

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
y Coordinadora del Máster en Ciberdelincuencia de UNIR.

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 14

##### *Derecho a la igualdad de armas*

«Podemos sistematizar la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad de armas en el proceso penal, siguiendo la ya citada STC 130/2002, de 3 de junio, y a riesgo de incurrir en reiteraciones, en los siguientes términos: a) “La primera y más importante garantía debida del proceso penal, a los efectos de que este pueda tenerse por un juicio justo, es indudablemente aquella que impone al juez (hasta el punto de constituir parte de su estatuto constitucional, artículo 117.1 CE), y en lo que ahora interesa, al juez penal, la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin desfallecimiento o excepciones al ordenamiento jurídico. Especialmente, a las normas procesales que establecen la forma en la que debe ejercer su función jurisdiccional en los procesos penales. Pues su estricta sujeción a la Ley, en este caso, a la Ley procesal, garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen.

La estricta sujeción del juez a la ley penal sustantiva y procesal que rige sus actos y decisiones constituye la primera y más importante garantía del juicio justo en la medida en que dicha sujeción asegura a las partes en el proceso que el Juez penal es un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñen en el proceso. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (STC 18/1989, de 30 de enero, FJ 1, con cita de la STC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas, lo que es aún más relevante cuando se trata del imputado en el proceso penal (por todas STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)” (STC 130/2002, FJ 3, y, con posterioridad, SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

“De ahí que la imparcialidad objetiva del juez penal resulta sin duda una garantía esencial y debida del proceso penal justo. El juez debe garantizar que el órgano judicial ha actuado de forma que se excluya toda duda legítima sobre su neutralidad. Hemos tenido ocasión de afirmar que en esta materia ‘las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos’ (STC 162/1999, FJ 5)” (STC 130/2002, FJ 3). Muy expresivamente, “la justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza” [En palabras de la STEDH de 26 de octubre de 1984, De Cubber c. Bélgica, § 26, “según un adagio inglés citado en la sentencia Delcourt de 17 enero 1970, [...] justice must not only be done: it must also be seen to be done”; expresión reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (entre otras, en las SSTEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef c. Malta, § 98, y de 22 de octubre 2019, caso Deli c. Moldavia, § 36)]. “También hemos sostenido que aquel puede traspasar el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, al respaldar una petición de una de ellas formulada en clara conculcación de lo dispuesto en la legalidad sustantiva o procesal y que puede deparar un perjuicio a la otra (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2)”.

“El derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo tanto, otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que las normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria, de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a este haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes solo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4)” (STC 130/2002, FJ 3)».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021).

## ARTÍCULO 15

### *Prohibición de ser sometido a torturas o malos tratos*

«Los instrumentos internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, fuente interpretativa de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución por mor de lo dispuesto en su artículo 10.2, establecen ciertas obligaciones que los Estados deben respetar para asegurar la protección contra la práctica de la tortura. Así, y por lo que al presente recurso de amparo afecta, el artículo 12 de

la Convención de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (instrumento de ratificación por España de 19 de octubre de 1987 –“BOE” de 9 de noviembre), señala que “todo Estado parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. En el mismo sentido, el artículo 9 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su sesión núm. 3452, de 9 de diciembre de 1975, dispone que “siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1 (‘A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos’), las autoridades competentes del Estado interesado procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial”.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha reconocido reiteradamente que el artículo 3 del CEDH (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”) constituye uno de los principios fundamentales de toda sociedad democrática, prohibiendo en términos absolutos “la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y el comportamiento de la víctima” (STEDH 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, § 119). Este tribunal también ha precisado que no todo maltrato puede ser considerado “tortura”, siendo necesario que el mismo alcance un mínimo de gravedad para suponer afectación del artículo 3 CEDH. En definitiva, “[l]a apreciación de este requisito es relativo por su propia naturaleza; depende del conjunto de las circunstancias del caso, y especialmente del carácter y del contexto del trato o de la pena y de sus modos de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos y mentales y, a veces, del sexo, de la edad, y de la salud de la víctima” (STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, § 100). Como un segundo grado tras la tortura se encuentran, según el mismo tribunal, los tratos inhumanos que son definidos como “los sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular” (STEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer c. Reino Unido*, § 129) y los tratos degradantes conceptualizados, a su vez, como aquellos que “han disminuido la dignidad humana de las víctimas o ha despertado en ellas sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas” (STEDH de 11 de diciembre de 2003, *Yankov c. Bulgaria*, § 104). Esta misma sentencia señala que para determinar si un trato puede ser considerado “degradante” en el sentido del artículo 3 CEDH habrá que valorarse “si su objeto es humillar y degradar a la persona en cuestión y si, en lo que respecta a las consecuencias, afectó negativamente a su personalidad de una manera incompatible con el artículo 3 CEDH, siendo que, incluso, la ausencia de tal propósito no puede descartar de manera concluyente la determinación de una violación del artículo 3 (SSTEDH de 19 de abril de 2001, *Peers c. Grecia*, § 74; 15 de julio de 2002, *Kalashnikov c. Rusia*, § 101; 11 de diciembre de 2003, *Yankov c. Bulgaria*, § 105)”.

En relación con ello, el Tribunal de Estrasburgo ha distinguido, a su vez, entre la posible violación del artículo 3 del CEDH en su parte sustancial y la posible violación

de dicho precepto en su vertiente procesal. Así, para declararse una violación sustancial del artículo 3 del CEDH debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido, abunda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas “por elementos de prueba apropiados”, pudiendo dicha prueba “resultar de un conjunto de indicios o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisos y concordantes” (STEDH de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, § 58).

El aspecto procesal, por el contrario, cobra relevancia “cuando el tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes” (STEDH de 17 de octubre de 2006, Danelia c. Georgia, § 45). En estos casos, el Tribunal Europeo Derechos Humanos recuerda que, cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido, de manos de la policía o de otros servicios equiparables del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 CEDH de “reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos [...] [en el] Convenio”, requiere, implícitamente, que haya una investigación oficial efectiva. Esta investigación, a semejanza de la que resulta del artículo 2, debe poder conducir a la identificación y al castigo de los responsables (SSTEDH de 27 de septiembre de 1995, McCann y otros c. Reino Unido, § 161; de 11 de julio de 2000, Dikme c. Turquía, § 101, y de 8 de marzo de 2011, Beristain Ukar c. España, § 28). Si no fuera así, el propio artículo 3 CEDH quedaría vacío en la práctica siendo posible “para agentes del Estado abusar de los derechos de quienes están bajo su control con virtual impunidad” (STEDH de 28 de octubre de 1998, Assenov y otros c. Bulgaria, § 102).

En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH “se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado violado el artículo 3 CEDH en su vertiente procesal (SSTEDH de 8 de marzo de 2011, Beristain Ukar c. España, § 39, 41 y 42; de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, § 65, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, § 156 y 160).

En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del mismo tribunal ha hecho especial hincapié en la necesidad de que la investigación efectiva haya de evaluarse con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada, lo que exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Ataun Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5 de mayo de 2015, asunto Arratibel Garciandia c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c. España). Esto no implica, en modo alguno, que la necesidad de investigación efectiva sea predicable, únicamente, respecto a supuestos de torturas, tratos inhumanos o degradantes cometidos durante una detención incomunicada, sino que es en estos casos, precisamente, cuando la investigación ha de imponerse y evaluarse con mayor rigor dada cuenta que los alegados malos tratos fueron producidos “en una

situación de aislamiento y de total ausencia de comunicación con el exterior, un tal contexto que exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados” (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, *Etzebarria Caballero c. España*, § 47, y 19 de enero de 2021, *González Etayo c. España*, § 60).

Este mayor rigor es igualmente predicable respecto a los malos tratos cometidos sobre menores edad “dada la naturaleza fundamental de los derechos garantizados por el artículo 3 CEDH y su especial vulnerabilidad” por lo que los poderes públicos “tienen la obligación inherente de protegerlos contra los malos tratos” (SSTEDH de 28 de enero de 2014, *O’Keeffe c. Irlanda*, § 145, y de 4 de junio de 2020, *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. Francia*, § 157).

Por ello mismo, son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Europeo Derechos Humanos en que se ha estimado un incumplimiento de las obligaciones positivas procesales derivadas del artículo 3 CEDH en casos en los que, aunque los alegados malos tratos no habían tenido lugar en el marco de detenciones incomunicadas, la investigación desarrollada por los órganos judiciales no había sido apurada mediante las diligencias indispensables para el esclarecimiento de los hechos. Es el caso, por ejemplo, de la STEDH de 24 de julio de 2012, *B. S. c. España*, en el que se declaró la violación de los aspectos procesales del artículo 3 CEDH en el supuesto de sobreseimiento de una denuncia donde se alegaban malos tratos producidos durante una actuación policial realizada en la vía pública, o la STEDH de 9 de marzo de 2021, *López Martínez c. España*, respecto al archivo de una denuncia por agresiones policiales presuntamente acaecidas durante el desalojo de un establecimiento de hostelería.

(.../...)

Señalábamos en la STC 12/2013, de 28 de enero, que es necesario que “las sospechas de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido hemos afirmado que ‘respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral’ (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)”.

Por ello mismo, hemos venido considerando que “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se cierre la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2). Consecuentemente, para determinar cuándo se ha producido una violación del derecho del artículo 24 CE vinculado con el artículo 15 CE es preciso valorar dos elementos: (i) en primer lugar, que existan razonables sospechas de haberse cometido un delito de tortura o de tratos inhumanos o degradantes. Estas sospechas no deben limitarse, claro está, a aquellos casos en los que el demandante aporte un importante material probatorio que sirva para acreditar la existencia de las mismas dado que es, precisamente,

“la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción” (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 123/2008, de 20 de octubre, FJ 2, y 40/2010, de 19 de julio, FJ 2), y (ii) en segundo lugar, que la sospecha de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido el tribunal ha afirmado que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos” (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Esta necesidad de agotar los medios posibles de indagación, como precisamos en la STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4 b), con cita de otras anteriores, no supone que “[...] ‘se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones’ (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8). De este modo, ‘la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la administración de justicia’ (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 123/2008, de 20 de octubre FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2, y 131/2012, de 18 de junio, FJ 2). Resulta así posible no proseguir con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5, y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4)’.

Todo lo anterior pone de manifiesto el carácter eminentemente circunstancial de la apreciación del panorama indiciario que obliga a las autoridades a no concluir la investigación, manteniendo así el necesario equilibrio entre la firmeza que la preservación del Estado de Derecho exige en la investigación de las conductas delictivas o irregulares cometidas al amparo del ejercicio del poder y la necesidad de salvaguardar el crédito de ese mismo Estado de Derecho frente a una eventual ‘estrategia destinada a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor’ [STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, a) in fine]”.

Con base en esta doctrina hemos estimado el amparo en supuestos en que se había concluido la instrucción sin haber tomado declaración al denunciante [por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5, 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3 b); 131/2012, de 18 de

junio, FJ 5; 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 6, y 39/2017, de 24 de abril, FJ 4], sin haber oído al letrado de oficio que asistió al detenido en dependencias policiales (SSTC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; 130/2016, de 18 de julio, FJ 5, y 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4), sin haber recibido declaración a los profesionales sanitarios que asistieron al denunciante (STC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5), o sin haber identificado, y tomado declaración, a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado bajo cuya custodia se encontraba el denunciante (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4; 40/2010, de 19 de julio, FJ 4; 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4, y 39/2017, de 24 de abril, FJ 4)».

