

EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
y del Instituto Europeo de España. Profesor de Universidad.

ES innegable que el proceso penal es el único instrumento adecuado para la realización de la justicia penal, del llamado *ius puniendi* del Estado, pero, como dice el profesor Gimeno Sendra, en un Estado de Derecho la función del proceso penal no puede ser reconducida exclusiva y mecánicamente a la citada aplicación del Derecho penal, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar la libertad del ciudadano inocente. El proceso penal se erige, pues, en un instrumento neutro de la jurisdicción, cuya finalidad estriba tanto en actuar el *ius puniendi* como en declarar (y, si procede, restablecer puntualmente a través del *habeas corpus*) el derecho fundamental a la "libertad" que en tanto valor superior del ordenamiento jurídico ocupa en nuestra Constitución (art. 1º. 1) incluso una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas. Ahora bien, con la asunción de dicha función no se agota la finalidad del proceso penal, toda vez que, al menos en aquellos países que, como es el caso del nuestro, secundaron el modelo francés de acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito, también el proceso penal ha de convertirse en instrumento útil para la reparación de la víctima y, finalmente, tampoco cabe desconocer la función de reinserción que podría asumir el proceso penal contemporáneo.

Por ello es tan definitivamente importante que el proceso penal ofrezca a todos, al acusado, a la víctima y a la sociedad toda, un grado de garantías tal, que el pueblo que es,

en definitiva, el titular de la soberanía conforme a nuestra Constitución, alcance, cada día en mayor medida, la convicción de verdad que el proceso conlleva, de las dificultades que el juzgar a otro entraña y que en cuanto el mismo como jurado intervenga se convencerá de todo ello (v. art. 125 CE) y sabrá que no siempre las absoluciones equivalen a certeza de inocencia, sino a dudas en la culpabilidad.

De ahí que la institución del sobreseimiento provisional o archivo de esta naturaleza haya de alcanzar en el futuro su completa y más exacta significación y trascendencia, evitando que acusaciones endebles, sin la suficiente prueba, puedan conducir a sentencias absolutorias que, en ocasiones, escandalizan. Por ello es por lo que de una u otra manera propugnamos el restablecimiento del auto de procesamiento (art. 384 LECrim) o resolución análoga (que fue siempre una garantía del justiciable y no un baldón), y la construcción de un verdadero y eficaz filtro judicial que separe perfectamente la fase de las acusaciones provisionales de la llamada apertura del juicio oral.

LA PROFUNDA SIGNIFICACIÓN DEL PROCESO PENAL

El proceso penal es el único camino legítimo, frente a lo que sucede en otros campos jurisdiccionales, para que sobre él discorra el Derecho penal y pueda ser aplicado. No puede concebirse un Derecho penal realizado extramuros del proceso y en este orden de cosas ni siquiera la institución de la conformidad tiene un completo paralelismo con el allanamiento del proceso civil.

Obviamente, en una sociedad cuya plataforma venga constituida por el Derecho como limitador de poderes, como coordinador de los mismos y como plenitud de garantías para cuantos en él intervienen, el proceso penal al ser barrera infranqueable de posibles abusos en la investigación, criba de aquellas pruebas que no merecen este nombre, según veremos enseguida, y plenitud de derechos para las partes (y en este sentido nos remitimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de Roma y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York), las decisiones absolutorias serán acaso más numerosas que en otros sistemas en los que la "prueba" (entre comillas) viene ya preesta-

blecida por actuaciones no propiamente procesales, dotadas a veces de una fuerza incompatible con los principios de un Estado de Derecho.

Pero ésta es, entre otras, la grandeza de los Estados de esta naturaleza y de cuantos principios a él se incorporan, aunque haya de advertirse, sin solución de continuidad, que si el Sistema funciona bien (y en este sentido ha de destacarse el relieve que en el proceso penal alcanza hoy el Ministerio Fiscal), no tienen por qué existir bolsas de impunismo injustificadas que, con toda razón, producen escándalo social, teniendo en cuenta, como ya adelantamos, que sólo debe abrirse el juicio oral cuando "probablemente" vaya a producirse una condena contando con un material provisional de "prueba" apto, si se confirma, para que la sentencia condene, evitándose así la llamada "pena de banquillo", que constituye un inequívoco borrón para el propio Ordenamiento jurídico que pueda permitir su abuso.

En este sentido se habla de los "juicios paralelos" que, como bien sabemos están prohibidos en muchos Estados por respeto a las decisiones judiciales que han de producirse en climas de serenidad y sosiego. Pero con ellos o sin ellos (una cosa es informar y otra bien distinta tomar decidido partido por una determinada dirección) es imprescindible que los ciudadanos se convenzan de que con rumores, sospechas, corazonadas, convicciones derivadas de impresiones superficiales, no se puede condenar y que esta idea debe formar parte inseparable de nuestra cultura social compatible, por supuesto, con el convencimiento íntimo que cada persona alcanza cuando presencia un juicio o de él le informan los medios de comunicación, respecto a la existencia del hecho penal y de la participación en el mismo de una o varias personas.

