V 304/2019, de 22/05/2019; SAP V231/2019, de 20/05/2019.

Ahora bien, como indica el Tribunal Supremo¹¹⁸, constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y de esta Sala (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) que cuando se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia "nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado"

3.3.4.1. Licitud de la prueba personal y sentencia absolutaria o agravación de una condenatoria en apelación, tras reforma operada por Ley 41/2015

Como hemos indicado anteriormente, son exigibles los requisitos de publicidad, inmediación y contradicción en apelación, para entender que la prueba ha sido lícitamente obtenida, respetando el derecho a un juicio con todas las garantías, lo que tiene incidencia cuando se recurre una sentencia absolutaria o se pretende agravar una condenatoria en apelación y se alega por el recurrente error en la valoración de la prueba personal.

Tal criterio¹¹⁹ se inicia en España a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, F.J. 9) que establece que en la "apelación de sentencias absolutarias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal "ad quem" revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción", con el fin de adaptar el derecho fundamental de un proceso con todas las garantías (24.2 CE), a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas.

Por tanto, según esta doctrina, si se recurre en apelación una sentencia absolutaria, o se pretende agravar la sentencia de instancia, por error en la apreciación de la prueba personal (declaraciones de testigos, peritos y acusados), no puede el tribunal de

¹¹⁸ En este sentido, STS 260/2019, de 24/05/2019.

¹¹⁹ Este criterio, como indica la STC 167/2002, "es consecuencia de la adaptación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art.24.2 CE), a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art.10.2 CE "(STC 167/2002,de 18 de septiembre; 197/2002 ; 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre ; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002 ,de 9 de diciembre ; 41/2003, de 27 de febrero ; 68/2003, de 9 de abril ; 118/2003, de 16 de junio y 189/2003, de 27 de octubre ".

apelación revisar la valoración de esas pruebas, salvo que se practican nuevas pruebas ante él, respetándose así los principios de publicidad, intermediación y contradicción¹²⁰.

La reciente reforma de la LECr, operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, introduce un párrafo tercero, al apartado 2 del artículo 790 LECr que modifica el conocimiento del recurso de apelación por los Tribunales de Apelación cuando se recurran sentencias absolutorias o se pretenda el agravamiento de la condenatoria, en los que el Tribunal de apelación debe limitarse, previa petición de parte, a decretar la anulación de la sentencia de primera instancia en los casos que vienen taxativamente establecidos en el párrafo tercero del artículo 790.2 LECr.

Por tanto, esta reforma no faculta a los órganos de apelación a practicar de nuevo la prueba personal ante ellos con publicidad, intermediación y contradicción, para en su caso, agravar la pena impuesta, o condenar en el supuesto de que fuera absolutoria la sentencia recurrida. Por el contrario, el legislador, prevé que los citados órganos puedan únicamente acordar, la nulidad de lo actuado cuando se acredite alguna de las causas tasadas de anulación recogidas en el párrafo tercero del artículo 790.2 LECr.

En consecuencia con lo anterior, el artículo 792.2 LECr., no permite que la sentencia de apelación condene al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni agrave la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2, solo permite previa petición de parte, y si se cumplen los requisitos del citado precepto, que la sentencia absolutoria o condenatoria sea anulada, en cuyo caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida.

Por lo anterior, como indica el Tribunal Supremo (por todas, SSTS, de 29 de mayo y de 25 de julio de 2018), en línea con lo proclamado por la jurisprudencia del TEDH y del TC,¹²¹ “ la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanece incólume y el debate se ciñe exclusivamente al juicio de subsunción. Convertir una sentencia absolutoria en condenatoria solo sería posible

¹²⁰ En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC 37/2018, de 23 de abril) ha declarado que: "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".

¹²¹ Entre otras muchas, Sentencia TC 125/2017, de 13 de noviembre

después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito".

Para que sea admitido un recurso de apelación frente a sentencias absolutorias o que pretenda la agravación de la condena cuando se fundamentan en la incorrecta valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia son necesarios dos requisitos establecidos taxativamente en el artículo 790.2 LECr:

- El primero consiste en exponer ordenadamente las alegaciones sobre el error en la apreciación en las pruebas en las que se basa la impugnación para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria.

- El segundo requisito consiste en justificar la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Por tanto, estará justificado este segundo requisito, cuando la sentencia impugnada carezca de toda motivación en relación con la valoración de la prueba. A la falta de motivación se asimila la motivación formal o aparente.

