

El proceso penal con todas las garantías^(*)

José María Asencio Mellado^(**)

1. El proceso penal. Sus funciones en el Estado de Derecho

Es en el proceso penal donde se refleja con mayor intensidad el ya clásicamente conocido conflicto de intereses entre la seguridad colectiva y el derecho a la libertad individual. Ambos son, en un Estado de Derecho, igualmente dignos de protección y tutela por ostentar naturaleza pública, ya que la libertad, como todo derecho fundamental en un Estado democrático, no puede ser considerada como un mero bien privado y particular, siendo, por el contrario, por su propia naturaleza, protegible y amparable, por indisponible, por los poderes públicos.

El proceso penal, en este marco de reflexión, no es, ni puede ser otra cosa que un instrumento, un método dirigido al descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores para, en su caso, actuar el *ius puniendi*, cuya titularidad, cualquiera que sea la consideración que se tenga del delito, siempre corresponde al Estado.

Eso hace que el proceso penal comporte en sí mismo dos características aparentemente incompatibles: por un lado, se constituye desde su comienzo en una sanción para aquellos que quedan sujetos a él, en tanto y al margen de la afectación pública que supone en la fama de los imputados, contiene medidas limitativas de derechos fundamentales que, siempre, cualquiera que sea su intensidad, se adoptan de modo instrumental frente a sujetos aún no declarados culpables.

Pero, por otro lado, el proceso penal es garantía del acierto en la decisión estatal, en la sentencia, presupuesto ineludible para la determinación de la verdad que se declare respecto de los hechos que forman su objeto. Y esa garantía, se manifiesta en diversos aspectos:

a) El proceso penal es el único medio que asegura el descubrimiento de la verdad, siendo para ello presupuesto ineludible, condición indispensable, que se acomode y sea respetuoso con los principios del llamado proceso debido o proceso con todas las

garantías, es decir, entre otros muchos extremos, que responda a las exigencias que caracterizan a un método sustancialmente contradictorio.

b) El proceso penal es, a la vez que limitador de derechos, garantía de su respeto por el Estado. El proceso y las reglas que lo informan limitan la misma restricción de derechos, es decir, la sujetan a requisitos y condiciones precisas y concretas que, fuera del marco del proceso, resultarían infringidas y nunca respetadas. Sin proceso, pues y aunque en él se restrinjan, instrumentalmente siempre, derechos fundamentales, se correría el riesgo de infringir la llamada "prohibición de exceso", esto es, se restringirían sin sujeción a reglas, presupuestos, formas y fines. El proceso penal funciona, por tanto, como un mecanismo de autocontrol del Estado.

c) El proceso penal, por último, constituye una garantía del propio Estado de Derecho, de su dignidad, de su adaptación a fines democráticos. No es posible en un Estado de estas características la existencia de un proceso penal atentatorio u opuesto a los valores de la cultura democrática. Cuando ello sucede debe dudarse de la autenticidad del sistema y concluir que, solo aparentemente, tiene esa consideración. Así lo sostuvo Goldschmidt cuando afirmó que "la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución".

El proceso penal moderno responde o debe responder a todas estas características. Su finalidad principal, como método epistemológico es, evidentemente, el descubrimiento y posterior declaración de la verdad de los hechos para, en su caso, imponer al culpable las sanciones que correspondan y dar la correspondiente satisfacción material a los perjudicados; pero para ello, para el cumplimiento de dicho fin básico y constitucionalmente relevante, no es válida cualquier tipo de actuación, ni el Estado puede, en caso alguno y bajo ninguna consideración, proceder sin sujeción a límites.

Como ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional español en innumerables ocasiones

(*) Agradecemos al autor por la autorización prestada para la publicación de este artículo inédito.

(**) Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante España.

-y no se cita literalmente-, “no hay norma alguna, jurídica o ética, que permita al Estado investigar a cualquier precio”. La investigación delictiva, la actuación estatal en la represión penal, está sujeta a los límites y condiciones impuestos por las normas constitucionales y procesales que salvaguardan la eficacia, intangible más allá de las restricciones admisibles, de los derechos y libertades fundamentales.

Solo así, además, como se ha dicho, puede el proceso ser eficaz, entendiéndose por eficacia no la simple represión, la determinación de un culpable en todo caso para pública satisfacción, sino el hallazgo de la verdad, la condena del auténtico culpable y la absolución del inocente. El Estado solo puede estar interesado en el descubrimiento de los hechos, no en la condena de inocentes. De suceder esto último, el proceso dejaría de ser eficaz e incluso, como tal, dejaría de poder ser considerado proceso, para pervertirse y convertirse en un simple expediente inquisitivo.

Únicamente un proceso informado por principios dialécticos, que garanticen la contradicción y la igualdad entre las partes, un proceso respetuoso con los derechos fundamentales, especialmente el de defensa -pilar del contradictorio y definidor por excelencia del concepto mismo de proceso-, es susceptible de proporcionar la verdad. Un proceso infractor de garantías, incluso las mínimas, tanto individuales y personales, como procesales, es incapaz de proporcionar seguridad alguna en cuanto a la verificación de su fin, esto es, la determinación de la realidad de los hechos acaecidos. Esta forma de actuar producirá, sin duda, condenas en todo caso, una seguridad ciudadana falsa, meramente propagandística y una satisfacción inmediata, pero con pies de barro, de las demandas sociales de represión; pero, jamás, por los errores en los que suele incurrir, por la poca consistencia de sus decisiones, por el escaso acierto de sus resoluciones, verificará la función de hallar y determinar la verdad. Los culpables seguirán sin ser condenados y los inocentes se verán afectados en sus derechos de modo injusto.