El proceso penal, en relación a la sentencia, ha de pasar por distintas etapas respecto de las correspondientes exigencias. Posibilidad (para iniciar un procedimiento), probabilidad (para adoptar determinadas medidas cautelares, para procesar: los célebres indicios racionales de criminalidad: art. 384 LECrim, Ley de 9 de febrero de 1912 sobre competencia para conocer de las causas contra senadores y diputados, etc.) y, finalmente, certeza jurídica que consiste, a mi juicio, en el estado anímico de quien a través de determinadas pruebas, admitidas por el Ordenamiento y desarrolladas conforme a lo establecido en el mismo, ante el juez

o jueces que han de resolver, bajo los principios de contradicción, inmediatez y oralidad, alcanza el convencimiento de que el hecho típicamente antijurídico se realizó y fue cometido por quien es objeto de acusación.

En definitiva, certeza es conocimiento seguro y claro de alguna cosa (dentro de la relatividad del Derecho) y, por consiguiente, firme adhesión de la mente a algo conocible sin temor a errar.

Digamos en este sentido que las ideas acabadas de expresar se pretendieron cristalizar en las llamadas Reglas Mínimas del Proceso Penal que un grupo de juristas, bajo el auspicio de Naciones Unidas redactamos en Palma de Mallorca (por ello llevan su nombre) con la pretensión (que quienes han de decidir resolverán de su acierto o desacierto) de que sirvan de garantía mínima respecto de los derechos fundamentales de toda persona humana implicada, como acusado, víctima, testigo o perito en un proceso penal.

También en este sentido en Francia se ha promulgado la Ley núm. 93 de 4 enero de 1993 que reforma el procedimiento penal con importantes novedades en este orden de cosas.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS. UN SISTEMA DE GARANTÍAS

Debemos de partir de una idea muy clara: nuestra centenaria Ley de enjuiciamiento criminal es, en general, un sistema procesal penal modélico. Así de claro y de rotundo. En este sentido me expresé recientemente en el prólogo que escribí para la obra *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*, de Carlos Rodríguez Devesa y Martínez Aznar.

El profundo respeto a la persona humana, la realización con ella de un verdadero código procesal penal, la presencia de la oralidad, compañera necesaria de la inmediatez, en expresión afortunada del profesor Fairen, el reconocimiento de los principios constitucionales, como señala el profesor Gimeno Sendra, en una especie, añadido, de visión anticipada de esta venturosa realidad constitucional, la innegable presencia de legitimaciones materiales, más allá de las formales, también indispensables, y un largo etc., representa un punto de partida de excepcio-

nal valor y significación y, sin duda, también muchas veces, un magnífico punto de llegada.

En un excelente trabajo, el Fiscal del Tribunal Supremo, José María Paz Rubio, ha llevado a cabo un estudio exhaustivo de la prueba en el proceso penal a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Penal del Tribunal Supremo con muy acertadas apreciaciones y en él pone de relieve algo, a mi juicio, muy importante: el propósito laudable del legislador (de la LECrim) fue vulnerado cerca de un siglo, y los jueces y tribunales han dado prácticamente, hasta el año 1981, toda la importancia a las pruebas sumariales y muy poca al juicio oral. Normalmente, dice, los sumarios duraban cuatro o cinco años y el juicio oral apenas veinte minutos o media hora, los testigos no comparecían y sus declaraciones se daban por reproducidas, tampoco se discutían los informes periciales, etc. Prácticamente, antes de entrar a juicio, termina señalando, sabíamos los jueces y fiscales, o intuíamos, cuál podía ser la sentencia, pues esta se iba a basar principalmente en la actividad sumarial y las posibles sorpresas del juicio oral, si es que las había, iban a influir poco.

En este orden de cosas la tarea que ha realizado el Tribunal Constitucional ha sido inmensa, sobre todo en un primer momento, con las consiguientes sorpresas de quienes estaban o estábamos acostumbrados al viejo sistema, que no era el que quería establecer la ley de enjuiciamiento criminal, y que acabamos de dibujar de la mano de José M.^a Paz Rubio. A través de estas primeras sentencias, que hoy ya no son novedad, se puso de relieve, con valentía y acierto, lo que era y significaba el sumario y lo que había de suponer, conforme a nuestra Constitución, el juicio oral.

En esta situación nos encontramos, por fortuna, consolidadas ya estas posiciones que en un determinado momento parecieron revolucionarias cuando no eran otra cosa que la resurrección de la LECrim una resurrección *sui generis*, porque prácticamente no había vivido al haberse truncado desde su nacimiento su verdadero sentido.

A mi juicio, la preocupación actual de jueces y tribunales por constituirse en garantes de los derechos fundamentales es ejemplar. En este orden de cosas hay que citar el tema de las entradas y registros en un domicilio. En esta misma dirección la SAP de Madrid, de 21-7-92 (pte. Sr. Rodríguez González Palacios) al interpretar el art. 21.2 de la Ley de

Protección Ciudadana (LO 1/1992 de 22 de febrero). En este sentido, parte la resolución de un examen del art. 18.2 CE estudiando después el concepto de delito flagrante que ha de recibir una interpretación restrictiva (v. STS 29 de marzo 1990: Inmediatez temporal y personal y necesidad urgente. En virtud de las consideraciones que lleva a cabo declara la prueba obtenida como radicalmente nula y carente de validez en el proceso en que se practicó, por lo que, dice, ha de considerarse como inexistente en razón a lo establecido en el art. 11.1 LOPJ.

