

EL TRATAMIENTO DE LAS DECLARACIONES ANTE LA POLICÍA EN UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS*

Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell**

RESUMEN

La persecución penal de las infracciones criminales y el esfuerzo por evitar la impunidad ha llevado a los órganos jurisdiccionales españoles en algunos casos a flexibilizar las garantías constitucionales sin fundamento suficiente. Uno de esos supuestos ha sido el de la admisión del valor probatorio de las declaraciones auto inculpatorias emitidas ante los policías que han efectuado la detención, que no se han visto corroboradas durante el proceso posterior por el ejercicio del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (Art. 24.2 de la Constitución Española de 1978).

Después de numerosas sentencias contradictorias ante los tribunales ordinarios y, en especial, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo español, el Tribunal

* El presente texto es una versión de un artículo publicado originalmente en la *Revista Española SEPIN*. Cuaderno jurídico, que se aporta con autorización de la editorial.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Coordinador del Programa de Doctorado "Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social del siglo XXI". Ha sido Vicedecano de la Facultad de Derecho de su Universidad y Director para América Latina de la Fundación General de la Universidad de Salamanca. Ha disfrutado de estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE.UU.), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania). Autor de las obras *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*; *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español* y *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, así como de otros numerosos trabajos sobre la especialidad jurídico-procesal publicados en libros colectivos y en revistas nacionales y extranjeras. Defiende con frecuencia sus ponencias en congresos, jornadas y conferencias tanto en España como en otros países europeos y americanos. Participa como evaluador en diversos programas nacionales y extranjeros.

Constitucional ha emitido en los últimos años dos sentencias en que deja sentada su doctrina y que son objeto de reflexión en las páginas que siguen: La STC 68/2010, de 18 de octubre, y la STC 53/2013, de 2 de febrero. Estas resoluciones nos dan la pauta para dar una visión panorámica y crítica de algunos de los principales aspectos probatorios del anticuado proceso penal español.

Palabras clave: Proceso penal, declaraciones del imputado, policía, prueba, garantías procesales, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The prosecution of criminal offences and the effort to avoid impunity has led to Spanish Courts in some cases to make more flexible constitutional interpretations without sufficient basis. One of those assumptions has been that of the admission of the evidence value of the statements of self-incriminating accused to police officers who made the arrest, and that they have not been substantiated during the further judicial process because of the fundamental right to not testify against himself and not confess guilty (art. 24.2 of the 1978 Spanish Constitution)

After numerous contradictory decisions by the Ordinary Courts and, in particular, by the Spanish Supreme Court (Criminal Chamber), the Constitutional Court has issued in recent years two sentences where it declares more or less clearly his constitutional doctrine and that are commented in the next pages: the STC 68/2010, October 18, and the STC 53/2013, of 2 February. These decisions give us the pattern to give a panoramic and critical view of some of the principal evidentiary aspects of the outdated Spanish criminal proceedings.

Key words: Criminal procedure, accused statements, police, evidence, procedural rights, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

La cuestión de la valoración probatoria de las declaraciones prestadas ante la policía que no son reiteradas en los trámites procesales sucesivos ha sido polémica por el tratamiento contradictorio que ha tenido en los años pasados en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo español y dio lugar en su momento a la emisión de un acuerdo de la Sala General, el 28 de noviembre de 2006, por el cual se determinaba que “Las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral, en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

Pese a la buen voluntad de los integrantes de esta Sala para afrontar y superar las dudas, discrepancias y, en suma, la jurisprudencia contradictoria sobre esta interesante cuestión, tal acuerdo mostró pronto sus insuficiencias y por ello es

imprescindible su interpretación a la luz de la doctrina que se deriva del Tribunal Constitucional, órgano que, con mejor o peor fortuna, ha ido delimitando el sentido y alcance constitucional que el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento debe dar a tal consideración de contenido normativo¹, matizando las circunstancias en que puede hacerse valer y señalando las consecuencias que puedan derivarse de una aplicación constitucionalmente desmesurada de tal acuerdo.

Aunque nuestro hilo conductor será principalmente la sentencia núm. 53 del pasado 28 de febrero de 2013, no es adecuado prescindir de las consideraciones expuestas, en su antecedente inmediato, la STC 68/2010, de 18 de octubre, que ofrece mayor claridad.

1. LOS HECHOS

El caso que nos ocupa se refiere a un proceso por delitos de asesinato y daños terroristas con sentencia condenatoria de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Tal resolución fue recurrida ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en sentencia de 1 de octubre de 2010, confirmó la anterior del órgano *a quo*².