También prosperará este segundo requisito cuando se justifique que la motivación existente se aleja de las reglas de la racionalidad. También estará justificado cuando la sentencia absolutoria se aparte de las máximas de experiencia, pero siempre que nos encontremos ante apartamientos "palmarios", sin que quepa amparar en esta vía una mera discrepancia en el sentido que deba darse a una u otra prueba¹²².

Si el recurrente cumple con los dos requisitos anteriores, se estimará en su caso el recurso y tendrá los efectos regulados en el artículo 792.2 LECr, que establece que "la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa".

Es decir, que su efecto es meramente revisor y únicamente limitado a declarar la nulidad de la sentencia impugnada, quedando vedado al órgano de apelación, dictar una sentencia de condena frente al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta.

¹²² En este sentido, entre otras, SAP V 322/2019, de 28/06/2019.

3.4. Derecho a que se exprese motivadamente en la sentencia el proceso valorativo de toda la prueba practicada y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia

Este derecho es de carácter predominante subjetivo¹²³, consiste en la valoración de los distintos medios de prueba, en base a los cuales se forma libremente la convicción del Tribunal. Ponderación que ha de quedar reflejada necesariamente en la motivación de la sentencia y que debe indicar porqué el órgano enjuiciador opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esa elección¹²⁴.

Por tanto, el Juez o Tribunal debe explicitar, valorando todo el acervo probatorio, de cargo y de descargo, las razones por las cuáles considera que una prueba ofrece información veraz y creíble descartando, en su caso, otros medios de prueba que puedan sustentar una versión exculpatoria o viceversa. Incluso, cuando las pruebas personales practicadas en juicio ofrezcan resultados o informaciones parcialmente diferentes¹²⁵, puede el Juez, considerar acreditada una de las versiones ofrecidas, siempre que motive en la sentencia las razones por las cuáles considera que esa prueba ofrece una información veraz y creíble que descarta lo aportado por otros medios de prueba personal, sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Por tanto, una sentencia que no motive, explique y razone en términos comprensibles, nunca rutinarios, o vacíos de contenido, el sentido de su fallo, sería contraria al derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional no solo ha reconocido este derecho a que se motive la valoración probatoria para la construcción de los hechos, como parte de la presunción de inocencia, sino que también exige un deber de motivación superior al genérico deber de motivación que exige el derecho a la tutela judicial efectiva, por los derechos en juego (presunción de inocencia y libertad). En estos casos, como indica el citado tribunal¹²⁶, “el canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino que exige una mínima explicación de los fundamentos

¹²³ En este sentido, entre otras, SAP V 238/2019, de 21/05/2019

¹²⁴ Como indica GUERRERO PALOMARES S “A nuestro juicio, mientras no tengamos establecido con claridad cuál es el estándar de prueba aplicable y cuál es su contenido -en forma de reglas heurísticas o epistemológicas más o menos generales-, mantendremos nuestra opinión respecto de la existencia de un profundo vacío ontológico en el sustrato material”, ¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?” ob. cit. p. 167-168

¹²⁵ En este sentido, entre otras, SAP V 287/2019, de 03/06/2019.

¹²⁶ En este sentido, STC 209/2002, de 11 de noviembre; STC 169/2004, de 6 de octubre ; STC 143/2005, de 6 de junio

probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica”.

los Tribunales de apelación, casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas.

Ahora bien, si a juicio del tribunal hay duda acerca de la interpretación de ese material probatorio, de modo que considera que la prueba no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, se aplica el principio “*indubio pro reo*”, absolviendo al acusado, porque la presunción de inocencia no se habrá desvirtuado.

En cuanto a la motivación exigible al Jurado teniendo en cuenta que éste órgano jurisdiccional está formado por personas no técnicas en derecho, es obvio, que no puede exigirse el mismo grado de motivación que a un órgano profesional, y por ello, la propia Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en el artículo 70.2 LOTJ, exige solo “una sucinta explicación” de las razones de convicción que han llevado al Jurado a declarar probados los hechos, las cuales deberán ser complementadas por el Magistrado Presidente ante el que se ha desarrollado el juicio.

El Jurado con la fundamentación sucinta expresada en su veredicto satisface el requisito de motivación, al expresar y analizar las pruebas tenidas en cuenta para el pronunciamiento de culpabilidad del acusado¹²⁷.