En este punto, y ello es compatible con lo que venimos sosteniendo, hay que estar atentos a la validez de las pruebas y abiertos a las nuevas tecnologías. Así a la investigación biológica mediante el análisis del ADN del esperma hallado en el cadáver de una joven siempre que se garanticen de manera incondicionada y de forma plena los derechos de las partes y especialmente del acusado (STS, 13 julio 1992, pte. E. Ruiz Vadiello).

En la misma dirección, el Auto de 18 de noviembre de 1992 de la Sección 15 de la AP de Madrid, pte. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad con respecto al art. 21.1 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana citada, por estimar que se halla en contradicción con el art. 18.2 último inciso de la CE con una exposición, cualquiera que sea la decisión del TC cuando corresponda tomarla, a mi juicio, de altura y de rigor expositivo y de contenido, repito que sin que ello suponga en absoluto tomar partido en el problema que está *sub iudice*.

LA CONSTITUCIÓN, EUROPA Y LA NUEVA PERSPECTIVA DEL PROCESO

Pese a lo acabado de decir no todo está hecho, entre todos hemos de seguir trabajando en esa unívoca dirección. Ahora sabemos bien cuál es el norte y hacia él hemos de dirigir nuestros pasos.

En este sentido me parece de estricta justicia rendir un tributo de admiración y de reconocimiento a mis compañeros los jueces y magistrados porque, en mi modesta opinión, en líneas generales, el proceso penal en España cada día se está realizando mejor y en cada momento me parece que estamos más cerca del ideal constitucional.

Podemos y debemos decir, sin falsos triunfalismos, que la exigencia de las garantías que el proceso penal presupone, que la mo-

tivación de las sentencias, de acuerdo con el art. 120 CE, que la búsqueda incesante de la verdad histórica para plasmarla en las correspondientes decisiones judiciales sin traspasar jamás lo que es infranqueable (es decir, los derechos inalienables e irrenunciables de la persona humana, en los términos que enseguida veremos), es hoy una realidad gracias a la inquietud y sensibilidad de quienes juzgan, de los fiscales y de los abogados y procuradores.

Tratar ahora de hacer un estudio pormenorizado de los instrumentos internacionales relacionados con el tema que venimos estudiando sería introducirnos en un camino imposible de recorrer por falta de tiempo. Baste decir que por el talante de nuestros constituyentes, por el momento en que la Ley Fundamental española nació y por la voluntad del pueblo español que la ratificó, disponemos de una de las Constituciones más completas y más garantizadoras de los derechos de todas las personas, no sólo de los ciudadanos y más en línea con lo que hoy constituye la cultura política, social y jurídica de nuestro entorno.

Tampoco es momento y lugar para tratar de llevar a cabo una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional, magníficamente recogida y comentada en tratados, monografías y estudios de revistas, pero sí, acaso, lo es de dejar constancia de que sería un error examinar una sola de las instituciones, en cualquiera de sus manifestaciones, fuera del contexto general en el que alcanzan todas unidas su verdadero sentido y significación.

El proceso penal es una institución muy compleja en la que confluyen sistemas y subsistemas varios: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso con todas las garantías donde se incluyen la proscripción de toda indefensión, el principio acusatorio, el derecho a la prueba (aunque el juez o tribunal pueda rechazar, motivándolo, la práctica de la que no sea pertinente o necesaria), el derecho a impugnar las resoluciones conforme a lo establecido en la ley, etc. Todos ellos son piezas de un sistema, coordinadas entre sí y que sólo dentro del conjunto alcanzan su verdadero sentido.

Como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del TC (por todas, SS 31/1981, 148-1983, 145/1985 y 165/1990) la única prueba apta para llegar al pronunciamiento de la condena es la practicada en el acto del juicio oral en cuanto sometida a los princi-

plos de contradicción, publicidad e inmediatez del tribunal sentenciador (v. STS 3 diciembre 1991).

Sin embargo, la prueba practicada en el sumario o en general en la fase instructoria, puede ser tomada en cuenta como preconstituida a los efectos del art. 741 LECrim en aquellos casos en que sea imposible o, al menos, de difícil reproducción en el acto del plenario, así, en el supuesto de testigos residentes en el extranjero (SS TC 124 y 154/90).

Respecto a la practicada en Estado extranjero, se ha de estar a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y ratificado por España el 14 de julio de 1982. El art. 4º del Convenio citado establece que a la práctica de la diligencia solicitada en el extranjero podrá concurrir la parte que lo solicite expresamente.

Digamos en este orden de cosas que todo ello ha de servir para formar la convicción judicial que jamás, tanto respecto a los hechos nucleares como a los elementos periféricos; es decir, a las circunstancias de agravación (no a las atenuantes), pueden apreciarse a base de conjeturas, suposiciones o hipótesis en contra del reo. De entre las diversas opciones que en cada caso se presenten, el tribunal habrá de elegir la más favorable al acusado. (v. STS 11 junio 1991)

Señalemos, por último, en este apartado, que a la toma de decisiones judiciales ha de contribuir mucho el conocimiento de la psicología del testimonio tratando de descubrir la verdad que, en ocasiones, pese a la buena voluntad del testigo, queda encubierta por factores muy diversos. Otro tanto sucede con el coimputado (y con las víctimas que sin dejar de serlo son testigos, a veces, únicos (pensemos en un gran número de violaciones). Las ideas posibles de venganza, de odio, de resentimiento, de búsqueda de un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser examinadas con todo detenimiento. Por ello el conocimiento de estas realidades científicas por parte de la Policía es igualmente muy importante atendida la trascendencia de su tarea completamente unida al quehacer judicial a través de la función investigadora que ha de ser completa, objetiva y serena para permitir después, una prueba eficaz que permita la motivación.