Situaciones que confirman estas aseveraciones, que no son exageradas, hay muchas. La tortura, hoy de actualidad y parece ser que legitimada políticamente, fue en su momento un método eficaz porque siempre proporcionaba un culpable, un confeso; pero, indudablemente, a nadie, salvo a los que la quieren recuperar de nuevo y cantan sus excelencias o la avalan con consideraciones indignas de respeto, cuya aceptación real de los valores democráticos es nula, cabe ninguna duda de que nunca fue un método válido para hallar al verdadero autor de los hechos investigados.

Lo mismo cabe decir en este punto, solo expuesto a título de ejemplo, respecto de otros métodos,

similares pero más refinados que la tortura, tales como las declaraciones de los imputados mediante coacciones o engaños, la utilización de métodos que eliminan la voluntad de autodeterminación, como el suero de la verdad o el detector de mentiras o, simplemente, la utilización de medidas que producen cansancio, desorientación física o temporal o pérdida, por privación o humillación, de los resortes morales que siempre forman parte de la dignidad humana que no puede ser perdida por la sujeción a un proceso.

2. El proceso penal acusatorio como proceso con todas las garantías

Un proceso penal que quiera adecuarse y ser coherente con una Constitución democrática, solo y exclusivamente puede ser un proceso acusatorio, entendiéndose por tal no solo su aspecto formal referido al desdoblamiento de funciones estatales, sino todas las garantías contenidas hoy en los textos internacionales que declaran y prestan protección a los derechos humanos. Acusatorio es, pues, equivalente a debido proceso o proceso con todas las garantías, siendo este un derecho fundamental de perfiles ciertamente amplios, pero que puede ser individualizado perfectamente para diferenciarlo de otros derechos, más concretos y regulados de manera particular. Esa individualización es necesaria, pues en caso contrario, el derecho a un proceso debido o con todas las garantías no pasaría de ser una mera declaración retórica que solo podría ser reclamado cuando se infringieran derechos fundamentales, con repercusión procesal, específicamente previstos.

2.1. El delito tiene naturaleza pública. No es, ni puede ser privatizado

El delito, como sanción estatal que el legislador, con arreglo al principio de intervención mínima, considera debe establecer, es y a de ser siempre indisponible, perteneciendo al Estado su persecución aunque el sujeto pasivo de la acción no muestre su voluntad favorable. Es decir, el delito es un fenómeno público, no un acto privado.

Pero, para evitar que el Poder Ejecutivo pueda, al atribuirse el monopolio exclusivo en la aplicación del *ius puniendi*, eludir sus obligaciones o actuar de forma arbitraria, debe imperar, como regla el principio de legalidad, así como ha de conferirse a los ciudadanos legitimación para instar la persecución delictiva; y, en este punto, no solo se ha de regular la posibilidad de que deduzcan denuncia o querrela los sujetos pasivos del delito, sino igualmente, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, cualquier ciudadano a través de la conocida en España como “acción popular”. En definitiva, que el delito tenga naturaleza pública y que no sea disponible por afectar

al interés general, a la seguridad colectiva y por ser necesaria su represión en orden a evitar la autotutela, no puede implicar que el Estado actúe con plena y absoluta libertad en su persecución, sino sometido a un principio, el de legalidad, que le impide abstenerse salvo los casos que la ley expresamente determine. Igualmente, la naturaleza pública del delito no excluye la posibilidad de atribuir facultades a los ciudadanos, ya que, en el ámbito del Derecho Procesal, el ejercicio de pretensiones no presupone, ni comporta ineludiblemente la titularidad de los derechos reclamados a través de la misma.

Otra cosa distinta y perfectamente válida es el reconocimiento, en el ámbito del sistema procesal penal, del conocido como principio de oportunidad, siempre y cuando el mismo no sea absolutamente libérrimo, sino que quede sujeto a condiciones legalmente previstas y esté predeterminado a la consecución de objetivos relevantes, tanto particulares para el ofendido o perjudicado o, incluso, para la rehabilitación de la víctima, como generales, esto es, socialmente útiles. La oportunidad no puede ser nunca tan libre que abra la puerta al Poder Ejecutivo para favorecer o permitir situaciones de impunidad. De la misma forma, todo proceso penal debe construirse sobre la realidad social en la que debe imperar, siendo impensable autorizar manifestaciones de oportunidad en países donde exista corrupción del aparato estatal encargado de la persecución delictiva, salvo que se trate de manifestaciones de dicho principio regladas de manera estricta y siempre sujetas a controles por diversos órganos entrecruzados entre sí.

2.2. La independencia es una garantía caracterizadora del Poder Judicial; sin ella carece de sentido hablar de jurisdicción. No existe jurisdicción sin independencia

El principio acusatorio no puede ya hoy quedar reducido al simple, aunque históricamente importante elemento del desdoblamiento de funciones estatales dirigido a asegurar la independencia de jueces y tribunales. Esta es una visión muy reducida, meramente formal (de ahí el llamado acusatorio formal) del principio. Por el contrario, su influencia debe ser tal que preserve plenamente la independencia e imparcialidad de los tribunales, sin excepción alguna.