(STC 166/2021, de 4 de octubre. Recurso de amparo 206-2021. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 9-11-2021).

## ARTÍCULO 17.1

### *Prisión provisional. Adopción sin poner de manifiesto las actuaciones del expediente*

«La doctrina sentada en las SSTC 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 3 a 5; 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, FFJJ 3 a 5, y 180/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 4 y 5, es la siguiente:

a) “Con carácter general, corresponde al juez instructor velar por que el detenido, una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (arts. 17.3 CE y 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten ex art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6). “Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 inciso 1 LECrim), los restantes derechos enumerados en el artículo 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6).

(.../...)

“Corresponde ahora perfilar el acceso al expediente que, vinculado a la comparecencia del art. 505 LECrim y en garantía de su libertad personal, incumbirá al investigado o encausado con el fin de rehuir una situación de indefensión (art. 17.1 CE, en relación con el art. 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya

informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican” (STC 83/2019, FJ 6). “Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior” (STC 83/2019, FJ 6).

(.../...)

El secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido” (STC 95/2019, FJ 6).

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

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto. Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación descono-

cidas, no es menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio”».

(STC 80/2021, de 19 de abril. Recurso de amparo 1692-2019. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. *BOE* 19-5-2021).

## ARTÍCULO 17.4

### *Habeas corpus. Vulneración del derecho por no resolverlo con celeridad y por inadmitirlo sin fundamento*

«El procedimiento de *habeas corpus* se sustenta sobre dos notas que le son propias; de una parte, la ya citada de la celeridad, en el sentido de que, con la mayor rapidez posible, el juez haga cesar la vulneración del derecho a la libertad; y, de otro lado, la intermediación, entendida esta última como la presencia del detenido ante el juez. Al respecto, el Tribunal ha declarado que “la esencia de este proceso consiste, precisamente, en que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida, es decir, ‘haber el cuerpo’ de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3)” (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 3, y 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, por todas).

De conformidad con las anteriores afirmaciones generales, el procedimiento de *habeas corpus* está derechamente encaminado a que un juez examine, con celeridad, la situación de privación no judicial de libertad de una persona, y se pronuncie, mediante resolución motivada, sobre las causas o las condiciones en que aquella se haya producido y esté teniendo lugar, a fin de proporcionar tutela efectiva al detenido.

A partir del instante de su presentación, la solicitud debe provocar una inmediata respuesta motivada del órgano judicial (art. 1 LOHC), que podrá ser de inadmisión, denegando la tramitación del procedimiento, o de estimación o desestimación de aquella si supera aquel trámite inicial, pero, en todo caso, constituye la expresión de un mandato constitucional dirigido al órgano judicial que contiene la exigencia de una respuesta expresa y argumentada en derecho de este, debiendo tener como referente esencial de su razonamiento, la alegada vulneración del derecho a la libertad que se denuncia.

(.../...)

Veamos, a continuación, los distintos supuestos que pueden suceder:

a) En primer lugar, abordamos el supuesto que no ha suscitado ninguna duda y que se refiere al caso en que el recurrente apoya su pretensión de amparo en la eventual vulneración del artículo 17.4 CE cuando el órgano judicial, después de admitida a trámite la solicitud de *habeas corpus* e incoado el correspondiente procedimiento, oída en comparecencia la persona privada de libertad, asistida de letrado y con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución desestimando la solicitud. En tal caso no será precisa la interposición del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para la presentación de la demanda de amparo. Consideramos que el órgano judicial ha conocido y resuelto sobre el hecho de la privación de libertad, de las causas que la motivaron, del tiempo de permanencia en aquella situación, así como de las demás condiciones en que la misma tuvo lugar, por lo que ha dado una respuesta motivada y proporcionado debida tutela al privado de libertad. Este supuesto resulta extensible,

también, a los denominados recursos de amparo “mixtos”, esto es a los que las quejas sobre el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, van dirigidas, de una parte, contra la actuación de las autoridades y funcionarios no judiciales y, de otro lado, contra el órgano judicial que, de conformidad con el artículo 17.4 CE, haya controlado la privación de libertad y las condiciones de esta.

b) La cuestión se localiza en la segunda modalidad de supuestos, esto es en el de los casos en que el juez ha denegado la incoación del procedimiento de *habeas corpus* y la demanda de amparo denuncia la vulneración del artículo 17.4 CE, bien de modo exclusivo, bien en combinación con otras quejas derivadas de la actuación de autoridades o funcionarios no judiciales. En estos casos la doctrina de este tribunal no ha sido uniforme en lo que respecta a la exigencia del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa. Como queda reflejado en el apartado A) de este fundamento jurídico, se han sucedido hasta tres etapas que han discurrido por diferentes alternativas, pasando desde el inicial punto de partida, en que no era requerida la interposición del incidente, hasta llegar a la exigencia del mismo e incluso, en algún pronunciamiento, delimitando la formalización de aquel incidente el agotamiento de la vía judicial para la queja apoyada en el artículo 17.4 CE.

(.../...) El Tribunal, matizando su anterior doctrina, declara que no es necesario el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones para el agotamiento de la vía judicial, cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal mediante el procedimiento de *habeas corpus*. Igualmente, este tribunal declara, que al igual que en otras ocasiones y respecto de otros supuestos (SSTC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 3, y 112/2019, de 3 de octubre, FJ 3), la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial que inadmite a trámite un procedimiento de *habeas corpus* no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente y, en consecuencia, su interposición no podrá determinar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial.

(.../...) Precisamente, en relación con esta garantía de la rapidez en la decisión judicial sobre la admisibilidad de una solicitud de *habeas corpus*, este tribunal ha declarado que “resulta conveniente subrayar la necesidad de que estas solicitudes de *habeas corpus* de los detenidos se tramiten con la conveniente urgencia y agilidad, por cuanto la razón de ser de esta garantía específica de la libertad se encuentra precisamente en que sean verificadas con prontitud por un juez la legalidad y las condiciones de la detención, quedando, por ello, desvirtuado este procedimiento si se tramita con demoras, posponiéndose el traslado del detenido a presencia judicial. Sin que puedan considerarse un impedimento para adoptar este comportamiento las inconveniencias o incomodidades que para el órgano judicial pudieran originarse por la petición del *habeas corpus* por el detenido en ciertas horas [...] de la noche, porque también en ese espacio temporal el juzgado de instrucción se encuentra en funciones de guardia” (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3).

También, el tribunal ha destacado que “el art. 17.4 CE, al regular este procedimiento de *habeas corpus*, se refiere a la ‘inmediata puesta a disposición judicial’ de la persona detenida y que el artículo 7 de la propia Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*, establece como primera medida que debe seguir el juez en estos casos la de ordenar a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad que ‘la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna’, pudiendo, incluso, personarse ‘en el lugar donde aquella se encuentre’” (STC 95/2012, FJ 3, antes citada).

(.../...) Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2, entre las más recientes):

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

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional, que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado, es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este Tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional” (SSTC 72/2019, FJ 2, y 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 6, ya citados)».

(STC Pleno 73/2021, de 18 de marzo. Recurso de amparo 7439-2019. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 23-4-2021).

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho al honor en relación con el derecho a la libertad de expresión en redes sociales*

«En la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3, recordamos que la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espí-

ritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, “aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público” (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5).

Esa exigencia de necesidad de la expresión utilizada para la transmisión de la opinión, a la que se han referido también las sentencias impugnadas, ha sido enfatizada de modo constante por nuestra doctrina. Así, hemos indicado que “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de ‘pensamientos, ideas y opiniones’, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

Y es por ello que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones formalmente injuriosas (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3). Esta exigencia de necesidad de la expresión o manifestación utilizada, determina que no se puedan justificar las expresiones de carácter absolutamente vejatorias (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4); es decir, quedan proscritas “aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5, y jurisprudencia allí citada), pues estas difícilmente podrían quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión al ser la dignidad de la persona fundamento mismo del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y piedra angular sobre la que se vertebró el sistema de los derechos y deberes fundamentales, y también, por tanto, de la libertad de expresión que la recurrente vindica.

Es decir, pese a la importancia de la libertad de expresión, en tanto que además “garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6), constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso (en el mismo sentido SSTEDH asunto *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42; asunto *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43; asunto *Stoll c. Suiza*, de 10 de diciembre de 2007, § 101; asunto *Movimiento raeliano c. Suiza*, de 13 de julio de 2012, § 48, y asunto *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, § 124), y por ello su ejercicio, como el del resto de derechos fundamentales está sometido a límites constitucionales (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3), no solo derivados del necesario respeto de los derechos fundamentales de los demás, sino inherentes a su propia naturaleza y sentido. De la propia Constitución se deriva que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título Primero y especialmente –se recalca– “en el derecho al honor, a la intimidad, [y] a la propia imagen” (art. 20.4 CE).

El derecho al honor, en tanto que derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, opera como un límite específico de la libertad de expresión (art. 20.4 CE). Dicha limitación aparece reconocida en tratados e instrumentos internacionales que son parámetro interpretativo de los derechos y libertades (art. 10.2 CE). El Pacto inter-

nacional de derechos civiles y políticos en el párrafo tercero de su artículo 19 prevé que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, de ahí que pueda estar sujeta a restricciones expresamente fijadas por la ley, siempre que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Ciertamente es posible que, a pesar de producirse una intromisión en el derecho al honor, la misma no se considere ilegítima si se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, es proporcionada para alcanzarlo y se lleva a cabo de un modo necesario para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho. Es por ello que nuestra doctrina ha amparado la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre que sea necesaria para transmitir la opinión y proporcionada para exteriorizarla. El ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. Es en la dignidad, entendida como “valor espiritual y moral inherente a la persona”, que “lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) donde se encuentra el “germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” (STC 53/1985 FJ 3), entre los que se encuentra el derecho al honor (art. 18.1 CE) y también la libertad de expresión al posibilitarse con su ejercicio el libre desarrollo de la personalidad del ser humano.

(.../...)

Este tribunal ha reiterado que el contenido del derecho al honor “es lábil y fluido, cambiante” (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4), de tal suerte que una de sus características principales consiste en ser “un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; en similares términos, SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6). Ahora bien, el grado de indeterminación del objeto de este derecho no llega a tal extremo que impida identificar como “su contenido constitucional abstracto” la preservación de “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4).

Dicho de otro modo, el honor “no solo es un límite a las libertades del artículo 20.1.a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás” (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7). En consecuencia, el mencionado derecho fundamental protege frente al “desmerecimiento en la consideración ajena” (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4), pues lo perseguido por el artículo 18.1 CE “es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás” (STC 180/1999, FJ 5).

Es preciso también referir, “que el honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente esta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho [respecto al “prestigio profesional” a estos efectos, STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; en términos no diferentes, SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 3; 41/2011, FJ 5 c), y 216/2013, FJ 5]. La

simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del artículo 18.1 CE sí defiende de “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales [...]” (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3).»

(STC 93/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3223-2019. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 15-6-2021).