Los hechos objeto de imputación, acusación y condena son, en términos resumidos, la militancia en la organización terrorista ETA; la integración en un comando de información; la transmisión por el señor Bravo de información precisa sobre las circunstancias personales (dirección, vehículo y ubicación de la plaza de garaje) de un funcionario de prisiones que vivía en el mismo edificio que sus propios padres; la

¹ La brevedad que nos imponemos en este comentario no nos permite entrar en el proceloso tema de la naturaleza de estos acuerdos de las Salas del Tribunal Supremo, de su relación con el artículo 12.3 de la LOPJ (que impide a los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno o al propio CGPJ dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional) y de algunos problemas prácticos como los relativos a la publicidad, suficiente o no, de tales acuerdos. Permítasenos, en estas páginas, detenernos en la constatación de que la propia Sala 2ª ha afirmado que “los acuerdos de la Sala General (pleno no jurisdiccional) son vinculantes” (acuerdo de 18 de julio de 2006) y que “los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad” (acuerdo de 20 de julio de 2010).

² Por supuesto no son indiferentes nunca los hechos punibles objeto del proceso penal, pero menos todavía en estos casos, pues la gravedad de lo enjuiciado puede llevar a tentaciones, tal vez incluso inconscientes, de rebaja de los parámetros probatorios mínimos, en una suerte de aplicación concreta del llamado Derecho Procesal Penal del enemigo, que tiene un difícil acomodo constitucional. O dicho sea de otro modo: el afán por evitar la impunidad en determinados hechos particularmente graves puede llevar a ciertas relajaciones en cuanto a las exigencias para la convicción del juzgador que se alejan de la doctrina constitucionalmente asumida y por ello mismo son difícilmente admisibles en un Estado de Derecho.

facilitación de una llave de acceso al garaje mismo, la comunicación de tales datos y de esa llave a la organización terrorista a través del señor Subijana; la utilización de esa información para la colocación de un artefacto explosivo tipo bomba-lapa en los bajos del coche de ese funcionario; la explosión de ese artefacto cuando el funcionario intentó poner en marcha su vehículo, ocasionándole la muerte, obviamente la destrucción del propio coche y diversos daños en el inmueble donde se encontraba el garaje, así como en otros vehículos cercanos y, finalmente, la reivindicación por ETA de este hecho por un comunicado publicado en un periódico vasco.

Ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se plantearon ya algunas objeciones, por parte de la defensa, en torno a la legalidad de las fuentes de prueba tomadas en consideración: básicamente, sobre la validez de las declaraciones pres-tadas en las dependencias policiales, que según el señor Subijana se habían obtenido mediante torturas y, también sobre la incorporación del resultado de los registros efectuados en los domicilios de los acusados, pues no constaba en las actuaciones resolución juncal alguna que los autorizara, aunque sí la preceptiva presencia del Secretario judicial en ellos y el subsiguiente levantamiento del acta correspondiente siguiendo las formalidades legales.

Son diversas las reflexiones que se derivan de estos hechos, pero limitaremos nuestro comentario, atendiendo al propio título que le he hemos dado³, a los problemas derivados de los efectos incriminatorias de las declaraciones que el señor Subijana emitió respecto a la responsabilidad de su coimputado el señor Bravo, teniendo en cuenta que no se trata de un fundamento único de la condena, sino que viene acompañado por diversos elementos corroboratorios que la propia

³ Dejamos pues al margen las interesantes referencias a la validez de los registros domiciliarios practicados, que son objeto también de impugnación ante el Tribunal Constitucional, toda vez que no consta, como ya indicamos, la resolución habilitante en las actuaciones, a pesar de que sí intervino el Secretario Judicial, de lo cual automáticamente se deduce, sin mayor razonamiento, la “evidencia” de “que los registros se amparaban en una resolución judicial” y que “deben encontrarse lógicamente incorporados al procedimiento del que se dedujo el testimonio de las actas de entrada y registro”, todo ello tamizado por la ausencia de actividad impugnatoria en la instancia y la aplicación analógica del acuerdo adoptado en Sala General por el Pleno de la Sala 2.ª el 26 de mayo de 2009, por el cual:

“En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

sentencia inicial señala: la aceptación de la pertenencia del señor Bravo a ETA en otro proceso; el indicio que suponen las relaciones de vecindad con la víctima del asesinato; los resultados de los registros domiciliarios efectuados que suministran datos sobre la organización terrorista y coinciden con informaciones de las que ETA disponía y finalmente un documento intervenido en el domicilio del señor Subijana, escrito por él mismo según se acredita por pericial caligráfica en que se contenía la secuencia “carcelero, plano, claves, garaje, domicilio”.

La Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 10 de enero de 2010, fue recurrida en casación y la Sala 2ª desestimó el recurso por Sentencia de 1 de octubre de 2010⁴. Cabe destacar de ésta última resolución la afirmación por la cual se entiende como “la forma más correcta de introducción” de las declaraciones policiales de los acusados “en el acto del Juicio, era la de la presencia de dichos servidores públicos en el acto del Juicio para prestar declaración acerca de lo que vieron y oyeron, así como respecto de las restantes circunstancias que rodearon a dichas actuaciones policiales, dando cuenta así, personalmente, tanto del contenido de las referidas declaraciones como de su propia conducta en aquellos momentos. Lo que obviamente resulta más enriquecedor, convincente y seguro que la mera lectura de las actas del atestado en las que constan las manifestaciones vertidas por los declarantes”.

Pero a ello se añade una inferencia de dudosa justificación: “en el presente caso acontece que la introducción de aquella declaración en el juicio se produjo de la forma más efectiva y fiable posible, a saber, el propio reconocimiento de la misma por el acusado, ahora recurrente, que si bien afirmó en el acto del Juicio oral, a preguntas de su propio defensor que fueron las únicas a las que accedió a contestar, que aquellas manifestaciones no se correspondían con la realidad sino que fueron provocadas por el padecimiento causado por las torturas de que fue objeto, no niega expresamente el hecho de su existencia”.

Por tanto, de las declaraciones del acusado en el juicio oral a respuesta de su propia defensa por las que aquél denuncia la realización de las declaraciones ante la policía como resultado de torturas, la Sala 2ª parece deducir no sólo la existencia de las propias declaraciones policiales, reconocida efectivamente por el acusado, sino además la realidad de su propio contenido, que el propio acusado impugna. Se trata de un salto argumentativo delicado, solamente asistido por la consideración de que “el recurrente no denunció ilícito alguno de tales características en el momento inicial de las actuaciones, en su declaración fue asistido de Letrado que nada manifestó tampoco al respecto, el Médico forense que en aquel momento le examinó no informó de señal ni dato alguno que indicase o hiciera sospechar de un sometimiento a malos tratos e incluso el propio Rogelio, ante el Juez de Instrucción y tiempo después, dijo expresamente que la Guardia Civil le había tratado correc-

⁴ Es la Sentencia núm. 820/2010, de 1 octubre (RJ 2010\7659).

tamente". Debería resultar obvio que una cosa es la inexistencia de indicios de torturas, y otra muy distinta, que de ello pueda resultar el reconocimiento por el acusado de la verdad de lo supuestamente declarado ante la policía, que es lo que precisamente el propio acusado niega ante el tribunal de instancia.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUPUESTAMENTE AFECTADOS

Ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el recurso de casación sostuvo la ausencia de valor de la declaración ante las dependencias policiales, basándose en que no fue prestada con arreglo a los principios básicos de intermediación, publicidad y contradicción, en el acto del juicio oral y ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento ni, tan siquiera, a presencia del Juez de Instrucción, y a pesar de todo ello, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional le otorgó eficacia, a sabiendas de que en dicho Juicio oral el recurrente negó expresamente la veracidad del contenido de la referida declaración ante la policía. Como más arriba se ha recordado la Sala 2ª confirmó la sentencia de instancia, desestimando el recurso en su integridad.

En consecuencia, los condenados iniciaron un proceso de amparo en el que se alegó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, basándose en que la prueba considerada de cargo es la declaración del señor Subijana en dependencias policiales que no fue ratificada ni ante el Juez Central de Instrucción competente, ni ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el juicio oral. Pero además, se discute la ausencia de la resolución judicial habilitante respecto a los registros domiciliarios en los que se encontraron e incautaron una serie de documentos, lo cual conllevaría la ilicitud de tal diligencia de investigación y la imposibilidad de valorar con fuerza probatoria sus resultados. A ello se añade la puesta en discusión sobre muchos de los indicios antes aludidos, entendiéndose que se trata únicamente de meras hipótesis policiales, y no elementos que puedan tener efecto alguno para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Es interesante destacar, sin embargo, que el Pleno del Tribunal Constitucional, en u principio, a efectos de su valoración de constitucionalidad de la resolución objeto de impugnación a través del proceso de amparo, parte del análisis de su contraste con las exigencias del derecho fundamental reiteradamente alegado por las partes, la presunción de inocencia. Pero más adelante, en el fundamento jurídico quinto, sin alterar los elementos esenciales del proceso constitucional, aplica de manera correcta e implícita, el antiguo brocardo *iura novit curia*⁵, y saca a colación

⁵ Como nos dice GIMENO SENDRA, V., *Los Procesos de Amparo. Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo*, (con MORENILLA ALLARD. P.), 2ª ed., Madrid, 2010: "...a

la eventual vulneración del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), aplicable según su doctrina consolidada a la valoración de los testimonios personales (“exige que la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad”).