El juez ha de ser siempre un tercero imparcial que, como tal, no puede formular, sostener y ni siquiera aportar elementos mínimos de acusación, sea directa o sea indirectamente por medio de actuaciones en principio aparentemente neutrales. Y esta afirmación no solo es predicable del juez o tribunal decisor, en cuyo caso ha de ser absoluta, sino también del instructor que no deja de ser un juez y que, por tanto, no puede asumir funciones que

corresponden a las partes acusadoras. Un reparto equitativo de funciones implica que el órgano jurisdiccional, en tanto investido de potestad jurisdiccional y para no romper el equilibrio necesario derivado del principio de igualdad, quede al margen de la labor de construcción y conformación de la acusación, de la pretensión penal en definitiva.

En la fase de instrucción, el principio acusatorio viene a imponer al juez la obligación de garantizar el debido proceso, los derechos de las partes imputadas o de los perjudicados, correspondiendo la dirección técnica o jurídica de la investigación al Ministerio Fiscal como parte acusadora que es. El juez de la instrucción o de la investigación o de garantías (o cualquiera de las denominaciones que recibe) no puede configurar, de oficio, positivamente la acusación, prepararla o conformarla. Su labor debe ser, salvo los casos de anticipación de la prueba o de autorización de limitación de derechos fundamentales, meramente negativa, de delimitación de la investigación, de depuración de la misma en el sentido de dictar resoluciones de sobreseimiento parcial o total, subjetiva u objetiva, libre o provisional. Constituye una actividad inquisitiva la elaboración de resoluciones imputatorias que sirvan para proceder o de base a la acusación, especialmente aquellas que funcionan a modo de conclusión de la fase de investigación, que resumen sus actuaciones, concretan la imputación y determinan los sujetos pasivos del proceso. Este tipo de actos judiciales positivos, anticipan o sirven de soporte a la acusación de parte y se constituyen en un elemento vinculante para dicha parte acusadora que queda atada, así, a una especie de preacusación judicial. En suma, una ruptura con el principio de igualdad y dualidad de partes que preside el proceso penal.

Otra cosa diferente es que al juez de la instrucción corresponda, en la fase intermedia o audiencia preliminar el control de la acusación previamente formulada. Esta función, por su momento y naturaleza, cumple con las exigencias del acusatorio y preserva la independencia judicial. La decisión acerca del sobreseimiento, producida tras la deducción de la acusación, aunque sea provisional y antes de la apertura del juicio oral es una manifestación de lo que debe ser un juez de garantías.

Y esta decisión no puede ser atribuida al órgano jurisdiccional decisor, el cual debe limitarse a condenar o absolver por razones de seguridad jurídica. Más aun, por su propia especialidad, el sobreseimiento en ocasiones exige una serie de actividades incompatibles con la función estrictamente juzgadora, tales como la consulta al perjudicado, al fiscal superior etcétera, que pueden llevar a su no adopción y, por tanto, a una suerte de prejuzgamiento. El juez o tribunal del plenario no puede, en fin, acusar de modo directo, sostener

indirectamente la acusación o conformar la misma mediante una decisión que extienda o exceda los límites de la pretensión penal, pues la acusación es un acto siempre de parte.

Pero, tampoco puede el tribunal decisor sostener la acusación mediante mecanismos indirectos. Por esta razón y al margen de consideraciones relativas a lo que deba entenderse por objeto del proceso penal (teorías del hecho normativo o natural), la retirada de la acusación o la petición de absolución deben impedir al tribunal dictar una sentencia condenatoria. La condena presupone la existencia y mantenimiento de una pretensión penal. Autorizar al tribunal a condenar cuando se producen aquellos actos por entender que los hechos ya estaban bajo su conocimiento y que todo se reduce a una cuestión de valoración de la prueba, lo que es, se dice, competencia judicial, equivale, sin duda alguna, a un mantenimiento de oficio de la acusación por el órgano sentenciador que se convierte así en inquisitivo.

Por último y sin entrar en consideraciones que extenderían este breve comentario, toda sentencia ha de dictarse y ser respetuosa con el marco objetivo y subjetivo de la pretensión penal, del objeto del proceso. No es posible condenar por hechos no acusados, ni a sujetos no acusados formalmente, entendiendo por hecho el jurídicamente relevante desde una consideración normativa, la única que permite el uso del *iura novit curiae*, si bien, como es perfectamente sabido, incluso los cambios en la calificación jurídica obligan al tribunal a permanecer en el marco que proporciona el supuesto de hecho típico objeto de acusación, que debe ser homogéneo en el tránsito entre esta última y la condena, así como con el bien jurídico protegido por los delitos acusado y objeto de condena.

2.3. El proceso acusatorio como proceso de partes

El proceso penal acusatorio, que excede a las consecuencias derivadas del clásico principio acusatorio fruto de la Revolución Francesa, con el devenir de los tiempos, la instauración de los regímenes democráticos y la influencia decidida tras la segunda guerra mundial de los sistemas anglosajones, mucho más privatistas en un sentido no estricto de la palabra, no queda reducido a lo anteriormente expuesto y que, en su día, constituyó la razón del desarrollo de aquel principio cuya aspiración máxima era acabar con los jueces del antiguo régimen para dar paso a tribunales independientes. Hoy, el proceso penal acusatorio no puede ser otro que el proceso penal con todas las garantías establecidas y sancionadas en los tratados internacionales, lo que no puede conducir a otra realidad que a un proceso de partes, en situación de contradicción e igualdad, similar en sus normas básicas al proceso civil salvando, únicamente, las

distancias que derivan del carácter público y relativamente indisponible de su objeto.