### ARTÍCULO 18.3

#### *Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. Captación de las comunicaciones orales en el interior de un vehículo*

«Hemos tenido la oportunidad de afirmar (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5), que los derechos fundamentales de los que gozan todos los ciudadanos ostentan un doble carácter. “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

Entre los derechos fundamentales que la norma constitucional reconoce se encuentra la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el derecho al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (arts. 18.3 CE). Este último derecho, en su vertiente positiva pero implícita –señalaba la STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4– consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. Por lo tanto, el concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En definitiva, se pretende garantizar la “impenetrabilidad de la comunicación” por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie (lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung*) como para los agentes de los poderes públicos.

Este tribunal, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*), afirmó que el concepto de secreto de la comunicación cubría no solo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, declaramos en aquella ocasión que “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del ‘secreto’– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del

soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) [...] Y puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el artículo 18.3, no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma”. “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’”, añadimos, “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”. Y concluimos: “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (FJ 11).

Esta doctrina fue reiterada también en la STC 70/2002, de 3 de abril, en la que precisamos que “el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente”.

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en dicha sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si en el artículo 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, “no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial” respecto del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta– (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En relación con las comunicaciones interpersonales mantenidas sin la intervención de medios o artificios técnicos destinados a hacer posible el proceso comunicativo (comunicaciones orales), nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del artículo 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas –quedando fuera del mismo, consecuentemente, las que no precisaban de la intervención de nin-

gún tercero ajeno como prestador del servicio de telecomunicación (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5, y 170/2012, de 7 de octubre, FJ 4)– hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos.

Es el caso de la STC 145/2014, de 22 de septiembre, donde se planteó la posible vulneración del derecho al secreto de comunicaciones respecto a la grabación de las conversaciones orales mantenidas por un detenido en dependencias policiales. En este supuesto acabamos afirmando (FJ 7) que “es verdad que el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas –una tutela inferior por eventualmente incidida por un órgano judicial– que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Mas tal conclusión no obsta la respuesta constitucional elaborada, sustentada en la necesaria concurrencia de ley que evite el abuso y la arbitrariedad en cualquiera de las hipótesis. Un régimen legal que –pese a la insuficiencia que ha declarado este tribunal en sentencias previas ya citadas en esta resolución– el artículo 579.2 LECrim únicamente contempla para las conversaciones telefónicas, y que las normas penitenciarias aludidas contienen para otros fines y ámbitos. Queda en manos del legislador una precisión normativa que evite, en su caso, ese resultado (quizá paradójico) del contraste entre los supuestos regulados y los de anomia. De todo lo expuesto se deduce que las grabaciones en dependencias policiales resultaron contrarias al artículo 18.3 CE, deviniendo nula la prueba obtenida por ese cauce para todos aquellos que resultaron perjudicados penalmente por ella”.

En la STC 145/2014 otorgamos el amparo al considerar que la medida de instalación de micrófonos en el interior de un calabozo carecía de cobertura legal. Así, en dicho supuesto, ya señalamos que la medida de investigación acordada era completamente extraña al ámbito de aplicación de la regulación legal vigente en dicho momento, regulación que en el artículo 579.2 LECrim se refería, exclusivamente, a las intervenciones de conversaciones telefónicas, y en los artículos 46 y 47 del Reglamento penitenciario (RP) a la intervención de las comunicaciones orales en el ámbito penitenciario.

En aquel caso, acabamos afirmando –fundamento jurídico 7– que “bajo esas circunstancias, concluimos que las personas afectadas no podían prever la situación que ahora se denuncia, lo que excluye otros debates (suficiencia de la norma legal o proporcionalidad de la medida judicial) que solo proceden una vez cumplida esa primera garantía o premisa de la secuencia (existencia de disposición jurídica que cumpla el cometido de precisar la vaguedad e indeterminación del artículo 18.3 CE en este punto, conforme declaró la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñada). Y es que los avales mínimos que se han venido reclamando cuando de calidad de la ley hablamos (en concreto de su previsibilidad), quiebran en mayor medida si ni siquiera se ha procedido a la intervención del legislador. No olvidemos que el propio Tribunal Supremo en la sentencia recurrida recuerda como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en los casos *Kruslin c. Francia*, y *Huvig c. Francia*, sentencias de 24 de abril de 1990, que la puesta en práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al control de las personas afectadas o del público en general, de modo que, por esa razón, sería contrario a la norma de Derecho que la discrecionalidad legal concedida al ejecutivo o a un juez se expresara en términos de poder sin límites. La ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria. De esas sentencias se desprende, en suma, que la medida controvertida de intervención por las autoridades debe estar basada en la legislación aplicable del Estado en

cuestión, que ha de poseer las cualidades de disponibilidad y previsibilidad para las personas destinatarias, y también que no son de recibo interpretaciones analógicas. En consecuencia de todo ello, añadimos nosotros ahora, si la ley existente queda condicionada en su validez a la satisfacción de dichos términos, en ausencia plena de regulación normativa es de todo punto inviable el más lejano aseguramiento de esas garantías básicas”.

Esta postura era, además, acorde con la jurisprudencia de este tribunal que ya inicialmente había afirmado que “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), o que “el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9).

También hemos declarado reiteradamente que el ejercicio de un derecho fundamental no puede considerarse ilimitado.

Ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10).

Esa doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los jueces y tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, FJ 3).

Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, en diversas ocasiones, y ya desde nuestras primeras sentencias (vid., v.g., SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984, entre otras), hemos afirmado que la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate. Y, así, si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condiciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas (STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*) también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica [STC 62/1982, fundamento

jurídico 7 c)] o, dicho de otro modo, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 36/1991, FJ 5).

(.../...)

En favor de la equiparación de las comunicaciones orales a las telefónicas se ha pronunciado también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal de Estrasburgo ha venido constatando que la captación de conversaciones o imágenes por medios de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tanto en lo referente al respeto a la vida privada como desde la perspectiva del derecho al secreto de la correspondencia. Es el caso, por ejemplo, de la STEDH de 10 de marzo de 2009, *Bykov c. Rusia*, §78, que, en relación con una captación subrepticia de las conversaciones orales mantenidas por el investigado con un agente infiltrado, afirmó que “según constante jurisprudencia del tribunal, cuando se trata de interceptación de comunicaciones con fines de una investigación policial, la ley debe utilizar términos lo suficientemente claros para que cualquiera comprenda en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a realizar dicho atentado secreto y virtualmente peligroso para el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia [...] En opinión de este tribunal, estos principios se aplican igualmente al empleo de un aparato de radiotransmisión que, desde el punto de vista de la naturaleza y el grado de intrusión, se asemeja a las escuchas telefónicas”, o la STEDH de 27 de octubre de 2015, *R. E c. Reino Unido*, que, refiriéndose a un caso de interceptación de las comunicaciones orales entre abogado y cliente, realizó una asimilación de dichas conversaciones con las mantenidas telefónicamente (§131) bajo las siguientes premisas: “el presente caso se refiere a la vigilancia de consultas jurídicas que tienen lugar en sede policial, y que el tribunal considera análogas a la intervención de una llamada entre abogado y cliente. El tribunal ha reconocido que, mientras el artículo 8 CEDH protege la confidencialidad de la correspondencia entre individuos, debe procurarse una protección reforzada a los intercambios entre abogados y sus clientes, ya que los abogados no podrían defender a sus clientes si no pudieran garantizar que sus entrevistas son confidenciales (STEDH de 6 de febrero de 2012, *Michaud c. Francia*). Por lo tanto, el tribunal considera que la vigilancia de una entrevista constituye un grado extremadamente alto de intrusión en el derecho de la persona a respetar su vida privada y correspondencia; mayor que el grado de intrusión en *Uzun c. Alemania* e, incluso, *Bykov c. Rusia*. En consecuencia, en tales casos esperará que se establezcan las mismas salvaguardas para proteger a las personas de la interferencia arbitraria con sus derechos del artículo 8 CEDH como lo ha requerido en casos relacionados con la interceptación de las comunicaciones, en, al menos, la medida en que estos principios pueden aplicarse a la forma de vigilancia en cuestión”.

También conviene resaltar la STEDH de 20 de diciembre de 2005, *Wisse c. Francia*, § 26 a 27) donde se afirmó que “en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha constatado a menudo que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, tanto en lo referente al derecho al respeto de la vida privada como de la correspondencia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la grabación secreta de conversaciones mediante apartados de escucha por la policía en el apartamento de una persona sospechosa de tráfico de drogas (STEDH *Khan c. Reino Unido*, núm. 35394/97, § 25, ECHR 2000-V), sobre el sistema de sonido en el apartamento de un individuo donde la policía sabía que otro tenía que ir como parte de una investigación judicial por homicidio (STEDH de 31 de mayo de 2005, *Vetter c.*

Francia, § 26). Aplicó también esta jurisprudencia en la colocación, y utilización, de aparatos de escucha en una celda de un detenido en prisión (STEDH de 25 de septiembre de 2001, P. G y J. H. c. Reino Unido); en el establecimiento de un dispositivo de vigilancia de audio y vídeo colocado en la celda de un detenido en prisión y en la zona de visita de esta (Allan c. Reino Unido, anteriormente citada); a la grabación de conversaciones telefónicas de un preso por las autoridades penitenciarias, utilizadas posteriormente como elemento de prueba para condenarle por otro delito (STEDH de 27 de abril de 2004, Doerga c. Holanda) y la colocación de un detenido bajo vigilancia permanente durante un periodo de dos semanas (STEDH de 1 de junio de 2004, Van der Graaf c. Países Bajos) [...] Por tanto, las conversaciones mantenidas en la sala de visitas de una prisión pueden incluirse en los conceptos de vida privada y correspondencia”.

Dejando sentado que es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, habremos de tener en cuenta en este momento la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC 85/1994, FJ 3).

(.../...)

Debe tenerse en cuenta que este tribunal también ha venido señalando que la aplicación de medidas legales que implican la restricción de un derecho fundamental sustantivo exige un deber reforzado de motivación que incluya, además de una fundamentación razonable, no arbitraria ni incurso en error patente, un juicio de adecuación al fin (por todas SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras). De ahí que se haya venido exigiendo que las resoluciones judiciales que autorizan la intervención de las comunicaciones o su prórroga deban explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de esta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2). De forma que la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9).

A este respecto no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11, y 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2). No obstante, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, esta, según una consolidada doctrina de este tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los

elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de llevar a cabo, con posterioridad, la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11, y 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2) ».

(STC 99/2021, de 10 de mayo. Recurso de amparo 7436-2019. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 15-6-2021).

## ARTÍCULO 20.1

### *Derechos a la libertad de expresión y de información*

«Este tribunal ha recordado con reiteración (por todas, las SSTC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4; 65/2015, de 13 de abril, FJ 2, y 38/2017, de 24 de abril) que no siempre es fácil deslindar el ámbito de aplicación de ambas libertades. Así, ha declarado que “[l]a Constitución, y nuestra jurisprudencia con ella (por todas, STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4), distinguen, como es bien conocido, entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del artículo 20.1 CE]. Por más que, como no hemos dejado de observar en ocasiones anteriores, una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece (STC 41/2011, FJ 2, y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos –susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís–, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades” (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 2).

Igualmente, este tribunal ha señalado que, “para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender ‘al que aparezca como preponderante o predominante. Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un ‘afán informativo’ (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un ‘juicio de valor’” [STC 38/2017, FJ 2 b)].