La STC 224/1992, de 14 de diciembre, afirma que el art. 92.1 del Código penal se ha

de interpretar en el sentido de que, aunque no se diga expresamente, también la denegación del beneficio de suspensión de condena ha de ser motivado por exigencia del art. 24 CE y establecerlo así expresamente el art. 120.3 de la misma.

Se podrían poner infinitos ejemplos de resoluciones tomadas incluso un poco al azar porque estoy convencido de la unidad del sistema y de que siguiendo estas pautas de comportamiento que, por otra parte, no son ni tan difíciles ni tan complicadas, reduciríamos los supuestos de impugnación cuando no tienen realmente fundamento alguno y dotaremos, al mismo tiempo, de una mucha mayor eficacia al ordenamiento jurídico.

LA PRUEBA. TEORÍA GENERAL

La teoría general de la prueba, aunque tiene una evidente vocación generalizadora, ofrece también determinadas especificidades cuando se refiere al proceso penal como a cualquier otro, acaso más en el penal. Como dice el profesor Almagro Nosete, estas especialidades radican en la separación del proceso penal en dos fases principales (instrucción y juicio) y, materialmente, en la distinción entre averiguación y prueba como cometidos distintos que se realizan dentro del proceso penal. Tan crucial resulta que quede garantizada la separación entre una y otra, sin confusión posible, que los juristas han ideado dos formidables mecanismos técnicos para asegurarla. De un lado, el juicio de acusación que reserva a los órganos jurisdiccionales la llave para permitir, existiendo acusación de parte, la celebración del juicio oral (en mi opinión, el filtro actualmente existente resulta a todas luces insuficiente, como ya puse de relieve), del otro, el derecho a la presunción de inocencia que con independencia de proyecciones más amplias, donde verdaderamente despliega sus exigencias es en materia probatoria al atribuir todo el peso de la carga de la prueba a la acusación, reclamando el órgano judicial para ser destruida un pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado si se determina su condena.

Como se ha dicho tantas veces en las sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo, nada llega probado al juicio oral. Todo ha de acreditarse ante el juez o jueces que hayan de decidir, a través de una prueba originada y desarrollada conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico,

bajo los ya reseñados principios de oralidad, intermediación y contradicción.

En este sentido conviene decir esto: 1º Que la investigación prepara la prueba pero no es prueba, y 2º Que también el sumario puede servir de plataforma para la convicción del juez, si lo que en dicha fase se hizo (sumario o instrucción, en general) se reproduce en el acto del juicio oral, en el cual el juzgador podrá ya conceder más o menos credibilidad a una u otras manifestaciones (las del período de investigación o las del juicio oral si aquéllas se prestaron con todas las garantías).

En este aspecto y con ciertas reservas, hay que exceptuar las llamadas pruebas preconstituidas. Respecto de ellas el Tribunal Constitucional ha declarado que las pruebas practicadas en el sumario o, en general, en la fase instructora, pueden tomarse como prueba documental apta para formar la convicción jurídica (SSTC 80/86; 25/88; 60/88; 150/89; 217/89; 51/90; 124/90; 140/91; 10/92).

Como dice el Fiscal Francisco Hernández Gil, prueba preconstituida equivale a prueba anticipada, comprendiéndose bajo este concepto tanto los casos en los que, para asegurar los medios de prueba, ésta se practica antes del juicio oral con las garantías procesales, como los actos de investigación o sumariales que habiéndose practicado también con las garantías procesales son irreproducibles en el juicio oral o, bien, las diligencias sumariales reproducidas en el juicio en condiciones que permitan a la defensa someterlas a contradicción (SSTC 150/87; 82/88; 137/88; 201/89). La conversión en actos de prueba de las diligencias sumariales o preparatorias se condiciona siempre a que se ratifiquen en su contenido sus protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en el juicio oral, no bastando la fórmula: "por reproducidas".

Como excepción, por consiguiente, al principio general de que sólo se consideran pruebas que forman convicción de los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, se reconocen, de una parte, los supuestos de prueba anticipada, y de otra, los casos en los que las diligencias de investigación, sumariales o previas, se reproducen en el juicio oral y se las somete a contradicción.

Teniendo en cuenta que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de prueba libremente sometida al criterio del juzgador (naturalmente que con obligación de moti-

var), ello significa que esta prueba preconstituida puede servir para la condena, no que necesariamente sobre ella haya de condenarse (v. art. 741 LECrim).

Pero no creamos que con estos principios la verdad no puede prosperar. Son muchas las posibilidades, con absoluta legitimidad, de descubrir la realidad histórica con el más profundo respeto a las ideas ya expuestas.