Un proceso penal que quiera calificarse de acusatorio debe estar presidido por dos principios que son consustanciales a su propia estructura, a su esencia como proceso (Gimeno) y sin los cuales, tajantemente debe decirse, no cabe hablar de existencia de un método heterocompositivo de resolución de conflictos, sino de un simple expediente. Estos dos principios, como se ha comentado, son la contradicción y la igualdad.

Contradicción es y se manifiesta en configurarse (el proceso) como un método dialéctico, en el choque de una pretensión y una resistencia. Como expone Cappeletti, sin dialéctica, sin esta confrontación de versiones contrapuestas, el proceso se degrada hasta convertirse en un mero monólogo, en la imposición de la versión ofrecida por una de las partes, la acusación, de manera que renuncia a servir de método epistemológico de descubrimiento de la verdad, bastando, porque se acepta irresponsablemente desde el comienzo, la versión ofrecida por la parte acusadora que, al fin, se confirma sin debate alguno y sin comprobación suficiente, en la sentencia condenatoria.

Contradicción, bajo estas premisas, implica necesariamente la presencia del imputado en el proceso, presencia física y personal y a través de su abogado en todas las fases del proceso, pero especialmente y sin excepción alguna, salvo los delitos de muy escasa gravedad y siempre con el consentimiento expreso o tácito de la defensa, en el juicio oral. Es decir, es inadmisibles la condena en rebeldía salvo supuestos excepcionales y en actos de escasa gravedad previstos por la ley.

Contradicción, en su acepción más destacable, supone la exigencia ineludible e incondicionada del derecho de defensa, tanto de la autodefensa o defensa material, como de la defensa formal o a través de abogado, derecho que se ha de reconocer y asegurar en todas las fases del proceso y derecho que, en esta última acepción, es irrenunciable.

El derecho de defensa impone la asistencia de abogado al imputado desde el primer momento en que surja, con cualquier intensidad, la imputación; muy especialmente debe reconocerse a los detenidos y en todo interrogatorio cualquiera que sea la autoridad que lo reclame. Dicha asistencia es y debe ser irrenunciable, no subordinada, pues, a que el imputado la pida y no condicionada a los medios económicos que posea el inculcado. Del mismo modo, el derecho de defensa se ha de traducir en la necesidad de que el abogado intervenga en la fase de investigación plenamente, salvo aquellos actos que, por su propia naturaleza o urgencia, deban ejecutarse sin la participación de la defensa, en cuyo caso la contradicción debe asegurarse

posteriormente, pero en la forma más plena posible. El abogado, pues, debe gozar del derecho a solicitar actos de investigación en la fase de investigación o reproducir su petición ante el juez de garantías en caso de negativa del fiscal a su práctica, reproducción que ha de ser inmediata cuando se trate de actos de prueba anticipada o preconstituida.

Por lo dicho, se comprende, que la declaración del secreto de las investigaciones ha de tener carácter muy excepcional y solo justificado ante situaciones que lo impongan para la consecución de objetivos de naturaleza procesal, nunca de otra consideración y jamás para burlar, como única finalidad, la defensa, los cuales habrán de constituir la motivación de la resolución judicial que lo acuerde.

La defensa, en fin, es la idea motriz que debe informar la toma de declaraciones del imputado, la que inspire todo acto procesal de esta naturaleza. No es la confesión lo que se ha de buscar en el interrogatorio del imputado, sino procurar la oposición a la imputación, la dialéctica del proceso, la contradicción. Cualquiera otra consideración es contraria a la idea de un proceso de partes, debido o con todas las garantías y, desde luego, no guarda coherencia alguna con los derechos que, constitucionalmente, se confieren al imputado, tales como el que tiene al silencio o a no declarar contra sí mismo.

La igualdad, el segundo principio antes citado y que complementa y dota de virtualidad a la contradicción, equivale a evitar o negar la primacía de cualquiera de las partes en el proceso y en cualquiera de sus fases. Ello, aunque parezca imposible, es coherente con un modelo que atribuya la investigación al Ministerio Fiscal, toda vez que este es un órgano estatal y objetivamente imparcial, siempre que este incorpore no solo actos dirigidos a conformar la acusación, sino que, igualmente, haga lo propio con los que fundamenten la defensa. En todo caso, como antes se dijo, el papel del juez de garantías es esencial para asegurar ese equilibrio cuando el Ministerio Fiscal lo rompa a su favor de forma injustificada.

2.4. Proceso público

A pesar de la escasa importancia que suele atribuirse, la publicidad no constituye un simple principio formal o procedimental, sino político y consustancial al propio proceso democrático, en cuya esencia hunde sus raíces. Frente a la justicia secreta del antiguo régimen, surgió en la Revolución Francesa este principio como reacción sustancial ante el autoritarismo y la parcialidad de los jueces reales supeditados a la voluntad despótica de los monarcas absolutos, parcialidad que acentuaba una forma de actuar inconstrastada e inconstrastable por desconocida para la sociedad que, por ello, carecía de mecanismos para su crítica.