(.../...)

Este tribunal ha declarado que “[c]omo cualquier otro derecho fundamental de libertad, el enunciado en el artículo 20.1 a) CE hace posible y garantiza la autodeterminación del individuo y, a su través, de los grupos sociales en los que por libre decisión pueda integrarse. Tiene también este derecho, y con reiteración lo hemos dicho, una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio –sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales– se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni

la democracia ni el pluralismo políticos (artículo 1.1 CE). Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)” (STC 65/2015, FJ 2).

También, ha destacado este tribunal que el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a límites constitucionales. Así, ha señalado que “[q]uedan extramuros de la protección que confiere el derecho las ‘frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito’ (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3). Pero, junto a ello, ‘la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulta necesaria para la realización constitucional del derecho. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, el deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto (por todas, STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3) y, a menudo, la delimitación de su ámbito protegido solo puede hacerse a partir de la de otros derechos fundamentales, aunque, eso sí, mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político’ (STC 23/2010, FJ 3, y jurisprudencia allí citada)” (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5).

En todo caso, esos límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser, no obstante, ponderados siempre con rigor y “precisados caso a caso, a la vista de los derechos y valores constitucionales que pueden verse afectados por su ejercicio” (STC 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 2). Esta regla es de obligada atención con carácter general cuando aquel derecho fundamental entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la normativa correspondiente, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión en nuestro ordenamiento como sustento del pluralismo y del orden político (artículos 1.1 y 10.1 CE)».

(STC 5/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 1331-2019. Ponente D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 23-2-2021).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Asistencia jurídica gratuita*

«a) El Tribunal tiene establecido que hay una estrecha vinculación entre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la gratuidad de la asistencia jurídica para quienes carecen de suficientes recursos económicos (art. 119 CE), ya que el artículo 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE. Igualmente, declara que se trata de un derecho prestacional de configuración legal, cuyo contenido y condiciones de ejercicio deben ser delimitados, en primera instancia, por el legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las disponibilidades presupuestarias, tomando en consideración que el inciso segundo del artículo 119 CE fija un contenido constitucional indisponible para el legislador, que consiste en obli-

gar a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Esto implica que deben sufragarse los gastos procesales, incluidos los honorarios de los abogados y los derechos de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso, a cuenta de quienes, si se les exige hacer frente a ellos, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro las mínimas condiciones de subsistencia personal o familiar (así, por ejemplo, SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 128/2014, de 21 de julio, FJ 3; 124/2015, de 8 de junio, FJ 3; 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3, y 85/2020, de 20 de julio, FJ 3).

Respecto de la proyección del derecho a la asistencia jurídica gratuita, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, a las víctimas y perjudicados por delitos, el tribunal tiene declarado que, en la medida en que la ley les reconoce el derecho a personarse en el proceso penal para el ejercicio de acciones penales y/o civiles en defensa de sus intereses, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y de los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE. Esto significa que “en virtud del contenido constitucional indisponible del artículo 119 CE, [el litigante] habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia, incluidos los honorarios profesionales de abogados y procuradores cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso, si carece de medios suficientes para litigar” (STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3, y, en términos semejantes, la STC 136/2016, de 18 de julio, FJ 4).

(.../...) b) La jurisprudencia constitucional también viene declarando desde la STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3, que el derecho a la defensa y asistencia de letrado es predicable en el ámbito del proceso penal no solo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. Esto comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación. Ahora bien, el Tribunal ha reconocido determinadas singularidades en el contenido del derecho a la asistencia letrada cuando su titular es beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Estas especialidades se vinculan al hecho de que se trata de un derecho de configuración legal que coloca a su titular en una situación especial frente al abogado designado por el turno de oficio para la defensa de sus intereses en el marco del sistema general de turno de oficio diseñado para dar cumplimiento a los fines inherentes a la organización de una representación letrada gratuita.

Así, el tribunal declara que, aun reuniéndose los requisitos legales, no es obligatoria la designación de profesionales del turno de oficio en los supuestos, por ejemplo, en que, conforme al procedimiento legalmente establecido, se determina la insostenibilidad de la pretensión (SSTC 12/1998, de 15 de enero, FJ 4; 7/2008, de 21 de enero, FJ 2, o 85/2020, de 20 de julio, FJ 3), o cuando la actuación de dichos profesionales no sea exigida legalmente por razones estructurales de postulación (SSTC 152/2000, de 12 de junio, FJ 3; o 1/2007, de 15 de enero, FJ 3). Del mismo modo, se ha establecido que los órganos judiciales han de desarrollar una especial labor de supervisión en determinados supuestos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, ya que no basta para tutelar el derecho de defensa con la designación de los correspondientes profesionales, sino que es precisa que la asistencia letrada así proporcionada sea real y operativa (STC 13/2000, de 17 de enero, FJ 2, y 1/2007, de 15 de enero, FJ 3 y 4). A su vez, la STC 103/2018, de 4 de octubre, ha puesto de manifiesto que la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita trae

causa de la necesidad de asegurar el derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE), cuyo contenido y cuyas condiciones de ejercicio, como derecho prestacional de configuración legal, deben ser delimitadas por el legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las disponibilidades presupuestarias; de modo tal que “de su plena efectividad y garantía dependen importantes intereses, tanto públicos como privados, vinculados al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas que carecen de medios económicos para litigar, por lo que no resulta inconstitucional que sean los colegios de abogados, como corporaciones de derecho público de base asociativa, los que ejerzan en este campo una función pública delegada del Estado” (FJ 8).

En suma, el derecho a la asistencia letrada de los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, incluyendo a quienes pretenden ejercer la acusación particular –al margen de las especificidades de quienes resultan investigados o acusados en un proceso penal–, cuenta con unas peculiaridades derivadas del carácter prestacional y de configuración legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita, las cuales llevan consigo que quede modulado en cuanto a su régimen de ejercicio por lo previsto en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

La condición de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita de la persona que pretende actuar como acusación particular en un proceso penal por considerarse víctima de un delito implica un peculiar estatus constitucional delineado por la LAJG y por la jurisprudencia constitucional, que afecta a sus relaciones con la administración de justicia, con los órganos judiciales, con los colegios profesionales encargados de la organización de sistema de turno de oficio y con los profesionales designados para su representación y defensa. Este singular estatus constitucional configura un entramado de intereses cuya afectación debe ser ponderada en la decisión judicial sobre la aplicación del artículo 113 LECrim con el fin de determinar si dicha afectación resulta necesaria y proporcionada a la finalidad a la que tiende dicha previsión legal».

(STC 29/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 7447-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, STC 178/2021, de 25 de octubre. *BOE* 25-11-2021).

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

«Este tribunal ha reiterado que la incongruencia omisiva, como uno de los defectos de motivación con relevancia constitucional prohibidos por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución; que no es necesaria para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión; y que basta, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. A tales efectos, es necesario distinguir entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormeno-

rizada de todas ellas y la eventual lesión del derecho fundamental deberá abordarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno (STC 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 3)».

(STC 7/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 4217-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 23-2-2021).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la pena de días-multa*

«Como recuerda la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7, este tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación de la legalidad no arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente. Esta exigencia resulta reforzada en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, en muchas ocasiones, con el derecho a la libertad personal. En esa medida, el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena en concreto finalmente impuesta, por cuanto el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el juez penal en la determinación de la pena a imponer no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad.

La aplicación al caso de los criterios de control expuestos permite anticipar la desestimación de este motivo de amparo. Al igual que en los casos analizados en las SSTC 108/2001, 108/2005, 196/2007, o en la ya citada STC 91/2009, la sentencia condenatoria aplicó el sistema legal de “días-multa” previsto en la ley penal para cuantificar su concreta intensidad. Lo que la demandante cuestiona no es la extensión temporal de la pena impuesta (diez meses, sobre un máximo de doce meses previsto para el delito por el que fue condenada), sino la motivación del importe de la cuota diaria que la demandante ha de satisfacer (200 €/día, para una horquilla legal establecida en el artículo 50.4 CP entre 2 y 400 € diarios).

Conforme a la previsión legal (art. 50.5 CP) la cuota diaria se ha de determinar teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, la situación económica de la persona condenada, “deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales”. En la sentencia condenatoria se establece, expresamente que la pena de multa de diez meses, con una cuota diaria de 200 €, se fija “en atención a los parámetros cuantitativos a que se refiere el artículo 50.5 CP, deducidos de la situación económica de los tres acusados, su titulación profesional y de sus circunstancias personales”. Tal referencia, ciertamente genérica, resultó concretada al desestimar la solicitud de nulidad de actuaciones planteada, que denunció este mismo motivo de amparo, señalando que “la sentencia dictada sí motiva este último importe y hace referencia para ello a la situación económica de los tres acusados, su titulación profesional y a las circunstancias personales que constan en autos. Los dos primeros

parámetros están por otro lado íntimamente relacionados con el hecho notorio de que fueron consejeros del gobierno de una comunidad autónoma”».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, SSTC 67/2021, de 17 de marzo. *BOE* 23-4-2021 y 121/2021, de 2 de junio. *BOE* 7-7-2021).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Condena en segunda instancia cuando se trata de valoración de cuestiones puramente jurídicas*

«Este tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda o ulteriores instancias para respetar el derecho a un proceso con todas las garantías. En la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, el Pleno de este tribunal recuerda haberla resumido en las SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7, y 1/2020, de 14 de enero, FJ 4. En todas ellas se pone de relieve que la cuestión ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas resoluciones –inspiradas en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que arrancan de la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11. Entonces, este tribunal en pleno declaró que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Esta doctrina fue complementada con la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, en la que señalamos que también en estos casos se debe igualmente atender a la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Desde tales hitos, se ha afianzado una doctrina constitucional que, en síntesis, fija los siguientes márgenes de revisión: (i) Vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en la que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, intermediación y contradicción que le son propias y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. (ii) No cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en la que no estén implicadas las garantías de publicidad, intermediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado. Ninguna incidencia podría tener la audiencia en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado.

Estos criterios han tenido una particular proyección en supuestos en los que la controversia o discrepancia se produce en relación con la concurrencia de un concreto

elemento típico, el elemento subjetivo necesario para establecer o agravar la responsabilidad penal. Al respecto, hemos subrayado que el enjuiciamiento sobre dicha presencia deberá venir presidido por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales (ya en STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, 73/2019, de 20 de mayo, FJ 2; 149/2019, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/2020, de 14 de enero, FJ 4, o 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es también una cuestión de hecho y no una estricta cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa, cuando menos, la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España; 13 de junio de 2017, caso Atutxa Mendiola y otros c. España; 13 de marzo de 2018, caso Vilches Coronado y otros c. España, o 24 de septiembre de 2019, caso Camacho Camacho c. España). No obstante, debe distinguirse el enjuiciamiento relativo a la concurrencia del hecho subjetivo de la estricta calificación jurídica que deba asignarse a ese hecho una vez acreditada su existencia. No cabe objeción constitucional a la condena o la agravación en vía de recurso, a pesar de no haberse celebrado vista pública, en tanto traiga causa de erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada (SSTC 125/2017, FJ 6, 35/2020, FJ 2). En tal caso, el debate desarrollado en la jurisdicción revisora no atañe a cuestiones de hecho y de Derecho, donde sería precisa la celebración de audiencia pública con participación del acusado, sino a aspectos puramente jurídicos, objeto de la contradicción imprescindible para el derecho de defensa a través de la intervención de su abogado (SSTEDH de 22 de octubre de 2013, caso Naranjo Acevedo c. España, § 17 a 19, y de 23 de febrero de 2016, caso Pérez Martínez c. España, § 37, 39 y 40).