Por tanto, los jurados no deben analizar y valorar de forma expresa todas las pruebas practicadas de naturaleza incriminatoria, para garantizar la destrucción del derecho a la presunción de inocencia, ya que tal actividad procesal debe desarrollarla el Magistrado-Presidente, como indica el art. 70.2 L.O.T.J.¹²⁸.

3.5. Derecho a una prueba racionalmente valorada

Este derecho implica que las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y de la experiencia, sin que el proceso valorativo del juez pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente.¹²⁹

Por tanto, este contenido de la presunción de inocencia supone que debe inferirse racionalmente de la prueba practicada la comisión del hecho y la participación del

¹²⁷ En este sentido, entre otras muchas, STS 682/2018 del 20/12/2018

¹²⁸ En este sentido, SAP BA 90/2019, de 03/06/2019.

¹²⁹ Vid., en este sentido, entre otras, STS 254/2019, de 21/05/2019; STS 264/2019, de 24/05/2019.

acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Evidentemente este contenido del derecho a la presunción de inocencia se hará valer por vía de recurso de apelación o casación, en el que el tribunal *ad quem*, debe revisar el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado, analizando si ha existido una argumentación lógica y racional, es decir, debe comprobar si el juzgador *a quo*, en la motivación de la sentencia ha expresado el razonamiento (al menos en sus aspectos fundamentales), que le ha llevado a decidir el fallo conforme a los criterios de la lógica y la experiencia, y no de manera arbitraria por ser una argumentación ilógica, irracional, o absurda.

Por otra parte como indica el Tribunal Supremo¹³⁰, “el análisis del proceso racional de la prueba debe realizarse de forma conjunta sin desagregar sus componentes”. Por tanto, no se puede revisar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, ni realizar un análisis separado de los distintos elementos de prueba, ni es posible la disgregación de la línea argumental llevada por el órgano a quo.

3.6. derecho a la certeza en la culpabilidad: El principio “indubio pro reo”

El derecho recogido en el artículo 24,2 CE, parte de que la inocencia se presume cierta, por tanto, si el juez no tiene certeza de la autoría o participación en el delito del acusado debe absolver, porque sólo la convicción firme desvirtúa la presunción de inocencia.

La Directiva 2016/343 establece en el artículo 6.2 rubricado como “Carga de la prueba”, que “los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado”.

Como indica GUERERO PALOMARES¹³¹, supone “la codificación del principio *in dubio pro reo*”, como parte del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio a nivel europeo. De esta manera, como indica el citado autor, se acoge en la Directiva la doctrina constante del TEDH en relación al *indubio pro reo* como uno de los contenidos del derecho a la presunción de inocencia regulado en el artículo 6.2 del CEDH¹³². Interpretación que coincide además con la realizada por el Comité de Derechos

¹³⁰ Vid. en este sentido, STS 269/2019, de 28/05/2019.

¹³¹ GUERRERO PALOMARES S. ¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?” ob. cit p. 176

¹³² SSTEDH Barberá, Messegue y Jabardo vs. España, 1988, par. 77; Telfner vs. Austria, 2001, par. 15; Lavents vs. Letonia, 2002, par. 125; Vassilios Stravropoulos vs. Grecia, 2007, par. 39; Melich et Beck vs. República Checa, 2008, par. 49, o Nemtsov vs. Rusia, 2014, par. 92.

Humanos de la ONU respecto al artículo artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹³³.

Sin embargo, en el estado actual de nuestra jurisprudencia interna el principio del *in dubio pro reo* se encuentra excluido de la garantía de la presunción de la inocencia.

En un primer momento nuestra jurisprudencia constitucional identificaba presunción de inocencia e *indubio pro reo*, en este sentido, la STC 31/1981, de 28 de julio, en la que se indicaba que “la presunción de inocencia había dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*), para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”. Esta línea doctrinal jurisprudencial se mantiene en otras sentencias posteriores, así entre otras: STC 13/1982, de 1 de abril ; STC107/1983, de 29 de noviembre .

Sin embargo, a partir de la STC 44/1989, de 20 de febrero , el Tribunal Constitucional distingue entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* . Así en el F. J. 2 de la citada sentencia se indica que “ aunque la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* constituyen manifestaciones del principio genérico *favor rei*, cada uno de ellos opera en circunstancias diversas. Por un lado, la presunción de inocencia es aplicable a los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba de cargo, o en su caso, cuando las pruebas practicadas carecen de las garantías procesales exigidas, situaciones que por sus efectos, vienen a ser idénticas.