No se sigue pues –entendemos que con buen criterio– una interpretación excesivamente estricta del artículo 44.1.c) LOTC que exigiría la denuncia formal en el proceso penal previo, si hubiera habido oportunidad, de la vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. Tampoco se exige la alegación expresa en la interposición del recurso de amparo del derecho que finalmente entiende vulnerado, todo ello sin cambiar en esencia la pretensión de inconstitucionalidad, dirigida al otorgamiento de amparo por haber fundado una condena penal en elementos probatorios obtenidos en contra de las exigencias constitucionales⁶, y aplicando así correctamente el artículo 54 LOTC que limita la función de la Sala o de la Sección, que en su caso, deba resolver, “a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades”, al margen de su formal y concreta alegación por el demandante de amparo constitucional.

Se dirá que de ordinario el “haber fundado una condena penal en elementos probatorios obtenidos en contra de las exigencias constitucionales” es en realidad una infracción constitucional contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia”. Pero como diremos más adelante, siguiendo la argumentación de la sentencia de inconstitucionalidad que comentamos, ello no siempre es así.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS DECLARACIONES EN LAS DEPENDENCIAS POLICIALES

Es bien conocida por los aplicadores jurídicos la extrema labilidad de las pruebas personales en general, y la necesidad de especiales cuidados en su práctica y valoración, que han dado lugar a una compleja jurisprudencia que ha tenido que adaptar

los efectos de la determinación del objeto procesal del recurso de amparo, la fundamentación jurídica no es un requisito esencial de la pretensión. También en el proceso de amparo rige la doctrina de la sustanciación de la pretensión (GUASP, FAIRÉN), de manera que la existencia o no de una pretensión de amparo no depende tanto de la invocación del derecho constitucional presuntamente vulnerado, cuanto de si existió o no en realidad dicha vulneración”.

⁶ En este sentido, diríamos que se respeta por tanto el artículo 41.3 LOTC que establece: “En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”.

las anticuadas normas de la LECrim a las garantías constitucionales, añadiendo criterios *praeter legem*, o incluso *contra legem*, en función de las exigencias derivadas de los derechos fundamentales del artículo 24.2 CE y de la disposición derogatoria tercera del propio texto constitucional. Más grave todavía es el problema si tenemos en cuenta la frecuencia con que este tipo de medios de prueba son utilizados para la fundamentación de condenas penales.

Las cuestiones acerca de los límites constitucionales en las declaraciones de los imputados, las víctimas o los testigos en alguna de las fases de la investigación o el enjuiciamiento penal distan mucho, por tanto, de ser materia baladí. Aunque también somos conscientes de que las vertientes de esta problemática son diversas y merecedoras, cada una de ellas, de comentarios monográficos. Por todo ello, y sin perjuicio de algunas apreciaciones que haremos más adelante y que pueden tener aplicación más general, por la concisión de estas páginas no tenemos más remedio que limitar nuestras consideraciones, y nos felicitará esta tarea el tener como guía principal del análisis la STC 53/2013, de 28 de febrero.

3.1 Las declaraciones personales en las dependencias policiales: sentido y función

Como parte habitual de la actividad de la policía tras la comisión de unos hechos que pueden tener trascendencia criminal, además de la protección de las víctimas y terceras personas, de la recolección y primera custodia de los elementos materiales relacionados con la infracción criminal y de la aplicación de aquellas medidas cautelares y preventivas que la ley le permite (entre las primeras, obviamente la detención, y entre las segundas, la orden de protección para casos de violencia de género), se dispone, en su caso, la toma de declaración del detenido y la de eventuales víctimas o testigos, que desde luego pueden aportar información abundante y decisiva para la comprobación de los hechos y la averiguación de los delincuentes (arts. 282, 770 a 772 y 796 LECrim).

Los resultados de estas primeras diligencias se documentan en el atestado, en el cual se deben especificar con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos, y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado; lo firma en principio el funcionario que lo haya extendido y las personas presentes, peritos y testigos que hayan intervenido en las diligencias si así lo desean y será remitido al Juzgado competente (arts. 293 a 296 y 772.2 LECrim).

Es evidente el contenido heterogéneo de los atestados policiales, pero básicamente podemos resumir que en ellos encontramos la documentación de declaraciones personales y la de los llamados “actos de constancia” que contengan hechos objetivos (p. ej. huellas de frenado o el hallazgo de armas), todo ello aparte de otros elementos que pueden consistir en informes de la policía científica, resultados

de exámenes de alcoholemia, etc. A pesar del tenor del artículo 297 LECrim, que atribuye a todo ello un mero valor de denuncia, es decir, de transmisión de la *notitia criminis* y como consecuencia de ello, de iniciación del proceso penal, está claro que en la práctica no puede ser así en todos los casos, precisamente porque la formación especializada de la Policía judicial no es la misma ahora que en 1882, cuando entró en vigor la LECrim. Así pues, está hoy en día bien asentado el valor de las actuaciones de prevención de la policía como mínimo como una investigación preprocesal, que en ciertos casos podrá tener incluso efectos cuasi probatorios⁷.