(.../...)

A diferencia de otros asuntos, los aspectos analizados por el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante no atañen a cuestiones de hecho y de Derecho entrelazadas, sino puramente jurídicas, relativas al criterio para afirmar la existencia del nexo objetivo típicamente exigible entre el resultado desvalorado y la conducta del agente. Se parte del mismo sustrato fáctico, como el propio voto particular admite, pero se opta por una interpretación del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 142 CP en relación con el art. 11 CP), del concreto elemento objetivo del tipo de la imputación objetiva, que torna la atipicidad en tipicidad y, por ello, la absolución en condena. Las tres alteraciones fácticas que, según criterio del demandante, desmentirían la conclusión anterior, no son tales, sino una crítica a la concepción del elemento típico de la imputación objetiva acogida por el Tribunal Supremo. En la medida en que se trata de una nueva definición jurídica del delito enjuiciado y, por ello, de un estricto cambio de calificación jurídica a partir de los hechos probados y de la valoración realizada por la audiencia de la conducta del médico como

gravemente imprudente, no era precisa la celebración de una vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, siendo bastante que su letrado tuviera oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimó oportunos en su defensa, habiendo incluso informado al respecto en la vista celebrada en casación (SSTC 35/2020, FJ 3, y SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36; de 22 de octubre de 2013, caso Naranjo Acevedo c. España, § 17-19, y de 23 de febrero de 2016, caso Pérez Martínez c. España, § 37, 39 y 40)».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia penal*

«Como este tribunal observó en su STC 51/1985, hay determinados supuestos en que la garantía que ofrece el sometimiento del fallo condenatorio a un tribunal superior puede ser debidamente satisfecha sin necesidad de que exista, como tal, un recurso autónomo. En la citada resolución se estimó que “no había vulneración del derecho a la revisión de la condena cuando esta era pronunciada en única instancia por el Tribunal Supremo”. El propio artículo 6 CEDH no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, aunque sí viene reconocido en el artículo 2 de su Protocolo núm. 7 (de 22 de noviembre de 1984, firmado por España el 19 de marzo de 1985, cuyo Instrumento de ratificación de 28 de agosto de 2009, fue publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 15 de octubre siguiente). Dicha adición recoge el contenido del derecho plasmado en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, cuyo influjo ha sido decisivo en esta materia (STC 42/1982). Pero, al mismo tiempo que lo reconoce, el Protocolo establece una excepción significativa, ya que su enunciado admite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. Dicha circunstancia es la que aquí concurre, dado que la demandante ha sido juzgada en primera instancia por el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 CE), contra cuyas resoluciones no cabe recurso ordinario alguno. Tal circunstancia justifica en este caso que no se pueda apreciar como indebida la denunciada limitación del derecho a la doble instancia penal».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia penal. Incorrecta indicación de los recursos pertinentes*

«La jurisprudencia constitucional ha reiterado dos ideas esenciales en relación con el derecho a la doble instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad (por ejemplo, SSTC 7/2015, 22 de enero, FJ 3; 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5, o 124/2019, de 28 de octubre, FJ 3):

a) Este derecho, aunque no esté expresamente recogido en el art. 24.2 CE, es una de las garantías del proceso penal, que también está reconocido tanto en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (“Toda per-

sona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”), como en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley”).

b) Este derecho, en tanto que garantía constitucionalizada, tiene en el ámbito sancionador y respecto de sentencias condenatorias un diferente alcance que el derecho al recurso en otros órdenes jurisdiccionales no sancionatorios, siendo más cercano al derecho de acceso a la jurisdicción en la medida en que incluye también la utilización del principio *pro actione*. De ese modo, también en este ámbito quedan constitucionalmente proscritas aquellas decisiones judiciales impeditivas de una efectiva revisión de una declaración de culpabilidad que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que se intentan preservar y los intereses que se sacrifican o que supongan interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de esta.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también ha establecido de manera reiterada que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la *auctoritas* que corresponde a quien la hizo constar, es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial, ya que si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia (así, por ejemplo, SSTC 112/2009, de 11 de mayo, FJ 2; 47/2014, 7 de abril, FJ 4, o 60/2017, de 22 de mayo, FJ 5).

La confluencia de ambos criterios jurisprudenciales determina que este tribunal deba concluir que, desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas garantías (art. 24.2 CE), en su concreta dimensión del derecho a una segunda instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad, es preciso que en vía judicial se pondere adecuadamente, por las exigencias propias del principio *pro actione* aplicable a este derecho, la circunstancia de que la vía legal impugnatoria seleccionada por el condenado sea el resultado de haber seguido las indicaciones contenidas en la resolución condenatoria con el fin de que no quede frustrada la efectividad de este derecho cuando dicha indicación pudiera haber resultado errónea».

(STC 3/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 469-2019. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 23-2-2021).

### *Derecho a un Juez imparcial*

«En la STC 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.1.1, hemos recordado, sintetizando doctrina precedente, que el derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia y que la imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

La subjetiva garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, lo que integra todas las dudas que se deriven de las relaciones del juez con aquellas, en tanto que la objetiva asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, lo que debe ponderarse en cada caso concreto. También hemos señalado que el instrumento procesal adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial es el incidente de recusación, que puede ser rechazado *a limine*, incluso por el propio órgano recusado.

(.../...)

En el examen de la contaminación por contacto con el *thema decidendi* la índole de la intervención anterior del juez en el proceso penal es el elemento discriminador en una casuística basada en que “la imparcialidad del juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción de funciones por un mismo magistrado, en determinados momentos del proceso penal, puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (STC 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3)” (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4).

De este modo se han ido configurando unos cánones constitucionales de enjuiciamiento de la imparcialidad que consideran incompatibles las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 225/1988, de 28 de noviembre; 180/1991, de 23 de septiembre, y 56/1994, de 24 de febrero), así como las facultades de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7). Carece de la debida imparcialidad para resolver en segunda instancia el juez que ha conocido del asunto en la primera (STC 238/1991 y STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick), el que ha adoptado medidas limitativas de derechos fundamentales (SSTC 60/1995, en relación con el juez de menores, y 162/1999), o el auto de apertura del juicio oral (STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4). No se ha considerado, por el contrario, que comprometa la imparcialidad objetiva del juez la decisión de admisión de una denuncia o una querrela (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 16), o la que adecua el procedimiento a la naturaleza de la infracción, al calificarla como falta (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6).

Lo decisivo para apreciar la imparcialidad judicial es, tal y como señalamos en la STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3, “el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad”; por lo que “deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto”.

Resulta relevante, en este sentido, la STC 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, en la que apreciamos contaminación por contacto con el *thema decidendi* en los magistrados de una sección de Audiencia Provincial que dictaron condena en segunda instancia, tras haber revocado el auto de sobreseimiento provisional dictado en la misma causa, en una resolución que valoró el resultado de una instrucción judicial prácticamente agotada».

(STC 180/2021, de 25 de octubre. Recurso de amparo 4055-2020. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. BOE 25-11-2021).

### *Derecho a un Juez imparcial. Publicación del fallo en los medios de comunicación antes de la notificación a las partes*

«En las SSTC 64/2001, 65/2001 y 66/2001, todas de 17 de marzo, FFJJ 2, así como en la STC 69/2001, de la misma fecha, FJ 14, con remisión a lo expuesto en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8, el Pleno de este tribunal abordó específicamente la cuestión relativa a si el derecho a un proceso con todas las garantías, desde la vertiente de derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), podría verse menoscabado como consecuencia de la “filtración” y publicación en los medios de comunicación del contenido de la deliberación y del fallo de una sentencia antes de su notificación a las partes. Podemos sistematizar la doctrina sentada entonces del siguiente modo:

a) La Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los denominados “juicios paralelos” en los medios de comunicación, dado que tanto las declaraciones en los citados medios acerca de procesos en curso como las opiniones sobre el sentido que haya de tener la decisión que los resuelva pueden influir no solo en el prestigio de los tribunales, sino, muy especialmente, “según sea su tenor, finalidad y contexto”, “pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de aquellos, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden influir en la decisión que deben adoptar los jueces. Es más, a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (STEDH de 29 de agosto de 1997, caso Worm, § 54)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8).

Paralelamente, hemos destacado también en numerosas sentencias que “el postulado que subraya la extraordinaria importancia de la opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, se aplica también en el ámbito de la administración de justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido”. Dado que los tribunales no actúan en el vacío, su competencia para pronunciarse sobre las causas penales que deban enjuiciar “no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (arts. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH). A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas públicas [por todas, STC 46/1998 y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times, § 65), de 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels, § 37) y de 29 de agosto de 1997 (caso Worm, § 50)]”.

b) Hemos señalado también que, desde la expresada garantía de imparcialidad judicial, el solo dato de que desde el entorno de la sala sentenciadora se hubiera filtrado hipotéticamente a los medios de comunicación el sentido general del fallo de la

sentencia antes de que la resolución fuese notificada a las partes, no repercute negativamente por sí sola, menoscabándola, en la imparcialidad del tribunal. Como venimos reiterando, “para que, en garantía de la imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; de 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros, y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)” [SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, FFJJ 2 a), y STC 69/2001, FJ 14 a)].

c) La imparcialidad subjetiva y objetiva del tribunal deben ser presumidas mientras no medie prueba en contrario. La dificultad que pueda comportar esta demostración no hace quebrar tal regla. “En palabras muy ilustrativas de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de junio de 1996, dictada en el caso Pullar (§ 32): ‘El principio según el cual se debe presumir que un tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: que el veredicto de un tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo. Este principio debe aplicarse de la misma forma a todas las clases de tribunales. Incluso si en determinados casos [...] puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, pues el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene recordarlo, una importante garantía adicional’” [STC 136/1999, FJ 9, citada en SSTC 64/2001, 65/2001 y 66/2001, FFJJ 2 c), y 69/2001, FJ 14 c)].

Por tanto, “[s]olo en la medida en que se acreditase que la opinión de alguno o de algunos de los integrantes del tribunal haya podido verse condicionada por hechos o circunstancias externas a la propia deliberación, o que la citada ‘filtración’ iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad, reconocida por el art. 24.2 CE, podría haberse visto afectada en su vertiente subjetiva”. A fin de efectuar esta valoración han de tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (i) que no puede cuestionarse el desinterés objetivo en el asunto de los miembros del tribunal sentenciador cuando “nada avala una relación previa de estos con las partes del proceso o con sus intereses”; (ii) el secreto en las deliberaciones y en el voto de los magistrados llamados a pronunciar un fallo de absolución o de condena representa también una garantía para el propio tribunal, que permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de

tomar su decisión, que les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos y que impide consecuencias o juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada magistrado durante los debates; (iii) el contenido de la información y el tiempo en que se produjo su aparición en los medios de comunicación; y, en concreto, si “ya había concluido el juicio oral, se había desarrollado toda la prueba e, incluso, había finalizado la deliberación” [SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, FFJJ 2 b), y 69/2001, FJ 14 b)]».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021).