La publicidad, pues, constituye un instrumento de control de los ciudadanos sobre sus tribunales,

máxime cuando los mismos, como sucede en la actualidad de forma casi general, están integrados por funcionarios estables y rodeados de garantías extraordinarias tendentes a asegurar su imparcialidad, muy especialmente la inamovilidad, garantías que deben ser compensadas con controles para evitar que puedan ser usadas de forma inapropiada a la función que por su naturaleza están llamadas a verificar. Jueces que pueden ejercer un poder tan inmenso, si además pudieran actuar secretamente, sin dar explicaciones de sus actos, se colocarían en una posición de privilegio de la que jamás han gozado, como dice Mittermaier, ni siquiera los monarcas absolutos. La publicidad se comporta, por tanto, como un contrapeso de las garantías de la misma jurisdicción de los tribunales.

Como dijo Mirabeau, "(...) dadme un juez, el más corrupto incluso, siempre que me juzgue con publicidad".

Pero, la publicidad, al margen de la que corresponde a las actuaciones en relación con las partes, ilimitable salvo supuestos excepcionales y en cualquier fase del proceso, debe ser hoy entendida correctamente y de modo diferente a como se hacía en el siglo XIX. En efecto, la actual sociedad de la información no puede quedar al margen del proceso; sería un contrasentido negar esta realidad o querer que los avances técnicos y el desarrollo de los medios de comunicación no entraran en los tribunales. No hay explicación, ni justificación para ello.

La sociedad, pues, debe estar informada del desarrollo del proceso penal, especialmente cuando los imputados sean sujetos con trascendencia social y, sin excusa alguna, cuando se trate de corrupción política. Podría prohibirse, por razones estrictamente procesales, que se diera publicidad a los concretos actos de investigación, pero nunca a los hechos objeto del proceso, ya que tales elementos forman parte del conocimiento que debe tener la sociedad y que debe controlar pues en ella reside la soberanía.

Los jueces, por supuesto, no van a verse influidos por la prensa, dada su profesionalidad; la presunción de inocencia no puede alegarse como excusa, puesto que es un derecho con trascendencia limitada al interior del proceso.

3. El sistema de derechos fundamentales en el proceso penal

El proceso penal, como ya se comentó anteriormente, es un método cuya finalidad esencial reside en el hallazgo de la verdad sobre unos hechos pasados y su autoría para, sobre su base, ejercitar el *ius puniendi* estatal, evitando con ello que los ciudadanos acudan a fórmulas de autotutela.

Para alcanzar ese fin, para que sea eficaz, es necesario e imprescindible que se respeten todas y cada

una de las garantías que antes se han esbozado y que son consustanciales al clásico principio acusatorio o, lo que es lo mismo, configurar el proceso como un instrumento que preserve las garantías procesales. Y en este concepto han de incluirse tanto las procedimentales, las cuales tienen un valor más relevante del que comúnmente se les suele asignar y cuya infracción puede generar la nulidad radical de los actos formalmente mal ejecutados, como las que derivan de derechos fundamentales, las que, por el lugar que ocupan en la norma constitucional, por su posición preferente en el ordenamiento jurídico, han de producir, sin excepción alguna, la nulidad radical de los elementos de investigación afectados por la intromisión ilegítima.

Toda Constitución democrática, consciente de los valores profundos que la informan, contiene hoy referencias ineludibles que se aplican directamente en el proceso penal, que lo conforman sustancialmente. Tales valores y referencias no son meras alusiones retóricas, sino reglas de estricto cumplimiento, aunque no estén desarrolladas en leyes ordinarias, cuya infracción conduce, inexorablemente, al fracaso de sistema procesal penal, a su inoperatividad.

Toda Constitución democrática regula en la actualidad derechos fundamentales de contenido procesal, sean los del imputado en sus declaraciones, sean los referidos a las restricciones a su libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, o sean, en fin, los referidos a la actividad probatoria, especialmente a través de la consagración, compleja, del derecho a la presunción de inocencia, que no puede equipararse al clásico y más restringido principio *in dubio pro reo*.

Una referencia a esos valores constitucionales es obligada en una aportación como la presente:

3.1. El Estado ante el delito. El invocado derecho a la "seguridad"

Suele invocarse con demasiada frecuencia, más de la deseable y sin una reflexión adecuada y con el fin de justificar o mantener, de modo obviamente reaccionario, fórmulas inquisitivas, la obligación que asume el Estado de investigar los delitos y de castigar a los culpables. Y estas afirmaciones, que son obvias correctamente entendidas, se encuadran en un pretendido derecho individual a la seguridad, la cual, se dice, solo puede salvaguardarse en situaciones de paz social.

Este tipo de planteamientos, sumamente atractivos para la colectividad y utilizados frecuentemente por los políticos, son engañosos en sí mismos y deben ser reconsiderados y desmentidos por los juristas. Desde luego, no cabe duda alguna y es una afirmación cierta que la seguridad ciudadana es un presupuesto ineludible para el desarrollo en libertad de las personas y un

requisito indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos consagrados constitucionalmente.

Ahora bien, el que ello sea así, ni autoriza por no ser cierto a hablar de un pretendido derecho fundamental a la seguridad en estos términos y del que serían titulares los ciudadanos y mucho menos que ese derecho pueda ser reclamable constitucionalmente, de manera autónoma. Y, dicho esto, es inadmisibles que la referencia a dicho inexistente derecho pueda servir para invocar o justificar actuaciones inquisitivas o represivas frente a los derechos individuales, tal y como hoy está sucediendo en el mundo, tras el 11 de setiembre.