No ocurre lo mismo respecto a las declaraciones personales, que carecen de esa objetividad⁸, y que por tanto servirán para suministrar datos para facilitar la investigación penal bajo la dirección del Juez de Instrucción, y en último término, como mucho, para dar fundamento a la acusación que se presente, lo cual a efectos probatorios implica que esas declaraciones deberán ser objeto de prueba para poder tener virtualidad a efectos de servir de base para una condena válida.

No es infrecuente que existan declaraciones inculpatorias en el atestado, que simplemente documenten afirmaciones hechas en las dependencias policiales y, que luego esas autoinculpaciones no se repitan a lo largo del proceso. Puede ser frustrante la situación desde el punto de vista de la persecución de las infracciones criminales, pero cabe recordar que con ello simplemente se está ejercitando un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 CE: el de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, como una manifestación importante del propio derecho a la defensa⁹. Por otro lado, se ha afirmado que tales declaraciones no pierden por ello por completo su eficacia, ya que pueden ser aportadas al plenario

⁷ Así, en sentencias del TC como las 107/1983, 201/1989, 173/1997, entre otras, se afirma que “El atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes en el atestado, como ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes”. No se trata pues, de una eficacia probatoria directa, sino siempre a través del sometimiento a la debida contradicción en el juicio oral.

⁸ Como se afirmó ya en la STC 79/1994: “Este Tribunal ha establecido muy claramente que ‘las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales (STS 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto de juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales como fundamento de la sentencia condenatoria”.

⁹ Cfr. las consideraciones de VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 95-111 sobre la función constitucional del principio “Nemo se detegere contra se” y las de HUERTAS MARTÍN, I., *El sujeto pasivo de proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, 1999, pp. 279-370.

por vías indirectas: principalmente la declaración de referencia de los policías que estuvieron presentes en la declaración en comisaría, aunque con muchas dudas¹⁰.

En el caso que nos ocupa, no fue la declaración de los policías la que fue tomada en cuenta por la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sino lo que se consideró “la forma más efectiva y fiable posible”, es decir, el propio reconocimiento del acusado en el juicio oral, si bien sin tener en cuenta que esta declaración se hizo para negar la realidad de lo manifestado ante la policía, alegando que se había emitido bajo torturas. Como antes señalábamos, haya o no indicios de torturas, una cosa es reconocer que se hizo una declaración ante la policía y otra muy distinta reconocer la verdad de lo manifestado, lo cual es evidente que no ocurrió en este caso (“En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola” –STC 53/2013).

¹⁰ Obviamente no cabría discusión si la toma de declaración policial ha sido realizada con desconocimiento de las garantías exigidas legalmente. La duda se ha planteado en los casos en que se ha realizado respetando las garantías esenciales de información de derechos, de asistencia de abogado, sin torturas, coacciones e intimidaciones, etc. En este ámbito se formaron dos líneas jurisprudenciales, cada una de las cuales esgrimió su arsenal argumentativo:

a) La postura que podríamos llamar “garantista”, cuyo ejemplo lo tenemos en la STS, Sala 2ª, de 25 de octubre de 2006: “No puede rescatarse por la vía indirecta del testigo de referencia o testigo ‘de oídas’ la declaración incriminatoria en el atestado de quien luego no lo ratifica en presencia judicial, siendo el único dato incriminatorio existente y ello porque no cabe la figura del testigo de referencia (art. 710) allí donde está disponible para el Tribunal el autor de la manifestación concernida”.

y b) La posición “utilitarista”, que se expresó, por ejemplo en la STS, Sala 2ª, de 4 de diciembre de 2006: “Las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas”.

En nuestra opinión este tipo de pruebas de referencia no pueden admitirse: Si la condena se basa sólo en una declaración policial de referencia sobre una declaración de la víctima o del imputado contenida en el atestado, cuando en el proceso, ante el órgano jurisdiccional, se ha ejercido el derecho fundamental del imputado/acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, o se ha ejercitado la dispensa de la víctima, se produce una vulneración de sus derechos fundamentales. Corrobora esta perspectiva, en relación con las declaraciones prestadas ante la policía por un coimputado la STC 68/2010: “en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia se afirma que la convicción del Tribunal sentenciador se ha obtenido no sólo por la declaración de la coimputada, ‘sino que también se ha basado en la corroboración que de la misma han proporcionado los agentes de la policía que asistieron al acto del juicio’. En la medida en que dicho testimonio es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar”.