La STC 13 de octubre de 1992 dice: En definitiva, el atestado equivale, en principio, a una denuncia pero también tiene virtualidad probatoria cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes de la policía judicial en forma (arts. 292 y 293 LECrim) han de ser calificados como declaraciones testificales (v. STC 18 enero 1988). Por otra parte, hay partes en el atestado como pueden ser la aprehensión de los delincuentes, sorprendidos *in fraganti*, la constancia de cuerpos, efectos o instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan en el concepto de prueba preconstituida o anticipada que no son practicables durante el juicio oral por ser de imposible reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 107/83 y 21/1989, así como A. TC 637/87.)

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio *in dubio pro reo* ha gobernado siempre el proceso penal, pero la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la CE es algo más, mucho más.

Mientras no exista una prueba de cargo en los términos ya examinados, no cabe condena porque no puede actuar el art. 741 LECrim. Sólo cuando haya prueba de cargo y de descargo (situación que se da con mucha frecuencia) y el tribunal dude, entrará en juego el citado principio *in dubio pro reo*.

Por ello cuando esta incertidumbre se exterioriza en la sentencia del tribunal *a quo*, cabe la alegación de tal principio como vulnerado, vía casación y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ.

Pero esta prueba sobre la que apoyar la condena, como ya dijimos, ha de ser legítima. No caben "pseudopruebas" o pruebas que, en su origen o desarrollo, sean contrarias a la ley. Por ejemplo, una declaración de acusado prestada bajo tortura, una indebida interceptación telefónica, una entrada y re-

gistro en un domicilio (incluyendo la habitación de una pensión, residencia u hotel), etc. En todos estos casos y en todos los demás de análoga significación, estas "pruebas" han de ser radiadas del proceso y tenidas por no existentes.

Un proceso penal está compuesto por una serie de secuencias, como si se tratara de un film, es decir, de una película cinematográfica. De ella ha de eliminarse todo cuanto haga referencia a las pruebas radicalmente nulas en los términos que de manera casi inmediata vamos a ver. Los trozos de esta película no afectados de nulidad se unirán después, sin solución de continuidad, separadas definitivamente las zonas infectadas, hasta formar el capítulo completo de la prueba válidamente practicada.

Por consiguiente, la prueba nula (y no habría necesidad de decirlo) no enerva la presunción de inocencia que seguirá produciendo todos sus efectos mientras no exista una prueba de cargo en los términos de corrección ya examinados.

En este sentido y una vez más me remito a la obra del profesor Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del acusado e íntima convicción del tribunal*, que fue pionera y que sigue conservando plenamente su vigencia y actualidad como todos los trabajos y estudios serios, rigurosos y profundos.

La STC de 13 de octubre de 1992, siendo ponente D. Rafael Mendizábal Allende, ha fijado una vez más las exigencias de la presunción de inocencia: 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos. 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad. 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador que se ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. (En este sentido, STC 76/1990, de 26 de abril.)

Sin olvidar, como en tantas ocasiones se ha dicho, que el principio de igualdad ofrece en el proceso penal unas características *sui*

generis al no estar situados en idéntica posición los acusadores y los acusados. Así, en el deber de información, en la presunción de inocencia, etc. También en el llamada imparcialidad objetiva que sólo puede hacerse valer por el acusado (STC 13 de octubre de 1992, pte. D. Vicente Gimeno Sendra) por ser una exigencia derivada del principio acusatorio que, añadimos nosotros, supone un techo respecto de las posibilidades del juez o tribunal, pero no un suelo.

TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como dice Giménez Pericás, el hallazgo de la verdad como realización de cualquier valor —belleza, bondad, etc.— es tendencial, aproximativo. Un criterio negativo del valor, tanto como una concepción absoluta del mismo, conllevaría actitudes dogmáticas y por tanto autoritarias. Los resultados de las afirmaciones judiciales de criterios dogmáticos de verdad fueron en la historia pavorosos e ingentes, el tribunal de la inquisición, las cazas de brujas, los llamados procesos de Moscú, la justicia hitleriana, los consejos de guerra sumarísimos de España, a ninguno de ellos, dice, se les puede negar su radical búsqueda de la verdad. Por otra parte, la higiénica relativización de la verdad material o, si se quiere, su reducción a escala humana, sólo se puede lograr a través del rigor en la obtención de las pruebas.

Se sigue de ambas observaciones que no sólo por la imposibilidad cognoscitiva de la verdad material absoluta, al menos a través del proceso, sino por los riesgos que tan soberbia pretensión conlleva, que el objeto del proceso penal para conseguir la realización de la justicia como uno de los valores superiores proclamados, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, en el art. 1º de la Constitución, es la obtención formalizada de la verdad.

No hay que tener preocupaciones cuando las cosas se hacen bien. Al contrario, en esta situación de regularidad el proceso penal sirve perfectamente bien para condenar al culpable y también con igual rigor lo que todavía es más importante para absolver al inocente.

Cuando acontece que alguien considerado, en principio, como participe en un hecho penal es absuelto, esto es, tratado como un inocente, lo correcto es reflexionar porque sucedió así. Pudo ser porque la actividad preparatoria conducente a demostrar la ver-

dad real o verdad histórica no fue como debió haber sido. Como antes dijimos la investigación es el soporte de la prueba pero no es la prueba. Entonces lo procedente hubiera sido afinar más el procedimiento para tratar de descubrir los testigos, si los hubo, las pruebas materiales, huellas, el correspondiente examen de las huellas genéticas, etc. Si en aquellos instantes ya no era posible llegar más lejos en la investigación, probablemente hubiera sido conveniente, como también se anticipó, aplazar la petición de apertura de juicio oral y esperar dentro de un sobreseimiento o archivo provisional, sin precipitaciones contraproducentes.