Se puede afirmar con absoluta rotundidad que no existe, constitucionalmente hablando, derecho alguno a la seguridad que sea identificable con la seguridad ciudadana y cuya infracción pudiera generar derecho a indemnización por parte del Estado en caso de que una persona se viera afectada por un delito, consecuencia que los que pregonan este pretendido derecho ocultan, pero que sería ineludible en caso de existir aquel derecho individual que el Estado estaría obligado a garantizar.

Cuando los textos constitucionales reconocen un derecho a la seguridad, lo hacen en relación con el Estado, con sus poderes, estableciendo una garantía de los ciudadanos frente a él, especialmente en orden a la libertad. Seguridad es, pues, una garantía individual, no colectiva y una garantía dirigida a limitar el poder de Estado. Seguridad es preservación de espacios de libertad individuales frente a los mecanismos absolutos del Estado que serían incontrolables en caso de inexistencia de límites. En suma, seguridad es todo lo contrario de lo que parecen reclamar quienes tantas referencias hacen a ella.

Hablar de eficacia del proceso, por tanto, se contrapone a la atribución de poderes excepcionales al Estado, ya que ni existe un derecho que los justifique, ni, en sentido estricto, puede afirmarse que la eficacia del proceso sea mayor cuanto mayores sean los poderes inquisitivos del Estado. Normalmente sucede lo contrario.

Eficacia es y solo puede ser entendida como equilibrio de poderes del Estado y de los derechos del imputado, como reforzamiento de la contradicción y la igualdad; en definitiva, eficacia es fortalecimiento del carácter dialéctico que es consustancial al proceso, fortalecimiento, pues, del derecho de defensa.

3.2. Los derechos del imputado en el proceso penal

El imputado es el sujeto pasivo del proceso penal, no un simple objeto del mismo como sucedió en el periodo inquisitivo o como sucede, cada vez con más frecuencia en la actualidad, con la banal excusa del terrorismo internacional, ya que este fenómeno, a pesar de su gravedad, no autoriza

conductas que hagan retroceder a las ideas imperantes en siglos pasados.

El imputado es una parte esencial del proceso; sin él no existe; sin que asuma la consideración de parte, con las cualidades y caracteres propios de la misma, no se puede hablar de proceso, sino de meros expedientes de investigación.

El estatuto de imputado debe responder a esta realidad, de modo que es necesario asumir que aquel no es llamado al proceso para procurar sobre su base la prueba de su misma culpabilidad, para lograr la confesión o cualesquiera otro tipo de pruebas aunque todas estas conductas no estén prohibidas. El imputado, en su condición de parte, ostenta derechos consustanciales a dicha posición, especialmente el de defensa que asegura la contradicción.

Pero, a la vez, el imputado, naturalmente, constante el proceso y con anterioridad a la sentencia, puede ser objeto de limitaciones en sus derechos, ya que todos los derechos, salvo la vida, son restringibles en el marco del proceso penal, siempre que ello tenga lugar respetando determinados y absolutos presupuestos.

Aparece, pues, una clara confrontación de intereses, aparentemente opuestos; por un lado, el del Estado en la investigación del delito; por otro lado, el del imputado en la preservación de su libertad y del resto de sus derechos.

Por ello, todas las normas constitucionales, conscientes de esta realidad, regulan una relación de derechos fundamentales que vienen a constituir, con sus correspondientes y regladas limitaciones, la barrera infranqueable para el mismo Estado, a partir de la cual no le es dado a los órganos de persecución penal extender sus actuaciones. Bajo ningún concepto, pues, por la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, puede el Estado transgredir los límites legalmente establecidos y en la forma predeterminada jurídicamente.

Para desarrollar estas afirmaciones debe hacerse mención, muy resumidamente, a diversos aspectos cuya pretensión común es preservar la vigencia de los derechos del imputado, así como, paralelamente, la eficacia del proceso en el sentido aquí expuesto. Tres son los puntos que deben abordarse: (i) la adquisición de la condición de imputado; (ii) los requisitos ineludibles para la limitación de los derechos fundamentales; (iii) los derechos que deben presidir la toma de declaraciones; y, (iv) la limitación del derecho a la libertad de movimientos.

3.2.1. La adquisición de la condición de imputado

A nadie se le escapa la importancia de la determinación del momento en el cual nace la condición de imputado, toda vez que es en ese momento cuando surge la condición de parte y

cuando, por esa razón, pueden ser limitados los derechos fundamentales del sometido a un proceso penal. La falta de normas claras, diáfanas al respecto, produce una gran inseguridad y abre la puerta a actuaciones ilimitadas por parte de los órganos de persecución penal.

Se ha ido, a este respecto, formando una opinión en muchos países, respaldada en reiteradas ocasiones por normas legales y decisiones jurisprudenciales, conforme a las cuales al ser el imputado el titular de derechos fundamentales anudados al ejercicio de su derecho de defensa, la adquisición o el conferimiento de dicha condición no debe supeditarse o condicionarse a valoraciones subjetivas susceptibles, en todo caso, de ser utilizadas, con o sin dolo, para retrasar la atribución del estatuto de imputado, lo que siempre se traduce en la realización de actos a espaldas del sospechoso y en la pérdida de oportunidades procesales en ocasiones no reproducibles posteriormente. A título de ejemplo, retrasar la imputación puede dar lugar a someter al imputado a interrogatorio en calidad de testigo o a practicar actos de investigación irrepetibles y materialmente irreproducibles sin su presencia, sin su intervención, sin práctica contradictoria. En estas situaciones se habrá negado al sujeto pasivo de la investigación el disfrute de sus derechos más elementales o futuros medios de prueba tal vez esenciales para su absolución. No cabe duda de que la práctica de actos de investigación de manera contradictoria está permitida y es válida cuando así se derive de razones de urgencia, pero nunca por meras actuaciones que pueden esconder, aunque se disfracen de garantías, tendencias inquisitivas.