Dicho sea de manera sintética, entendemos que la incapacidad de la investigación para encontrar fuentes de prueba y, en definitiva, la insuficiencia probatoria no debe hacerse recaer sin más en el acusado si se presente respetar el marco constitucional.

3.2 Los momentos procesales de las actuaciones probatorias: regla y excepciones regulares

No se cansa el Tribunal Constitucional de afirmar como regla general que “sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes” (entre otras muchas, STC 68/2010). Se trata, en definitiva, de asegurar las garantías constitucionales de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad (también entre otras tantas, STC 53/2013).

Pero, como suelo decir a mis estudiantes, cuidado cuando nos encontramos en Derecho con afirmaciones tajantes y algo ampulosas, pues de inmediato vendrá la excepción. Y así ocurre, por supuesto, en este caso, pues es obvia la abundancia de casos en que las circunstancias fácticas exigen dar razonablemente eficacia probatoria a actuaciones que en principio se han realizado en el momento de la investigación, y por lo tanto, antes del juicio oral. Son conocidos por todos los ejemplos de pruebas anticipadas (art. 448 LECrim), de diligencias de investigación realizadas con suficientes garantías que por motivos sobrevenidos deben adquirir carácter probatorio (art. 730 LECrim) o la aportación de documentos de la fase de investigación para contrastar las declaraciones personales emitidas en el juicio oral (art. 714 LECrim).

Ninguno de estos casos incluye, sin embargo, las diligencias de investigación preprocesal realizadas por la policía, sino que se refieren todas ellas a supuestos de imprescindible intervención del Juez de Instrucción¹¹. La STC 53/2013, a pesar de una afirmación demasiado ambigua sobre la eficacia probatoria potencial de cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, e contraste o concurrencia con otros elementos de prueba, si se introduce en el juicio oral con respeto a la triple

¹¹ Como señala la STC 68/2010, en su FJ 5º: “En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales –que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral–; b) subjetivos –la necesaria intervención del Juez de Instrucción–; c) objetivos –que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo–; y d) formales –la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral– [SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].”

exigencia constitucional de toda actividad probatoria –publicidad, intermediación y contradicción–, es saludablemente clara en el fundamento jurídico siguiente cuando declara que “Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las autoinculpatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba constituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria”.

3.3 La justificación constitucional de las garantías jurisdiccionales de la actividad probatoria

Efectivamente, la clave no está en la existencia de desconfianza alguna ante las fuerzas y cuerpos de seguridad que, en general cumplen su función tan dignamente como el personal jurisdicente. La diferencia está en la posición constitucional de la policía con respecto a la de quienes son titulares de los órganos jurisdiccionales, pues a pesar de que el artículo 126 CE esté situado en el Título VI, “Del Poder Judicial”, sabemos que la Policía Judicial depende de los Jueces y Tribunales sólo de manera funcional, pero no orgánica¹².

Salvo circunstancias de urgencia e indispensabilidad, acompañadas siempre de la debida oportunidad para la contradicción, como ocurre con los exámenes de alcoholemia, la actividad probatoria, para serlo realmente, exige la aplicación de una serie de garantías, algunas de ellas de naturaleza propiamente jurisdiccional, en el sentido del artículo 117 CE: debe ser admitida y practicada ante órganos revestidos de las garantías de la Jurisdicción y principalmente la independencia¹³, pues es ésta garantía la que ocupa el lugar central de entre las características esenciales previstas en nuestra Constitución para quienes juzgan y hacen ejecutar lo juzgado: la unidad, la independencia, la exclusividad, la inamovilidad, la imparcialidad –a través del derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE–, la responsabilidad y el sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

Todo ello es razonable si se entiende que la actividad probatoria tiene la finalidad de fundar la convicción del juzgador en torno a los hechos controvertidos, pero también, aunque de manera más sutil, cuando nos referimos a quien debe presenciar como garante los actos procesales que han de cumplir ese mismo fin,

¹² Vid. los arts. 547 LOPJ, 29 al 36 LOFCS y RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

¹³ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, 172 y ss.

pero que se preparan simplemente para que sean apreciados *a posteriori* por quien es sea el competente para la cognición o, dicho de otra manera, los actos probatorios practicados en la fase de investigación. De hecho, es preciso tener en cuenta que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 6 proclama el derecho a un proceso equitativo ante un “tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...” y en este contexto recoge el derecho de todo acusado, entre otros, a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” (art. 6.3.d) CEDH), sin distinguir si tal manifestación del principio de contradicción debe hacerse necesariamente en el juicio oral o en una fase anterior¹⁴.