### *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*

«a) El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley es una consecuencia necesaria del principio de división de poderes. En favor de todos los ciudadanos, está reconocido en el art. 24.2 CE y se proyecta tanto sobre el órgano judicial, como sobre sus integrantes. Desde sus primeros pronunciamientos (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2), este tribunal ha tenido ocasión de determinar el fundamento y contenido del derecho alegado.

A tenor de dicha doctrina, hemos reiterado que su contenido exige, en primer término, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (SSTC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8).

En segundo lugar, en relación con sus integrantes, el derecho alegado garantiza también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y, además, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4). La garantía no sería eficaz si bastase con determinar legalmente el órgano judicial, pero pudieran designarse o alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.

A través de ambas exigencias, que son fuente objetiva de legitimación de la función judicial, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, lo que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, proclamado también expresamente, aunque con distinta dicción, en el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el artículo 6.1 CEDH.

(.../...)

hemos reiterado que “no cabe confundir el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sen-

tido”. La atribución que el artículo 117.3 de la Constitución lleva a cabo en favor de juzgados y tribunales del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, supone que “la interpretación de las normas que regulan la competencia, y, por consiguiente, la determinación de cuál sea el órgano competente, es cuestión que corresponde en exclusiva a los propios tribunales de la jurisdicción ordinaria y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales no constituyen por sí solos materia que sea objeto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” (STC 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2, con cita de otras anteriores).

(.../...)

b) Dado que forman parte de una cultura europea común, los criterios que definen la doctrina de este tribunal sobre la necesidad de predeterminación legal de los órganos judiciales, de quienes los integran y de sus competencias, son semejantes a los que, desde sus primeras resoluciones, se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La semejanza no se extiende solo a la definición del contenido del derecho y a su fundamento, sino también al canon de análisis utilizado para abordar las quejas que en esta materia le han sido planteadas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 CEDH, “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley [...]”. El tribunal europeo ha señalado que esta última expresión es reflejo del principio del Estado de Derecho, dado que un órgano judicial no establecido conforme a la voluntad del legislador carecería necesariamente de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para oír la causa de un particular. La exigencia de previsión legal se extiende tanto al órgano mismo como a sus integrantes y, en tal medida, abarca la interpretación y aplicación de las normas relativas a los mandatos, las incompatibilidades y la recusación de los magistrados (asuntos *Bulut c. Austria* de 22 febrero 1996, § 29; *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000 y *Lavents c. Letonia*, de 28 de noviembre de 2002). En otros pronunciamientos (asunto *DMD Group, A. S. c. Eslovaquia*, de 5 de octubre de 2010), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la expresión “establecido por la ley” tiene por objeto asegurar “que la organización judicial en una sociedad democrática no dependa de la discrecionalidad del poder ejecutivo, sino que esté regulada por la ley emanada del Parlamento” (asunto *Zand c. Austria*, informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978). Incluso cuando existe una previsión legal expresa, la organización del sistema judicial no puede quedar a la valoración discrecional de las autoridades judiciales. Lo dicho no significa que los tribunales no tengan cierta libertad para interpretar la legislación nacional relevante (asunto *Coëme y otros*, antes citado, § 98, y *Savino y otros c. Italia*, de 28 de abril de 2009). Aunque corresponde en primer lugar a los tribunales nacionales la interpretación de las normas reguladoras, su incumplimiento conlleva, en principio, la violación del artículo 6.1 CEDH cuando se constate una violación flagrante de dichas previsiones, no con razón de una mera discrepancia de interpretación de las normas sobre competencia (asunto *Lavents c. Letonia*, de 28 de noviembre de 2002).

Al respecto, la Corte ha recordado que el artículo 6 CEDH no concede al imputado el derecho a elegir la jurisdicción que le juzgará, por lo que, en protección del derecho analizado, la tarea que le corresponde se limita a examinar si existían motivos razonables (no arbitrarios) que, conforme a la previsión legal, justificaran que las autoridades del Estado se declaren competentes para conocer del asunto

(asunto Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, § 64 a 72; referida al enjuiciamiento por actos de genocidio cometidos fuera de Alemania)».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en Derecho*

«El régimen procesal de la prueba en el proceso penal posee una indudable relevancia constitucional habida cuenta de su estrecha conexión con las garantías constitucionales del acusado, y muy en particular con los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La estricta sujeción del juez penal al régimen procesal de la prueba en sus distintas fases, y muy en especial la relativa a su admisión y práctica, constituye una garantía más del proceso justo (art. 24.2 CE) en los términos señalados con anterioridad” (STC 130/2002, FJ 5). La facultad de intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla es también una específica manifestación del derecho de defensa del acusado (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril) e incluye “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”, dando al mismo una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3, con cita de SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43, y de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40).

Si bien no todas las irregularidades e infracciones del régimen legal de prueba poseen relevancia constitucional a los efectos de las garantías del art. 24.1 y 2 CE, “no es menos cierto que el impulso probatorio del órgano judicial (tanto de oficio como a petición de parte) puede, en ocasiones y a la vista de las circunstancias del caso, traspasar los límites que le imponen el debido respeto al principio acusatorio, en el sentido de que quien debe formular la acusación y sobrellevar la carga de la prueba inculpatoria es la acusación y no quien ha de dictar sentencia en el proceso, menoscabando reflejamente aquella apariencia de imparcialidad objetiva que debe preservarse en todo momento (STC 186/1990, de 5 de noviembre, FJ 5). Por ello debe indagarse –a la vista de los datos objetivos que quepa extraer del modo de proceder que en cada caso haya observado el órgano judicial– si tras un impulso probatorio aparentemente neutral, incluso al abrigo de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim, el juez no ha emprendido en realidad sino una actividad inquisitiva encubierta” (STC 130/2002, FJ 5, con cita de la STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2). La observancia de tales principios se impone también en el interrogatorio de los testigos en el acto del juicio oral, como se refleja, entre otras, en la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14.

(.../...)

La doctrina de este tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), puede sintetizarse, de acuerdo con la STC 165/2001, de 16 de julio, en los siguientes puntos:

“a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo

una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea 'decisiva en términos de defensa' (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; y 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de

controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)” (STC 165/2001, FJ 2).

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4). En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5, con cita de las SSTC 147/1987; 357/1993, de 29 de noviembre; 1/1996 de 15 de enero; 217/1998 y 219/1998, de 16 de noviembre)».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021. En el mismo sentido, STC 107/2021, de 13 de mayo. *BOE* 15-6-2021).

*Presunción de inocencia. Inexistencia de vulneración por modificar el criterio de imputación objetiva del resultado de muerte en una previa omisión imprudente del criterio de la probabilidad de la evitación del resultado al del incremento del riesgo*

«El Pleno del tribunal recordó en la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3, que la “doctrina de este tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás ‘la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada’ (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3, y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que ‘el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones’ (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9, y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una

presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad ‘que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria’ (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)”.

Destacábamos, asimismo, que la eficacia garantista de la presunción de inocencia se despliega ante el juez y frente al legislador, en tanto que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una “obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes” (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1). En concreto, “el tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción *iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende” (STC 185/2014, FJ 3).

De otro lado, desde la STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2, hemos distinguido entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, situando a este último en el momento de la valoración o apreciación probatoria, de modo que “solo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida” (STC 16/2000, de 31 de enero, FJ 4). Y mantiene que, “con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, ‘en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial’, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ‘ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas’” (así últimamente, STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4, y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).

No obstante, conforme a nuestra doctrina, la regla de juicio que impone el derecho a la presunción de inocencia es muy clara: “se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (entre muchas, las ya citadas SSTC 78/2013, FJ 2, y 185/2014, FJ 3). Exige, como presupuesto de una condena penal conforme con el art. 24.2 CE, la certeza sobre la culpabilidad del imputado, entendida como ausencia de duda razonable respecto a la concurrencia de todos aquellos extremos relevantes para la condena. En tal medida, la razonabilidad de las conclusiones del juzgador sobre el resultado de los medios de prueba, justificadas a través de la debida motivación, y su suficiencia para condenar son exigencias entrelazadas del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 268/2000, de 27 de noviembre, FJ 9, y 78/2013, FJ 2). La existencia de una duda razonable en términos objetivos (o mejor, intersubjetivos) implica una valoración probatoria deficiente y la ausencia de prueba de cargo suficiente y, en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así ocurrirá, como hemos repetido, si se presentan por el acusado hipótesis fácticas alternativas razonables frente a la hipótesis acusatoria (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5, y 12/2011, de 28 de

febrero, FJ 10). Sin que, por lo demás, pueda haber diferencia cualitativa desde la perspectiva del art. 24.2 CE entre una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia del acusado y una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia –por existir una duda razonable– (SSTC 8/2017, de 19 de enero, FFJJ 7 y 8; 10/2017, de 30 de enero, FJ 4; 85/2019, de 19 de junio, FJ 10, y STEDH de 16 de febrero de 2016 asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 40).

Sin embargo, no puede vincularse al derecho a la presunción de inocencia un principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE (STC 137/1997, FJ 7; seguida, entre muchas, por SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 4, o 1/2020, de 14 de enero, FJ 8). Nuestra doctrina parte de que “toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3)” (SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6). Es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos penales y el control de la corrección del proceso de subsunción (por todas, STC 137/1997, FJ 7). Por tanto, el examen que nos corresponde atañe a la razonabilidad de la comprensión de la norma penal y de la subsunción de los hechos probados en ella, y se limita al control de que se respeta el tenor literal de la norma, no se incurre en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 129/2008, 27 de octubre, FJ 3; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

(.../...)

El Tribunal Supremo acoge el criterio del incremento del riesgo como criterio de imputación objetiva del resultado frente al criterio de la probabilidad de evitación rayana en la certeza que sostuvo la Audiencia Provincial. Lo hace en el ámbito de sus atribuciones, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, en atención a las peculiaridades fenomenológicas de las prestaciones médicas, el fin de tutela de bienes jurídicos y la finalidad preventiva a la que sirven las disposiciones penales. Desde tal comprensión y definición de los elementos típicos, examina los hechos probados fijados por el tribunal de primera instancia tras una valoración de la prueba cuya razona-

bilidad no se ha cuestionado, como tampoco lo ha sido la suficiencia del material incriminador al respecto. Concluye a partir de esas premisas fácticas que el resultado de muerte es imputable a la conducta del recurrente, que era garante de la vida de la persona lesionada, por cuanto omitió palmariamente la actuación profesional correcta y, con su conducta manifiestamente negligente, contribuyó a que el riesgo vital culminara en la muerte de la joven herida en la avalancha. Ni la concepción manejada por el órgano judicial sobre los requisitos para imputar el resultado a la previa omisión imprudente ni su aplicación en el caso concreto vulneran el derecho a la presunción de inocencia».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

### *Principio acusatorio*

«Procede remitirnos como fuente de doctrina a la STC 47/2020, de 15 de junio, que recogiendo y sistematizando otras resoluciones anteriores, señala sobre este derecho fundamental, también conocido como de congruencia o correlación entre las pretensiones de la acusación y la defensa y la sentencia, en el fundamento jurídico 3, destacando a los efectos de este amparo los siguientes pronunciamientos de los apartados a) y c):

“a) En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 4, citada por la demandante ya desde el momento en que interpuso el incidente de nulidad de actuaciones que sería inadmitido *a limine* por la audiencia, el Pleno de este tribunal recordó lo expuesto en la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 3, reiterando que, aunque el principio acusatorio no aparezca expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para entender protegidos por el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación para comprender un haz de garantías adicionales. En este sentido, se resaltó la vinculación del principio acusatorio tanto con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial.