El conferimiento de la condición de imputado, pues, debe realizarse a partir de datos estrictamente objetivos, no susceptibles de valoración subjetiva ni de retraso intencionado. La mera detención, la aparición nominal o por referencia en calidad de sospechoso en un acto procesal o preprocesal al margen de la intensidad que tenga la sospecha y, entre otras, la simple admisión de una denuncia o querrela, son situaciones que deben dar lugar a considerar imputado a quien se vea afectado por ellas.

El retraso en el conferimiento de dicha condición, en fin, ha de dar lugar, sin excepción alguna, a la nulidad de las actuaciones hechas a sus espaldas, sin su intervención o con merma de su derecho de defensa.

3.2.2. Requisitos exigibles para la limitación de derechos fundamentales

Todos los derechos fundamentales, salvo la vida, son limitables en el curso de una investigación penal, se trate de derechos respecto de los que la propia Constitución autorice de forma expresa su limitabilidad, regulando las formas y presupuestos o

de otros derechos que la Constitución únicamente proclame, sin, paralelamente, hacer referencia alguna a su posible restricción.

En ambos casos, no obstante, es necesario que se verifiquen determinadas condiciones cuya finalidad es preservar el ámbito de los derechos del imputado, el respeto a su dignidad y a su condición de parte a la vez que, igualmente, asegurar que el proceso sea eficaz, es decir, sea un medio de hallazgo de la verdad.

3.2.2.1. *Legalidad*

La mera consagración de un derecho fundamental a nivel constitucional implica su pleno reconocimiento y vigencia, sin que sea necesario al efecto que una ley lo desarrolle. Es decir, las leyes que regulan los derechos fundamentales no son leyes que tiendan a darles virtualidad o eficacia alguna, sino solo a establecer los límites a su ejercicio.

Toda ley de desarrollo de un derecho es, pues, una ley de límites, límites que permiten al ciudadano saber hasta dónde es exigible su renuncia, pero que, fundamentalmente, sirven para poner fronteras a la actuación del Estado. Solo puede limitarse un derecho hasta donde lo permita, de modo además expreso, una ley. Ni cabe la interpretación extensiva, ni la jurisprudencia puede servir para habilitar restricciones no previstas legalmente. En materia de restricción de derechos fundamentales, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

3.2.2.2. *Jurisdiccionalidad*

Salvo las excepciones que legalmente se establezcan, siempre con carácter restringido y justificado en razones de absoluta urgencia, cualquier privación de derechos fundamentales debe ser acordada por los jueces o tribunales, debiendo dicha autorización además, como regla, ser anterior a la restricción del derecho, no meramente habilitante o ratificadora de una adoptada anteriormente por la policía o el fiscal.

Estas últimas autoridades solo podrán dictar resoluciones que priven a los ciudadanos de sus derechos en el curso de una investigación penal cuando la ley lo prevea de modo explícito y exista una situación de urgencia que lo justifique. Pero, en todo caso, dichas medidas han de poder ser, de modo inmediato, controladas por los órganos jurisdiccionales que tendrán así la última palabra.

3.2.2.3. *Previa imputación*

Solo es posible restringir derechos fundamentales en el curso de una investigación penal respecto de sujetos previamente imputados; es inadmisibles hacerlo cuando sobre los investigados no recaiga sospecha delictiva alguna, ya que la imputación viene a constituir la fundamentación de

la medida. Están prohibidas, como regla general, las investigaciones de rastreo, indiscriminadas o de control genérico.

A título de ejemplo, no es posible la realización de redadas policiales o judiciales sobre sujetos indeterminados en busca de droga o la entrada en un edificio en busca de tales sustancias. La restricción de los derechos, aunque en estos tiempos parezca otra cosa, ha de ser siempre adoptada de forma motivada e individual, concreta y determinada.

Este requisito solo puede ser excepcionado en situaciones precisas y justificadas por el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en los casos de controles policiales en lugares públicos tras la comisión de un delito grave que atente a la seguridad pública (terrorismo) o en los delitos de peligro abstracto, en los que la imputación nunca puede ser previa con un grado de mínima certeza (controles de alcoholemia).

3.2.2.4. *El juicio de proporcionalidad*

Toda limitación de derechos debe supeditarse, a la hora de su adopción y para su mantenimiento y configuración de su extensión, a un juicio de proporcionalidad; este análisis no tiene otra finalidad que la de evitar que la intromisión resulte injustificada por excesiva atendiendo al fin perseguido por la misma. La vigencia de los derechos fundamentales constituye siempre un valor superior a la investigación misma, por lo que las restricciones a estos siempre han de ser excepcionales e individualmente justificadas, siendo de aplicación la conocida regla de la "prohibición de exceso".