4.4 La necesidad de una mínima actividad probatoria apreciada por el tribunal de instancia o, en su caso, por el de apelación

Como ya se afirmaba en la STC 51/1995: “a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo”, es decir, no podrá integrar esa mínima actividad probatoria obtenida con todas las garantías y que tenga una eficacia incriminatoria respecto al acusado. Precisamente esas declaraciones carecen de la base esencial: no son actividad probatoria, sino material fáctico que puede ser eventualmente objeto de prueba. Como decía, en este mismo sentido, la STC 68/2010: “la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto de juicio como erróneamente entendieron los órganos judiciales” o como se afirmaba en la STC 206/2003: tales declaraciones “no constituyen por sí mismas medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia, sin que baste para que se conviertan en prueba con su reproducción en el acto del juicio”.

En realidad la doctrina constitucional a efectos de la formación de la mínima actividad probatoria a partir de declaraciones personales es la diametralmente opuesta. No sólo no valen para integrar esa mínima actividad probatoria las declaraciones no emitidas ante un órgano jurisdiccional, sino que es aparentemente necesario que las pruebas personales se hayan practicado ante el órgano jurisdiccional que va a formar su propia convicción para expresarla seguidamente en la sentencia. De este modo aquellas declaraciones de acusados o de testigos cuya práctica se ha llevado a cabo en primera o única instancia se consideran sólo controlables en casos de

¹⁴ Se da prioridad evidente al respeto a los derechos de la defensa del acusado, por delante de la práctica de la prueba en el juicio oral. *Vid.* SUMMERS, S.J., *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 131: “the Court has chosen to allow states a certain flexibility in organising their criminal processes, but in doing so it has struggled to find a method of applying its notion of fairness out with the ‘traditional’ scope of application of the trial”.

arbitrariedad o irracionalidad claras por el tribunal superior, y tampoco el Tribunal Constitucional puede entrar a analizar la formación de la convicción judicial del órgano de instancia salvo casos muy excepcionales, porque se exige una relación directa entre la declaración personal y el órgano jurisdiccional competente para el juicio. Ese mismo es el criterio que ha llevado a declarar la inconstitucionalidad de las sentencias de apelación condenatorias que revoquen absoluciones de primera instancia con base en una declaración personal que no se hubiera emitido directamente ante el tribunal de apelación¹⁵.

Pero bien es cierto que esta relación directa entre el declarante y el órgano enjuiciador no existe ni siquiera en primera o única instancia en todos aquellos abundantes casos en que las declaraciones se hayan realizado no ante la policía – casos que ya hemos dejado claro que no constituyen actividad realmente probatoria-, sino ante un Juez de instrucción, pues en este último caso, si se cumplen las condiciones legales, la declaración emitida valdrá como verdadera prueba, pero por supuesto ese Juez o Magistrado por imperativo constitucional no podrá integrar luego el órgano de enjuiciamiento. Todo lo cual hemos visto que es admitido por la doctrina de nuestro máximo intérprete de la Constitución, sin que ello nos impida observar claros indicios de incoherencia y, posiblemente una sobreestimación de ciertos principios en la segunda instancia.

3.5 La inevitable flexibilidad de los principios procesales de la actividad probatoria

Hemos visto ya que la regla general de la aplicación de los principios de concentración, publicidad, contradicción e inmediación, que rigen la aplicación

¹⁵ Así es desde la famosa STC 167/2002, que recoge a su vez la doctrina jurisprudencial del TEDH: “De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso, dada la prohibición constitucional de valorar como pruebas de cargo, como ya se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 9, las diligencias de entrada y registro practicadas en el local de la entidad mercantil de uno de los demandantes de amparo y en el domicilio del otro y la pericial llevada a cabo respecto al material intervenido con ocasión de dichos registros, la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación”.

ideal de la actividad probatoria, tienen claras excepciones, admitidas tanto por el TEDH como por nuestro TC. Los casos mencionados de práctica de la prueba en momentos anteriores al plenario constituyen sin duda algunas limitaciones a varias de tales garantías: por supuesto a la concentración, normalmente también a la publicidad, y especialmente a la inmediación, como acabamos de recordar. El criterio básico es el respeto máximo al principio de contradicción, o lo que es lo mismo, a las exigencias del derecho de defensa. No obstante hasta éste último puede verse en parte limitado, cuando haya razones legítimas que lo puedan justificar, por ejemplo en el caso de los testigos protegidos, aunque nunca se admitirá que se sitúe a la defensa en una posición de tener una ocasión adecuada y suficiente de contrarrestar las declaraciones de cargo e interrogar a su autor, bien en el mismo momento en que se presten o en un momento posterior.