También puede acontecer que agotada humana y técnicamente la investigación y facilitadas ante el juzgador las pruebas correspondientes, el tribunal por cambios en las manifestaciones en el acto del juicio oral, por titubeos o dudas de quienes declaran, haya alcanzado un estado de incertidumbre que, obviamente, ha de desembocar en una absolucón lo que es correcto y acertado.

No podemos ahora entrar en el estudio de dos problemas íntimamente relacionados con el tema central de este trabajo por razones de tiempo y extensión. Nos referimos a las posibilidades legales de repetir un juicio oral estableciendo las fronteras entre lo permitido y lo que constituye infracción del principio procesal *non bis in idem*, por una parte y por otra a cuando haya de decretarse la nulidad de la prueba que ofrezca esta condición. Si ha de hacerlo el propio Juez Instructor o la Sala. A mi juicio, depende: si se trata de una nulidad inequívoca, por ejemplo, se demuestra que el acusado confesó (v. art. 406 LECrim.) después de serle propinada una paliza (hecho indubitado), habrá de hacerlo el Instructor tan pronto como este hecho esté acreditado porque sólo así podrá recomponer de manera inmediata las piezas de la investigación, prescindiendo de la declarada nula. En cambio, si se trata de nulidades derivadas de situaciones complejas que exigen una profunda reflexión y hasta una contradicción entre las partes (cfr. art. 793.2 de la citada LECrim.) entiendo que habrá de ser el tribunal juzgador.

En este sentido hemos de citar la SAP Almería de 10 de diciembre de 1992 (pte. Sr. García Laraña), que plantea varios problemas todos especialmente interesantes: El momento adecuado para decretar la nulidad de las pruebas, distinguiendo dos períodos de tiempo, antes de la LOPJ y después y, aun dentro del primero, señala ciertas mati-

zaciones. El art. 240 de la citada LO (v. SS TC 191/88, de 17 de octubre, y del TS, de 1 de febrero de 1989) permite, dice la S de Almería, que la nulidad se haga valer a instancia de parte y de oficio, sin necesidad de aplicar por analogía el art. 793.2 LECrim, en el procedimiento abreviado. Al comenzar la práctica de la prueba es cuando se ponen de manifiesto unos posibles defectos esenciales y no es posible retrasar la decisión porque refiriéndose en concreto a la prueba de interceptaciones telefónicas, se oírían. (Cfr. el tema de la contaminación de las pruebas nulas, es decir, la teoría de los frutos del árbol envenenado, exponiendo una serie de consideraciones, en mi opinión, acertadísimas. En este sentido, es obligada la cita de la magnífica obra del profesor José M^a Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*.)

Aunque no debemos salirnos del tema concreto objeto de esta ponencia, es importante destacar el problema que se origina con la llamada provocación para delinquir por parte de los agentes de policía, debiéndose señalar, en este orden de cosas, la atipicidad de la conducta de dichos agentes cuando contactan fingidamente con el distribuidor de la droga a fin de investigar los canales del narcotráfico. Es decir, hay que distinguir cuándo la provocación hace nacer el delito de aquellos otros supuestos en los que el delito existe y la actividad del Agente consiste en descubrir la operación. (Me remito a las interesantísimas consideraciones del profesor Felipe Ruiz Antón.)

EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD REAL. SUS LÍMITES

La verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a lo que acaece en otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental (cada vez menos), sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa de lo que constituye el elemento nuclear de los derechos humanos fundamentales, así la libertad, la dignidad, la intimidad, etc., que son presupuestos indeclinables de la Constitución en cuanto contemplan la persona humana, esen-

cialmente libre, como base de la convivencia democrática en paz.

De ahí que deba existir un obligado correlato, una proporcionalidad entre el valor y significación de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de una persona que, en principio, son ilegítimas (pensemos, por ejemplo, en las intervenciones corporales).

Nadie duda de que estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, desde luego, excepcionales, conformes a Derecho, pero para que esto se pueda afirmar es imprescindible que exista una necesidad de llevarla a cabo (para ello habrá de examinarse la naturaleza del delito y las probabilidades de éxito de la medida) y que su resultado tenga una presencia activa y real en el juicio oral hasta donde sea posible (intervenciones corporales, entradas y registros, interceptaciones de correspondencia postal, telegráfica o telefónica, intervención de ordenadores, etc.).

Sólo la Ley directamente (v. art. 55.2 CE) y la decisión judicial que tenga apoyo en la ley, expresa y motivada, pueden decretar estas invasiones.

La proporcionalidad supone correlación entre la medida y la finalidad (como antes dijimos graduar la decisión a tomar con la naturaleza del delito, su gravedad, posibilidad o no de descubrir el delito por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados, etc.). Sólo los delitos graves (a mi juicio, en principio, los castigados con penas superiores a seis años) pueden dar lugar a estas medidas y además por el tiempo absolutamente indispensable y procurando a toda costa que no afecten a personas distintas de las afectadas directamente por la medida.