Por lo que afecta al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, como manifestación del principio acusatorio contenida en el derecho a un proceso con todas las garantías, la citada sentencia expuso su directa relación, principalmente, con el derecho a la defensa y a estar informado de la acusación; de modo que si el juzgador se extralimita en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferentes de los pretendidos por las acusaciones, priva a la defensa de la necesaria contradicción. Este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías: el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, pues un pronunciamiento judicial que vaya más allá de la concreta pretensión punitiva solicitada por quienes sostengan la acusación, implicará la invasión por el órgano judicial de competencias reservadas constitucionalmente a aquellas acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitarla; ello conduciría, además, a una pérdida de su necesaria posición de imparcialidad, con efectos sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 123/2005, FJ 4; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2, o 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Así pues, la vinculación entre la pretensión punitiva sostenida por las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusa-

torio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con lo solicitado por aquellas. Lo cual responde a la necesidad no solo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los distintos participantes en el proceso penal (arts. 117 y 124 CE). De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre acusación y fallo, por parte de una resolución judicial, debe venir dado no solo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente los elementos de la acusación, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (STC 155/2009, FJ 4, siguiendo a la STC 123/2005, de 12 de mayo).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación, como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal; el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que varíen sustancialmente la acusación, ni realizar la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realice la acusación y la consiguiente petición sancionadora. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, el juez podrá condenar por un delito distinto del solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que, el órgano judicial, modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (STC 155/2009, FJ 4, y jurisprudencia allí citada).

[...] c) Finalmente, es también doctrina de este tribunal que la ausencia de indefensión debe respetarse en cada instancia. Lo cual, desde la perspectiva del principio acusatorio, implica que el sostenimiento de pretensiones acusatorias resulta igualmente exigible en la fase de apelación de la sentencia (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 3; 168/1990, de 5 de noviembre, FJ 2; 11/1992, de 27 de enero, FFJJ 3 y 4; 83/1992, de 28 de mayo, FJ 1, o 283/1993, de 27 de septiembre, FFJJ 4 y 5). De este modo, no basta con que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia, para entender cumplidas sus exigencias en la segunda instancia si no se reformula en ella la pretensión: la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia debe existir en todas las instancias judiciales (STC 100/1992, de 25 de junio, FJ 2; también SSTC 28/1981, de 23 de junio; 240/1988, de 19 de diciembre; 53/1989, de 22 de febrero, y 168/1990, de 5 de noviembre). Conforme a ello, la inexistencia de acusación en la apelación o su defectuoso planteamiento en dicho grado no pueden entenderse suplidos, en modo alguno, por la primera acusación, ya que “en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia” (STC 240/1988, de 19 de diciembre, FJ 3, por remisión a la STC 84/1985, de 8 de julio).

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este tribunal no se refiere con ello a

supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el tribunal *ad quem* agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992).

(STC 22/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3917-2019. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, STC 132/2021, de 21 de junio. *BOE* 31-7-2021 y STC 165/2021, de 4 de octubre. *BOE* 9-11-2021).

## ARTÍCULO 25

### *Principio de legalidad penal*

«De acuerdo con la doctrina de este tribunal el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, que también “es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo”, y es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4). Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 CE e implica, al menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (vid, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) **Ámbito normativo.** De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación *ex ante* de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) **Ámbito aplicativo.** En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (analogía *in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido

considerada probada. En estos casos, pese a la “calidad” de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo “no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia “es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal” (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

(STC Pleno 14/2021, de 28 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 1478-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Boe 23-2-2021)

### *Principio de legalidad penal. Taxatividad y certeza de la norma*

«A) Según doctrina de este tribunal, el mandato enunciado contiene un derecho fundamental subjetivo que comprende una garantía formal, anudada al rango exigible a la norma sancionadora, y otra de carácter material, vinculada a la exigencia de certeza y concreción del precepto penal. Esta doctrina aparece sistematizada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2:

“a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que solo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, ‘esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejerce en la medida en que está prevista en la ley’. También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones –STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7– que del art. 25.1 CE se deriva una ‘reserva absoluta’ de ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, ‘la remisión a la ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)’.

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado –como recuerda la

STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3– ‘que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)’. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran estas quienes definieran *de facto* lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento –a través de mayorías cualificadas, en su caso– quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones”.

B) Este tribunal ha resaltado la importancia del mandato de taxatividad que el precepto constitucional objeto de cita contiene. Ejemplo de ello son los argumentos que figuran en la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, que a continuación se transcriben:

“El principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). De esta manera, ese principio, no solo fija el límite interpretativo de los preceptos en la subsunción irrazonable en el tipo que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí, de manera, que de sobrepasarse tal límite, la sanción impuesta resultaría sorpresiva para su destinatario (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5), sino que ‘impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6)”.

La garantía de certeza a que se ha hecho mención no solo opera respecto de las normas penales o sancionadoras (ámbito normativo), pues también se proyecta a la interpretación y aplicación de estas por los órganos judiciales a los concretos supues-

tos de hecho (ámbito aplicativo), como así se refleja en la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2:

“La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (vid, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) **Ámbito normativo.** De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación ex ante de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) **Ámbito aplicativo.** En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (analogía *in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido considerada probada. En estos casos, pese a la ‘calidad’ de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo ‘no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla’ (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia ‘es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal’ (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5)”.

No obstante, el principio de taxatividad no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o la utilización de una terminología con cierto grado de ambigüedad por parte del legislador, como así queda expuesto, entre otras, en la STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3:

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

C) La aplicación de la analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal, por parte de los órganos judiciales, han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE. Esta censura queda reflejada, entre otras, en la STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4. “A este respecto, hemos destacado que ‘la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de pre-determinación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12); es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4)’ (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8)”.

D) A su vez, este tribunal ha precisado las exigencias a que se deben sujetar los órganos judiciales, al verificar la labor de subsunción de los hechos en la norma penal. Nuestra doctrina sobre ese particular queda recogida con detalle en la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, en los siguientes términos:

“El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma ‘pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; [...] STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero

también de la libertad y la competencia del juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de este y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley [...] La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica [...] Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)” ».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021. En el mismo sentido, STC 133/2021. *BOE* 31-7-2021).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULOS 35, 36.1, 76.1 e) y 78 bis

#### *Constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable*

«El problema de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido abordado por este tribunal en algunas ocasiones en relación con personas reclamadas por otros Estados en procedimientos de extradición pasiva. En la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9, que dirimía una demanda de amparo interpuesta por un ciudadano italiano que reaccionaba contra resoluciones de la Audiencia Nacional que autorizaron su extradición a su país de origen, en el que podía ser condenado a pena de prisión perpetua (*ergastolo*), nos pronunciábamos en estos términos:

“En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de *ergastolo* hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues ‘depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena’ (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). [Recordábamos entonces que] [t]ales consideraciones han sido también claramente expresadas

por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer c. Reino Unido) y 16 de diciembre de 1999 (casos T. y V. c. Reino Unido), al interpretar el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española.”

Se dispuso que incumbía al demandante la carga de acreditar “que su ejecución haya de consistir en un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización”.

La STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, refrenda este planteamiento por su concordancia con “las condiciones de la procedencia de la extradición que el Convenio europeo de extradición, la Ley de extradición pasiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este tribunal han considerado garantías necesarias y suficientes de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en este ámbito extradicial: que, caso de imponerse la pena de muerte, esta no será ejecutada, y que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente ‘de por vida’ (por todas, SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido; de 16 de noviembre de 1999, asuntos T. y V. c. Reino Unido; STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9)” (en el mismo sentido, STC 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5).

En definitiva, “a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida” (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16).

(.../...)

En la evolución de esta doctrina, constituye un hito la STEDH (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008, asunto Kafkaris c. Chipre, § 98, que asentó la noción de que la prisión perpetua no infringe el mandato prohibitivo de las penas inhumanas o degradantes del art. 3 CEDH, ni ningún otro valor garantizado en el meritado convenio, cuando la legislación interna que la contempla es capaz de proporcionar al reo una posibilidad de revisión en forma de conmutación, remisión, terminación o liberación condicional, es decir, cuando la pena sea redimible *de iure* o *de facto*. No se considera irredimible una pena por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, esto es, toda la vida del reo.

Esta doctrina se consolida y amplía en la STEDH de 9 de julio de 2013 (Gran Sala), asunto Vinter y otros c. Reino Unido, donde se afirma que “los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos [...] el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad (véanse, *mutatis mutandis*, T. c. el Reino Unido, § 97, y V. c. el Reino Unido, § 98, ambas citadas anteriormente). Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las ‘finalidades esenciales’ de una pena de prisión (véanse *Mastromatteo c. Italia* [GS], núm. 37703/97, § 72, TEDH 2002 VIII; *Maiorano y otros c. Italia*, núm. 28634/06, § 108, de 15 de diciembre de 2009; y, *mutatis mutandis*, *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, núm. 46846/08, § 45, de 17 de enero de 2012). Estas cuestiones

son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (véase, por ejemplo, Maiorano y otros, citada anteriormente)” (§ 108).

En esta sentencia se establece que los mecanismos de revisión susceptibles de preservar la humanidad de la pena deben supeditarse a la evolución personal del reo, pues “el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal” (§ 119); y deben estar asimismo predeterminados, pues “[u]na persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el Derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena” (§ 122).

Esta doctrina se reproduce en las SSTEDH de 8 de julio de 2014, asunto Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria, § 243 a 246; de 4 de septiembre de 2014, asunto Trabelsi c. Bélgica, § 112 a 115; de 26 de abril de 2016, asunto Murray c. Países Bajos, § 99 y 100; de 17 de enero de 2017, asunto Hutchinson c. Reino Unido, § 42 a 45, y de 13 de junio de 2019, asunto Marcello Viola c. Italia –núm. 2–, § 92. La noción de que la peligrosidad criminal es un factor criminológico susceptible de legitimar la prolongación de la detención aflora nuevamente en la STEDH de 13 de noviembre de 2014, asunto Bodein c. Francia, § 54.

Adaptada esta doctrina a nuestra realidad jurídica, el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos: (i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución.

Los cuatro primeros apartados son encuadrables en lo que la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos denomina “reductibilidad de iure”, pues se refieren a la configuración jurídica de la pena y, en particular, de los presupuestos y del procedimiento para alcanzar la libertad; el quinto, en el de la “reductibilidad de facto”, pues se refiere a una actividad prestacional u obligación positiva del Estado, concebida como obligación de medios, no de resultado, de proporcionar al interno un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias que posibilite su evolución personal y haga factible su esperanza de liberación (STEDH Murray, § 103, 104 y 112).

(.../...)

Se puede afirmar que la reductibilidad de iure queda suficientemente garantizada al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad “tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado” (art. 92.1, párrafo último, CP).

La reductibilidad de facto plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro ordenamiento penitenciario antes de promulgarse la Ley Orgánica 1/2015, lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario, entendido como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” que “pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades” (art. 59 LOGP).