Todas estas ponderaciones y limitaciones prácticas que conlleva la adaptación de los principios propios de la práctica de la prueba a las circunstancias fácticas basadas en razones legítimas, o, utilizando las expresiones que son habituales en el CEDH, las restricciones que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, presuponen siempre la presencia judicial: cabe que se tenga valor de prueba una diligencia realizada anticipadamente, se admite la eficacia probatoria de una declaración emitida ante un Juez de instrucción, que nunca podrá decidir sobre el fondo del caso, será necesario en ocasiones limitar drásticamente la publicidad de las declaraciones para dar prioridad al derecho de intimidad, se desconocerá en ocasiones el rostro de quien declara, pero debemos tener bien claro que estas flexibilizaciones en ningún caso alcanzan a permitir la validez probatoria de las declaraciones personales ante la policía.

Pero, desde luego es a todas luces exagerada la afirmación de la STC 53/2013 cuando declara que “según consolidada doctrina de este Tribunal, la Constitución veda *ex art. 24.2* que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena con su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido”. Con ello el Alto Tribunal se estaría cargando todas las excepciones que dos fundamentos más atrás han venido a admitir. Supone una sobrevaloración de la inmediación judicial que no está justificada, ni tiene sentido siempre que haya circunstancias razonables que permitan fundar una declaración personal emitida con antelación ante un Juez de Instrucción y con la debida contradicción. Tampoco podemos estar de acuerdo con la formulación sin matizar de la exigencia de que “la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad”.

3.6 El sentido práctico de la distinción entre la vulneración del derecho a un proceso contra todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia

Hemos avanzado en un apartado anterior que además de estar en juego el derecho a la presunción de inocencia, lo está también el derecho a un proceso con todas las garantías, a pesar de que no haber sido alegado por los demandantes. La razón por la cual de oficio el propio TC argumenta de manera separada con ambos derechos se centra en una sana autorrestricción que contribuye a suavizar los, a veces poco claros, límites entre la actividad jurisdiccional ordinaria y la apreciación de la vulneración de garantías constitucionales (art. 123.1 CE).

En efecto, en un principio la argumentación por la cual se deniega la calidad probatoria a la declaración del imputado ante la policía, debería llevar a eliminar sin más tal supuesto medio de prueba del acervo probatorio que pueda servir para desvirtuar la presunción de inocencia; sin embargo, como es obvio, dependerá de la existencia o no de otros elementos probatorios de cargo para considerar vulnerado tal derecho fundamental. En un principio, si hubiera otros elementos probatorios válidamente obtenidos y ajustados a las exigencias constitucionales, la condena penal debería permanecer incólume, siempre que tales elementos fueran considerados suficientes. En el caso contrario de que fuera el único elemento probatorio utilizado su inutilización por el TC conllevaría automáticamente una ausencia de base probatoria para la condena y, r lo tanto, a una declaración de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Los efectos de la sentencia constitucional serían claros en el segundo de los casos: el otorgamiento del amparo al demandante, declarando nula la resolución condenatoria y con restablecimiento en la integridad de su derecho a la presunción de inocencia (art. 55.1 LOTC). Pero en el otro supuesto la posición del Tribunal Constitucional es más delicada: si hay otros elementos probatorios a considerar el Tribunal Constitucional no quiere entrar a ponderar su suficiencia para fundar una condena penal, una vez eliminada la validez de las declaraciones personales ante la policía. Proceder a tal valoración, aparte de suponer una complicación para la que los Magistrados del Alto Tribunal no están necesariamente preparados, sería entrar en consideraciones de justicia ordinaria, que en otras ocasiones han propiciado ciertos amagos de “guerra de Cortes” o “choque de trenes”, no tan infrecuentes por otra parte en el derecho comparado.

De este modo, la STC 68/2010, concluía que “la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio como erróneamente entendieron los órganos judiciales. Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en

este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente”. Pero, con buen criterio, se añadía que si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente infringida.

Por consiguiente, tomando idéntica doctrina, la STC 53/2013 entiende igualmente que “suprimido del acervo probatorio el testimonio del señor Subijana en dependencias policiales, deberá ser la Sala sentenciadora quien valore las pruebas restantes a fin de mantener o revisar la condena del señor Bravo”¹⁶. En consecuencia, se aprecia la vulneración del derecho a un preso con todas las garantías y no el de la presunción de inocencia, “ordenándose la retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Nacional para que sea dicho órgano judicial el que valore las pruebas restantes, con autonomía y exclusión de la que hemos declarado lesiva del citado derecho fundamental”.

¹⁶ “En efecto –continúa diciéndose en el FJ 7º–, en lo que afecta al señor Bravo, es cierto que las Sentencias recurridas califican en varias ocasiones dichas pruebas adicionales como meros elementos de corroboración de la declaración del señor Subijana ante la policía, circunstancia que no permitiría enervar su presunción de inocencia, pero también es verdad que en otros momentos apuntan su posible entidad probatoria autónoma, de modo que no corresponde a este Tribunal despejar el debate sobre la eventual independencia y validez incriminatorias de esas pruebas en relación con aquel recurrente”.