Por otro lado, el principio *in dubio pro reo*, constituye una regla de valoración dirigida al juez de instancia y aplicable únicamente cuando, llevada a cabo la actividad probatoria que puede entenderse de cargo, al órgano judicial le surgen dudas acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito cuya presencia es indispensable para declarar la culpabilidad del acusado. En este sentido, la circunstancia consistente en la existencia de pruebas de cargo que sin embargo, generan dudas en el juzgador o inexistencia o práctica ilegal de las mismas, ese erige en el presupuesto básico de aplicación de una u otra figura”. Esta distinción se mantiene en otras sentencias posteriores así entre otras: STC 63/1993, de 1 de marzo ; 103/1995, de 3 de julio ;16/2000, de 31 de enero .

Los criterios de aplicación de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, se pueden clasificar respectivamente en objetivos y subjetivos. Como indica MIRANDA

¹³³ Así, en el documento denominado “Observaciones Generales”, aprobado por el referido Comité (punto 30 apartado IV del Comentario 32), se indica que : “La presunción de inocencia [...] asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda”

ESTREMPES¹³⁴, el criterio que rige en la aplicación de la presunción de inocencia es objetivo: por inexistencia de prueba de cargo o vulneración de garantías procesales en las practicas; en cambio el criterio que rige en la aplicación del *in dubio pro reo* es subjetivo, ante la duda del juez para considerar culpable al acusado con la prueba realizada con todas las garantías.

Esta distinción de criterios, como indica FERNANDEZ-LOPEZ¹³⁵, ha permitido al Tribunal Constitucional negar el acceso a amparo *al in dubio pro reo*, lo que pone de manifiesto la enorme trascendencia de incluir el *indubio pro reo* como una garantía de la presunción de inocencia o no.

El Tribunal Constitucional entiende que por tratarse de una esfera subjetiva, le compete en exclusiva al órgano de instancia, siendo imposible su revisión por otro órgano jurisdiccional.

El Tribunal Supremo, ha seguido esta interpretación, como indica GUERRERO PALOMARES¹³⁶ “al menos desde la STS de 31 enero 1983 - (luego seguida por las SSTS de de 7 julio 1984 -, 3 mayo 1985, o 15 diciembre 1988 -RJ 1988\9516-)...y la sigue manteniendo actualmente como se observa entre otras en las SSTS 1425/2005 de 5 diciembre; 936/2006 de 10 octubre, y STC 49/2018, de 13 de noviembre, en la que se indica que “el principio ‘in dubio pro reo’, como perteneciente al convencimiento del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas, como es el caso.”.

Como indica VÁZQUEZ SOTELO¹³⁷, hipotéticamente “se podría supervisar el razonamiento judicial para saber si el tribunal de instancia debió dudar, pero para ello, entiende el autor, que sería necesario, en primer lugar, una motivación exhaustiva de las sentencias y, en segundo lugar, que se abandone la idea de que la íntima convicción supone una libertad omnímoda de los órganos judiciales en su función de valoración de la prueba”.

¹³⁴ MIRANDA ESTREMPES M. “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en El Tribunal del Jurado, Cuadernos para la práctica judicial, Consejo General del Poder Judicial N° V, Madrid 1992, p. 607

¹³⁵ Vid. el magnífico análisis que realiza esta autora en FERNÁNDEZ LÓPEZ M *Prueba y Presunción de Inocencia*, Iustel, 2005 p. 262-178.

¹³⁶ GUERRERO PALOMARES S. “¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?” ob. cit. pp 166-167

¹³⁷ VÁZQUEZ SOTELO J. L “La presunción de inocencia”, en *Los Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial , Consejo General del Poder Judicial n° V, Madrid 1992, p. 293

Ahora bien, a partir de la Directiva 2016/343, parece que la actual doctrina del Tribunal Constitucional debe revisarse para volver a considerar el principio *indubio pro reo* como parte del derecho a la presunción de inocencia en el sentido anteriormente expuesto¹³⁸. Además, debe aplicarse en caso de duda, tanto si la prueba proviene de las partes acusadoras, como si se ha practicado de oficio, o es una prueba por presunciones. Esta revisión, permitiría su acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional agotada la vía ordinaria.