A mi juicio, excepciones a estos principios, es decir permisividad incondicionada no puede darse nunca, salvo cuando la Ley Orgánica así lo establezca. Si por una disculpable falta de apreciación se pretende descubrir un asesinato y se descubre un hurto, con toda obviedad, la proporcionalidad exigible existía porque ésta ha de medirse respecto del presunto delito no de la real infracción.

En el proceso penal, el ciudadano, la persona en general, puede verse sometido a restricciones de la más variada índole, como con acierto recuerda Tiedemann. El papel del Derecho radica precisamente en que estas restricciones, sin suda necesarias en determinadas ocasiones, respondan siempre e inexcusablemente a principios de justicia, de

seguridad y certeza y de proporcionalidad desterrando toda arbitrariedad y ligereza.

Prácticamente todas las instituciones garantistas del justiciable lo son también de la sociedad, es decir de todos los ciudadanos de todas las gentes porque potencialmente cualquier persona se puede ver sometida a la condición de imputado, y así como, desde lejos, a veces, el problema se juzga con cierta precipitación, la auténtica preocupación surge cuando aquella persona que jamás pensó verse envuelta en las redes de un proceso penal alcanza la condición, como acabamos de decir, de acusado.

Como destaca el magistrado y profesor Jacobo Barja y López Quiroga, uno de los más ilustres monografistas del tema de las interceptaciones, con la escucha telefónica, existían anteriormente a la LO 4/1988, de 25 de mayo, problemas de carácter estrictamente foral cuyo enclave necesariamente habrá de realizarse en el ámbito de la admisibilidad probatoria, pero ¿cómo ha de practicarse esta deligencia a partir de la ley? Generalmente, dice, tiene carácter medial y en este sentido resulta de gran utilidad. ¿Es una confesión? Si el interlocutor es un agente que trata de sonsacar, no vale (tema del agente provocador al que acabamos de hacer referencia). En todo caso, termina diciendo, hay que exigir un examen riguroso de los presupuestos existentes, de los requisitos y de los correspondientes controles.

La STS de 2 de junio de 1992, pte. Sr. De Vega, dice: Si desde la perspectiva funcional es el art. 192 bis CP el que castiga la interceptación telefónica legítima es, en cambio, el art. 497 bis el que contempla análogo comportamiento, desde el punto de vista del particular. Sólo por la LO 4/88 de 25 de mayo, se modificó el art. 597 LECrim. para desarrollar, imperfectamente, por cierto, el art. 18.3 de la Constitución. La interceptación telefónica es un medio idóneo de investigación como prueba indirecta, si es traída al juicio oral, por lo menos para dar la posibilidad de oírlas a las partes, si así lo exigieran. Pero han de ser cintas entregadas al juzgado, realizadas previa autorización judicial y con transcripción literal (v. STC de 29 de noviembre de 1984 y SSTS de 4 febrero de 1988, 17 de abril 1989 y 12 de febrero de 1990).

EL ENCADENAMIENTO DE LAS ILICITUDES

Debemos indicar que no puede hablarse de pruebas lícitas que procedan de otra u

otras ilícitas. Ésta es, en definitiva, la teoría de los frutos del árbol envenenado.

En estos casos hay que hilar muy fino. Pensemos que se trata de una prueba obtenida lícitamente pero a la que se ha llegado gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. A mi juicio, tampoco vale esta prueba.

Otra solución haría completamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una determinada prueba porque a pesar de tal declaración, siempre o casi siempre, serían obtenibles de ella determinadas pruebas, en cascada, contrarias al imputado. Se entra en un domicilio, con o sin mandamiento (en este último caso se trata de una violación constitucional y de un delito), y se ocupa una agenda y de ella determinadas direcciones y a través de ellas se obtiene la trama de una organización. Todo debe ser nulo.

En cambio, no lo será cuando la prueba radicalmente nula (otra cosa es la prueba con irregularidad procesal que admite ser sanada) pueda ser aislada. En este caso la nulidad será predicable de aquella prueba que haya incurrido en la misma no de las demás, por ejemplo, se entra en un domicilio incumpliendo las prescripciones legales y se ocupa droga. Esta prueba es nula, pero al mismo tiempo, se detiene a un individuo que subía al piso en el que se entró indebidamente y declara que frecuentemente él y otros conocidos adquirían heroína en la casa del inculcado. Esta segunda prueba puede, sin género de dudas, ser utilizada en contra del reo y para ello este testigo adquirente de la droga deberá ser propuesto como testigo en el acto del juicio oral.

CONSIDERACIONES FINALES

En esta reflexión final todos debemos aportar nuestros conocimientos y, ¡por qué no!, nuestros sentimientos.

En orden al tema central de nuestro trabajo, es bien sabido que no todos han pensado ni piensan lo mismo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha sido paradigmático en este sentido. El juez Cardozo consideró que la prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que obteniendo dicha prueba hayan cometido una infracción, policías o particulares, sean sancionados por la infracción cometida.