(.../...)

La progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para precaver el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido afflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos con motivo de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad.

Conforme al parámetro expuesto, solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un efecto multiplicador de su afflictividad originaria sería posible emitir un juicio ex ante de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible. En este aspecto, el sistema de individualización científica definido en el art. 72 LOGP, conocido por su función vertebradora del sistema penitenciario español, representa una garantía suficiente. Como recordamos en la STC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 7, “a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria [de los penados] y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad”.

(.../...)

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción en nuestro ordenamiento de esta nueva modalidad de pena de prisión apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplicará, a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno, consideraciones de política criminal que aunque hayan suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia [vid. SSTS, de la Sala Segunda, 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FJ 4.2], no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia.

(.../...)

En este contexto internacional, el art. 92.1 a) CP no resulta disonante; tampoco el art. 78 bis CP, que reserva en su apartado 3 los periodos de seguridad de duración superior a treinta años a la criminalidad organizada y al terrorismo, cuando el penado haya sido condenado “por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más” [art. 78 bis.2 c) CP], respuesta penal que en atención a la culpabilidad manifestada por el autor, la finalidad protectora de las normas penales, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de su ataque, no representa “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12, y 136/1999, FJ 23).

El riesgo de desproporción en la pena de prisión permanente revisable no reside, por lo tanto, en el cumplimiento penitenciario de los periodos de seguridad predeterminados por la ley, que responden a la legítima finalidad de proteger, mediante una reacción penal adaptada a la medida de la culpabilidad y suficientemente disuasoria, los bienes jurídicos protegidos por la norma y lesionados por la actividad criminal del penado, sino en la posibilidad de que, vencidos estos plazos, la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal.

(.../...)

La pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada, defecto concurrente en las sanciones gubernativas a las que se referían las SSTC 29/1989 y 129/2006, sino una pena determinable con arreglo a criterios legales preestablecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, los del art. 92.1 CP, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlo, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal. Entre estos parámetros adquieren singular relieve aquellas variables que son directamente dependientes de su voluntad, como su conducta penitenciaria y la evolución personal que experimente a lo largo del cumplimiento de la condena, en general, y en relación con el tratamiento penitenciario que se le ofrezca, especialmente en lo concerniente a aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva (art. 75 LOGP). Estas variables influirán en gran medida en su pronóstico de reinserción social y en la evaluación de los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución.

La doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos ha consolidado el criterio de que el condenado a pena de prisión perpetua tiene el derecho a conocer, desde el mismo momento en que se inicia su cumplimiento, qué debe hacer para obtener su libertad y bajo qué condiciones, y el momento en el que se va a producir la revisión de su condena o puede ser solicitada (SSTEDH, asunto Trabelsi c. Bélgica, § 115, y Vinter y otros c. Reino Unido, § 122). Podemos afirmar que este derecho queda salvaguardado en el régimen jurídico aplicable a la pena de prisión permanente revisable.

(.../...)

La finalidad legítima a la que se supeditarían las restricciones impuestas para el disfrute por el penado del tercer grado y la libertad condicional vendría dada por la necesidad de que la reacción penal se adecue a la importancia de los bienes jurídicos lesionados por su conducta –la vida humana independiente y, en su caso, también la libertad sexual en el contexto de crímenes contra la humanidad– a la gravedad del

ataque dirigido contra los mismos y a las circunstancias de la víctima. Se trata de fines que no plantean ningún problema de encaje en el orden constitucional de valores, pues protegen posiciones jurídicas que tienen rango de derecho fundamental y que pueden verse en peligro si falla el efecto disuasorio de las normas penales.

(.../...)

El sistema de individualización científica se alza en nuestro ordenamiento jurídico como salvaguarda de la humanidad de la pena de prisión permanente revisable. Se ha de reconocer, sin embargo, que los periodos de seguridad establecidos en la ley para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria condicionan gravemente uno de sus rasgos diferenciales, el que establece que “[e]n ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” (art. 72.4 LOGP), por lo que para que esa salvaguarda sea algo más que teórica, se ha de precaver el riesgo de anquilosamiento del sistema, riesgo perceptible si la administración penitenciaria y los órganos judiciales optan por convertir la gravedad intrínseca de la pena y su duración indeterminada en fundamento dirimente de sus decisiones en materia de régimen y tratamiento. Este tribunal considera necesario, por ello, reforzar la función moderadora que el principio constitucional consagrado en el art. 25.2 CE, y sus concretas articulaciones normativas, debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable. En definitiva, las tensiones que el nuevo modelo de pena genera en el art. 25.2 CE precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad.

(.../...)

Fallo: 1.º Desestimar la solicitud de inadmisión de la impugnación. 2.º Declarar que el art. 92.3, párrafo tercero, del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b). 3.º Declarar que el art. 92.4 del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b)».

(STC Pleno 169/2021, de 6 de octubre. Recurso de inconstitucionalidad 3866-2015. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. *BOE* 9-11-2021).

## **LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA**

### **ARTÍCULO 15.2**

#### *Derecho a la información del interno en un Centro Penitenciario*

«Este tribunal ha calificado de resoluciones estereotipadas, y como tales incompatibles con el debido respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, aquellas que “ni dan cuenta de los fundamentos de la queja del interno ni los toman en consideración, de modo que podrían aplicarse a cualquier clase de queja fuera cual fuese su contenido y cualesquiera que fuesen los preceptos legales en los que se fundamentara. La ausencia total de identificación del caso, e incluso de los preceptos aplicables, convierte en imposible el conocimiento por el

interesado o por cualquiera de las razones de la decisión” (STC 363/2006, de 18 de diciembre, FJ 3).

(.../...) Se trata de una percepción del contenido y alcance del artículo 15.2 LOGP que se hace presente en los Criterios de actuación de los juzgados de vigilancia penitenciaria, en cuyo apartado 97 bis, aprobado por mayoría cualificada en la reunión de octubre de 2007, se manifiesta que “[c]onforme dispone el artículo 15.2 de la LOGP, los internos tienen derecho a ser informados de su situación penal y penitenciaria, pero no un derecho de acceso directo al contenido del expediente penitenciario, sin perjuicio del acceso a los informes que obren en el procedimiento ante el JVP en los términos de la LOPJ”.

(.../...) El acceso a la información integra el contenido de un derecho público subjetivo ejercitable frente a la administración que, no siendo absoluto, solo puede ser limitado por motivos predeterminados en la ley, en virtud de una previa ponderación de los intereses en juego. De este modo, la posibilidad de limitar el acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la administración».

(STC 164/2021, de 4 de octubre. Recurso de amparo 1264-2020. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. *BOE* 9-11-2021).

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

### **ARTÍCULO 49.1, *in fine***

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

«Por lo que se refiere a la apreciación de especial trascendencia constitucional, cuya concurrencia también cuestiona la parte, es doctrina reiterada que “es a este tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC” [últimamente, entre otras, SSTC 46/2019, de 8 de abril, FJ 3 c); 54/2019, de 6 de mayo, FJ 3 c); 3/2020, de 15 de enero, FJ 4, y 143/2020, de 19 de octubre, FJ 2]. En la providencia de admisión a trámite consta que hemos considerado que el presente recurso tiene especial trascendencia constitucional, porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]. En concreto, y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y las exigencias para poder condenar o agravar la pena en vía de recurso, la dificultad de su traslación al ámbito de la casación, donde no se prevé ni se ha admitido la celebración de vista con audiencia del acusado, ha provocado que hayamos tenido que pronunciarnos en diversas ocasiones sobre resoluciones peyorativas del Tribunal Supremo en las que se aplicaba la doctrina referida con desigual tino. En particular, en supuestos en los que, sin modificar formalmente los hechos probados, sin embargo, no siempre se está decidiendo sobre cuestiones estrictamente jurídicas, lo que es conforme con las exigencias del art. 24.2 CE, sino fácticas, incumpliendo las exigencias constitucionales. Como muestra de esa

aplicación contradictoria de la doctrina constitucional cabe traer, entre otras, las SSTC 172/2016, de 17 de octubre; 146/2017, de 14 de diciembre, o 36 y 37/2018, ambas de 23 de abril. O más recientemente, las SSTC 1/2020, de 14 de enero, o 35/2020, de 25 de febrero, donde hemos apreciado como razón de especial trascendencia constitucional que su doctrina podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)].».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 588 quáter

*Ver supra artículo 18.3*

### ARTÍCULO 739

*Derecho a la última palabra. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa*

«Matizaciones a la doctrina de la STC 258/2007, de 18 de diciembre. (.../...) La exigencia introducida por esta, de tener que convencer dialécticamente al tribunal de la causa en todo caso y, en vía de impugnación, a los tribunales superiores al de primera instancia –y, eventualmente como ahora, a este Tribunal Constitucional–, acerca de la repercusión efectiva de lo que en hipótesis el acusado podía o no haber dicho al órgano de enjuiciamiento para obtener una sentencia más favorable (absolutoria, o con imposición de pena inferior en función de los hechos declarados probados), debe ser matizada no solo por los problemas prácticos que plantea en su aplicación por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino en atención a razones de índole constitucional de innegable relevancia. (.../...)»

Condicionar el ejercicio del derecho a la última palabra, a la exigencia de una indefensión material en los términos que explicita la STC 258/2007, resalta sin duda el papel como fuente probatoria del dicho del acusado pero, a la par que con esa sola perspectiva se descuida la función que cumple tal trámite como expresión de la auto-defensa, su situación se equipara con la del derecho a la utilización de la prueba pertinente (art. 24.2 CE), cuyo contenido esencial solo comprende conforme a nuestra jurisprudencia –que recuerda la STC 258/2007–, la prueba “decisiva en términos de defensa” [más recientes, entre otras, las SSTC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4; 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4 d), y 107/2019, de 30 de septiembre, FJ 5].

Distintamente, la última palabra por su naturaleza deviene de por sí pertinente siempre, existiendo en todo caso la facultad del juez de dirigirse al acusado si este abusa de su derecho, sea por referirse a hechos ajenos a los que se enjuician, o por el empleo de palabras o expresiones ofensivas o carentes de sentido.

(.../...) La importancia del derecho a la última palabra como expresión de la autodefensa del acusado en el proceso penal, encuentra su reconocimiento además en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación de lo dispuesto en el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (“Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la Justicia así lo exijan”).

El derecho a la última palabra del acusado no lo es a verbalizar al tribunal los hechos relevantes para asegurar su mejor posición en la sentencia, sino el derecho a transmitir al tribunal aquello que a su criterio este último debe conocer para dictar una resolución justa, sea o no decisivo para su absolución o menor condena.

En atención a todo ello, la doctrina de la STC 258/2007, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 5, debe matizarse en el sentido de que ha de considerarse vulnerado el derecho a la defensa del art. 24.2 CE en todos los casos en los que, no habiendo renunciado expresamente a su ejercicio, se haya privado al acusado del derecho a la última palabra, sin que para ello deba este acreditar en vía de impugnación contra la sentencia, la repercusión o relevancia hipotética de cómo lo que hubiera podido expresar al tribunal, habría supuesto la emisión de un fallo distinto».

(STC Pleno 35/2021, de 18 de febrero. Recurso de amparo 1265-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 22-3-2021).