IV. CONCLUSIONES

1. Actualmente este derecho tiene dos vertientes: por un lado opera como regla de tratamiento, y por otro como regla de juicio. La primera vertiente garantiza la segunda, por eso rige durante todo el proceso hasta la firmeza de la firme. La segunda, en cambio, opera desde la fase de juicio, especialmente desde el momento de valoración de la prueba para dictar sentencia, hasta la firmeza de dicha resolución. Este derecho es aplicable a todas las personas físicas y jurídicas.

2. El derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento incluye las siguientes garantías:

- La parte pasiva del proceso (investigado, procesado, encausado, acusado) tiene derecho a ser considerado y tratado como *no autor, o no partícipe* en hechos constitutivos de delito hasta que no exista una sentencia de condena firme. Derecho que se extiende incluso antes de que el juez de instrucción haya dictado una resolución procesal, comunicándole su condición de parte (artículo 2 y Considerando 12 Directiva 2016/343).

- Como consecuencia de lo anterior, esta consideración como no culpable, también se extiende a procesos posteriores para pedir una indemnización por haber estado en prisión provisional, pues el absuelto ha de ser considerado como no culpable sin tener en cuenta el motivo de la absolución, porque la distinción generaría dudas sobre la inocencia. Por lo anterior, la Sentencia del Pleno del

¹³⁸ Coincido en este punto con GUERRERO PALOMARES S. ¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 de marzo en materia de presunción de inocencia? Revista de Estudios Europeos Nº extraordinario monográfico, 1-2019, p. 178-179 aduciendo las siguientes razones: “ el artículo 10.2 de la CE’78 nos obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España -entre los que se encuentran el CEDH y el PIDCP, cuya interpretación en el aspecto que nos ocupa es clara, según hemos expuesto supra-; y porque, de conformidad con el artículo 288 del TFUE, las Directivas obligan al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, a menos que su contenido ya goce de reconocimiento en el derecho del Estado en cuestión. Es claro que, en España, el principio *in dubio pro reo* establecido en el artículo 6.2 de la Directiva que analizamos no goza de reconocimiento como atributo del derecho fundamental a la presunción de inocencia “

Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio de 2019, ha anulado los incisos del art. 294 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» que reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional.

- Tratamiento como no culpable en las informaciones de las autoridades sobre los investigados, encausados, o acusados durante el transcurso del proceso penal, lo que incluye las resoluciones judiciales. Además, y como complemento del derecho anterior, se incluye la forma en que han de presentarse en público las anteriores personas para tener un tratamiento como no culpable (artículos 4 y 5 Directiva 2016/343). Antes de la Directiva 2016/343, estos derechos se tutelaban a través del derecho al honor, pero actualmente forman parte de la presunción de inocencia. Ahora bien, habrá que ver cuando se realice la transposición de estos preceptos en nuestro ordenamiento interno como se van a tutelar estos derechos desde esta nueva perspectiva constitucional y que consecuencias va a tener su vulneración.

- Derecho a la no autoincriminación, de manera que carezca de valor, tanto el silencio, como no confesarse culpable, que deben considerarse como derechos absolutos (art. 7 Directiva 2016/343), aunque a través del Considerando 28 de la propia Directiva se indica “ sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa”, por lo que este Considerando permitiría continuar con la interpretación actual del silencio como derecho relativo. Habrá que esperar a la transposición a nuestro Derecho nacional para saber como queda esta cuestión.

- La apreciación de la circunstancia de “comportamiento colaborador” a la hora de dictar sentencia.(artículo 7.4 Directiva). Esta medida es inconcreta y tampoco existen Considerandos en la Directiva que la expliquen. Habrá que esperar a la transposición a nuestro ordenamiento de este contenido para saber si este comportamiento se considerará genéricamente como atenuante o de otro modo.

- Derecho a que todas las resoluciones procesales de control judicial que permiten el avance del proceso penal hasta el final y que suponen juicios indiciarios de culpabilidad, contengan una motivación fundada y no arbitraria de los indicios de comisión del hecho y la participación en él del sujeto a quien se refiere la resolución, como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas. Derecho que es aplicable igualmente a la adopción de las medidas cautelares (Considerando 16 Directiva 2016/343).