En la otra dirección, el juez Holmes entendía que la única sanción real y eficaz que podría impedir los abusos en la obtención de estos

medios de prueba consistía en establecer la no admisibilidad en juicio de la prueba obtenida ilícitamente. De esta manera, concluía, no se intentarían obtener estas pruebas en el convencimiento de que no alcanzarán eficacia alguna en el juicio. No parece necesario destacar ahora que me alinee sin ninguna reserva con este último juez, porque en otro caso, ¡seamos realistas!, las pruebas ilícitas estarían a la orden del día y los principios a los que responde la consecuencia de decretar la nulidad se vendrían abajo estrepitosamente y diariamente.

Como ya dijimos, ciertamente que tampoco hay que caer en el extremo de entender que la prueba nula destruye, como en una especie de gripe contagiosa, a toda la actividad de investigación y a todos los medios probatorios.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que hacen esta separación y sobre tal diferencia descubren cuál es el vicio originario y hasta dónde se extiende.

Estoy convencido de que nuestra Policía, que alcanza, sin duda, cada día mayores cotas de tecnicismo y de rigor científico en sus investigaciones y que, desde luego, asume de manera incondicionada los valores de nuestra Constitución, sabrá conducirse de tal manera que la investigación se realice, en los supuestos de actuar antes de intervenir el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción de tal manera que se ajuste en todo a las exigencias de nuestra Ley Fundamental y del resto del ordenamiento jurídico.

Por ello, acaso, no esté de más, por la relación estrecha que guarda con lo que estamos diciendo, en orden al respeto de la persona humana recordar que todos cuantos acuden a un Juzgado o Tribunal de Justicia han de ser tratados con respeto considerándolos como lo que son: personas humanas. Unos porque vienen a colaborar, como es el caso de los testigos y peritos, otros porque son acusados y necesitan también de nuestra consideración (si el fin de la pena es la reinserción, ésta ha de empezar desde el instante mismo en que el presunto inculcado es detenido y al hacer esta afirmación diferencio perfectamente la utilización del rigor imprescindible para llevar a cabo la correspondiente actuación, por ejemplo, detener a una persona, del respeto que esa misma persona merece).

Las víctimas, especialmente, han de recibir toda la atención que merecen. Si la sociedad no ha sabido o podido evitar el delito debe procurar que su situación moral, psí-

quica, económica no se agrave más de lo que sea inevitable.

También la víctima ha de ser muchas veces resocializada. Lo necesita. Después del delito, cuando éste es grave o humillante, entra en una fase de hundimiento. Todos estamos de acuerdo en ello, cito a los profesores Beristain, García Pablos, Landrove, al magistrado Martínez Arrieta, etc.

Precisamente este último en su trabajo "Hacia una ley de protección de las víctimas de delitos", publicado el 6 de diciembre de 1991, cita el Convenio núm. 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, y las Recomendaciones 11, de 1985, y 21, de 1987 sobre indemnizaciones así como la Declaración de Naciones Unidas de 1985.

También me parece importante recordar otra vez las llamadas Reglas Mínimas del Proceso Penal de Palma de Mallorca, elaboradas bajo los auspicios de Naciones Unidas por un grupo de juristas, ya publicadas y traducidas a varios idiomas, respecto a la protección a la víctima y a la conveniencia de crear un Fondo de Asistencia. Como ha dicho recientemente el profesor Roxin con la indemnización a las víctimas trataremos de "resocializar" o, al menos, congradarlas con el sistema penal.

Probablemente no nos damos cuenta de ello y del bien social e individual que cada uno en nuestra esfera de actuación podemos hacer. En muchas ocasiones, la víctima es el testigo, a veces el único testigo de cargo, la única prueba sobre la que se podrá construir la condena y se olvida esta circunstancia y su sufrimiento. (Pensemos en los delitos de violación, en los atracos callejeros, etc.) Y hemos de lamentarnos que esa víctima permanezca esperando en el vestíbulo al lado

del agresor y que la espera sea mucho más larga de lo que sería necesario... cuando todo ello es fácilmente corregible. Y que se la llame tres o cuatro veces sin auténtica justificación...

Todo pertenece, acaso, a un tema único, el proceso penal y su hundimiento en las raíces más profundamente sensibles de la persona humana.

Como ha dicho el profesor Rodríguez Ramos en la presente coyuntura histórica del Derecho penal español, tanto sustantivo como procedimental y orgánico procesal, es importante que todos nos concienciamos de la necesidad de abrir y mantener un gran debate sobre el modelo de justicia penal más adecuado para nuestro país.

En todo caso me gustaría terminar con una breve reflexión: Sólo alcanzaremos la Paz si a ella viene indisolublemente unida la Justicia, una justicia construida sobre la plataforma de los principios constitucionales: libertad, igualdad, seguridad, solidaridad, proporcionalidad, respeto a la intimidad y a la dignidad de la persona humana sobre la cual gira y se desarrolla precisamente nuestra Constitución, Ley Fundamental y fundadora del resto del ordenamiento jurídico, como tantas veces ha puesto de relieve el profesor Hernández Gil, con tolerancia hacia las posturas distintas y adversas, que también nos enriquecen, con ética, haciendo de nuestros comportamientos un reflejo de la obligada rectitud moral, haciendo así posible una convivencia pacífica, y si es posible, cordial con el deseo común, efectivo y real, de rehabilitar a quienes delinquieron y también a las propias víctimas del delito para que, por encima de todo, nazca una Paz auténtica, consecuencia de una suma de comportamientos justos. ■