- Las medida cautelar de prisión provisional no es contraria a la presunción de inocencia si el auto que las acuerda no se refiere al sospechoso o acusado como culpable; si el órgano judicial para acordarlas: se basa en suficientes indicios de criminalidad frente al investigado, encausado, o acusado, como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, de las que se deduzca no solo la comisión del hecho sino su participación en él; el auto está fundadamente motivado respecto a la base fáctica y los indicios racionales de criminalidad, y su motivación no es arbitraria; la medida no suponga pena anticipada, y no se extralimite la prisión provisional de sus fines constitucionales y de los requisitos del artículo 503, utilizándose con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, que excedan los límites constitucionales. Sin embargo, podría ser contrario a este derecho la previsión legal que permite extender hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia recurrida (artículo 504.2 in fine LECrim).

3. La presunción de inocencia, para ser destruida como regla de juicio, incluye el cumplimiento conjunto de las siguientes garantías:

- Derecho a no probar la inocencia, pues ésta se presume, siendo la acusación quien pruebe los hechos constitutivos de delito y la participación del acusado en el hecho, sin que se pueda invertir la carga de la prueba.

- Derecho a prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito y a la participación en el delito del acusado.

- Derecho a una prueba lícita desde el punto de vista constitucional y procesal

- Derecho a una prueba legalmente practicada conforme al principio de libre valoración, en los términos del 741 LEcr.

- Derecho a que se exprese motivadamente en la sentencia el proceso valorativo de toda la prueba practicada y su suficiencia para enervar la presunción de inocencia.

- Derecho a una prueba racionalmente valorada.

- Proscripción de la prueba dudosa para condenar: *in dubio pro reo*. Esta última garantía tendrá que ser interpretada conforme a la Directiva 2016/343, modificando la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la excluye como parte del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, y volviendo a su doctrina anterior.

Por tanto, si no se cumple alguna de las anteriores garantías, la sentencia debe ser absoluta, por lo que esta vertiente del principio ha de ser tenida en cuenta por el juez o tribunal para dictar sentencia, pero también se puede tutelar por vía de recurso de apelación y casación. Además agotada la vía ordinaria cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, salvo para el *in dubio pro reo*, mientras no se revise esa interpretación a la luz de la Directiva 2016/343.

4. Nuestro sistema procesal penal puede perfeccionarse desarrollando el contenido de los derechos incluidos en estas vertientes del principio de presunción de inocencia, sobre todo como regla de tratamiento, por lo que la transposición de la Directiva a nuestro Derecho puede ser una buena oportunidad para mejorar la construcción teórica y aplicación práctica de este derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARANGÜENA FANEGO C. “Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales”, Diario La Ley 2402/2017

BANACLOCHE PALAO, “Aspectos fundamentales de Derecho Procesales Penal”, 3ª ed. La Ley, Madrid, 2015

CUERDA RIEZU A. “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional” En Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1999, Tomo III,

DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: tutela judicial efectiva». En: Alzaga Villaamil, Óscar. Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo III. Madrid: Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1996

ECHARRI CASI, F.J.. “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”. Diario La Ley, núm. 7632 (2011)

FERNÁNDEZ LÓPEZ M *Prueba y Presunción de Inocencia*, Iustel, Madrid, 2005

GUERRERO PALOMARES S “¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?” Revista de Estudios Europeos Nº extraordinario monográfico, 1-2019, 1

LARA PEINADO F., *Código de Hammurabi*, Madrid 1997.

MARTÍN DIZ F. “Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género” *Ius et Praxis* vol.24 Nº 3 Talca dic. 2018, p. 26

MASCAREL NAVARRO, Mª J., “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, 1987, nº 3

MIRANDA ESTREMPES M. "Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado", en *El Tribunal del Jurado, Cuadernos para la práctica judicial*, Consejo General del Poder Judicial Nº V, Madrid 1992, p. 607

NIEBA FENOL J. "La razón de ser de la presunción de inocencia", In *Dret*, Barcelona, 2016.

PICÓ Y JUNOY, J *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 155.

VÁZQUEZ SOTELO J. L "La presunción de inocencia", en *Los Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial nº V, Madrid 1992, p. 293

VEGAS TORRES *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid 1993

VILLAMARÍN LOPEZ M.L. "La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio" *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, Julio 2017.

PÁGINAS WEB

FAIR TRIALS Y LEAPS (2017), *EU Directive on the Presumption of innocence: implementation toolkit*, -2017, en https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/06/Presumption-of-Innocence-Toolkit_2.pdf. pp. 27 a 29

SUBIJANA ZUNZUNEGUI J.I. "El sistema español de garantías a la luz de las Directivas y Jurisprudencia europeas" 2017, www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_4248_3.pdf