La proporcionalidad, por tanto, obliga en primer lugar al legislador, el cual en modo alguno puede establecer restricciones a los derechos que excedan de una justificación razonable, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por atentar la ley que se dicte al contenido esencial de los derechos, espacio este inmune a toda restricción. El legislador ordinario, pues, no es absolutamente libre en materia de derechos fundamentales para dictar las normas que considere oportunas, pues está vinculado al respeto intangible del contenido esencial de los derechos humanos. En caso alguno, pues, puede establecerse una norma que, por su redacción y amplitud autorice cualquier restricción de los derechos; pero, además, los límites que se establezcan a los derechos habrán de ajustarse a las exigencias que impone el principio de proporcionalidad, de modo que los derechos deben ser limitados siempre de forma excepcional.

La proporcionalidad, además, opera en el momento de la ejecución de la restricción del derecho, cualquiera que sea quien acuerde la misma, policía, fiscal o autoridad judicial. Esto es, la proporcionalidad supone un plus a la propia redacción de la norma, de manera que su respeto

comporta la exigencia de un juicio pormenorizado e individualizado acerca de la necesidad y justificación de cada limitación en el caso concreto.

La proporcionalidad se manifiesta en las siguientes exigencias:

3.2.2.4.1. El deber de motivación de las resoluciones limitativas de derechos. Esta exigencia se justifica en la necesidad de realizar, especificar y comunicar al imputado el concreto juicio de proporcionalidad llevado a cabo en un caso determinado. Es evidente que si se imponen límites a la restricción de derechos, los mismos deben ser tenidos en cuenta y especificarse en cada resolución, ya que de lo contrario podrían perfectamente burlarse o eludirse. Por otro lado, sin motivación de sus decisiones, la justicia pierde buena parte de su componente democrático ya que, al emanar del pueblo, no de una autoridad superior o mística, debe tender a convencer al mismo o a darle explicaciones de sus actos, no pudiendo limitarse, como en el antiguo régimen a ser una simple manifestación de autoridad.

3.2.2.4.2. La necesidad o idoneidad de la medida. Toda medida restrictiva de derechos ha de ser necesaria para la consecución de un fin, así como idónea para la obtención del resultado buscado con ella.

Necesidad, por tanto, implica que no debe limitarse un derecho cuando la investigación pueda desarrollarse a través de otros medios que sean menos intensos o que afecten en menor medida a los derechos del imputado. Necesidad supone, además, justificación estricta de la medida, de manera que no es posible su adopción si no responde a fines constitucionalmente legítimos o no susceptibles de amparo o protección.

Idoneidad, por su parte, equivale a utilidad de la medida para el específico fin propuesto. No es dable imponer una restricción de derechos cuando por medio de ella no se va a procurar un resultado objetivo.

3.2.2.4.3. Proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad, en fin, supone, una atemperación entre gravedad de la intromisión y del delito investigado, de manera que jamás puede autorizarse una restricción de derechos en supuestos de investigaciones delictivas de escasa gravedad o repercusión social.

3.2.2.4.4. Garantías en la ejecución de la restricción. Toda limitación de derechos fundamentales, en fin y para evitar una injerencia inadmisibles o que pudiera resultar gravosa para el imputado, debe estar condicionada a la verificación de determinadas condiciones que, por un lado, la hagan fiable en orden a la obtención de sus

resultados y, por otro lado, eviten causar a los inculcados daños que resulten innecesarios.

De este modo, a título de ejemplo, un análisis sanguíneo o una intervención corporal, deben ser efectuadas por personal sanitario autorizado, nunca por funcionarios policiales no habilitados en esta ciencia. Una prueba de espiración de aire a los efectos de comprobar el grado alcohol en sangre requiere siempre de un instrumento oficialmente homologado. Un registro corporal debe ser efectuado en condiciones de respeto a la intimidad y al honor personal, en espacios cerrados y dispuestos especialmente para ello. Una intervención telefónica ha de ejecutarse por especialistas cualquiera que sea la autoridad que la acuerde, etcétera.

3.2.3. Los derechos del imputado en la prestación de declaraciones

Las declaraciones de los imputados, como se ha tenido ocasión de repetir reiteradamente, lejos de estar dirigidas a obtener su confesión, deben ser entendidas y reguladas como una forma de manifestación del derecho de defensa, de respeto y de vigencia del contradictorio. Ello no significa, no obstante, ni que la confesión carezca absolutamente de valor probatorio, ni que cualquier otra manifestación de aceptación de su responsabilidad por el imputado realizada para conseguir beneficios determinados sea rechazable. En absoluto cabe deducir este tipo de consecuencias de la naturaleza intrínseca de las declaraciones de los imputados.

Pero, por esa dualidad, esto es, servir para ejercitar el derecho de defensa y, a su vez, tener valor probatorio incriminatorio o de algún modo dispositivo, para que la declaración de un imputado pueda servir a estos últimos efectos, debe ser hecha respetando una doble y nunca excepcionable condición: por una parte, manteniendo en todo momento la libertad de conciencia del declarante; por otra parte, asegurando su libertad de autodeterminación.

Si bien se mira, todas las garantías que las constituciones y los textos internacionales predicán de los imputados en sus declaraciones se dirigen a preservar esta doble condición, este doble presupuesto, estas libertades cuya ausencia las vicia absolutamente y las convierte en inútiles a efectos penales.

Tales garantías se concretan en los siguientes derechos:

3.2.3.1. Derecho a la información de la acusación

Todo imputado tiene derecho a ser informado de la acusación que frente a él se formule. Esta información siempre ha de ser anterior al interrogatorio, nunca posterior o coetánea. Igualmente, ha de ser clara y comprensible, especialmente ha de hacerse en el idioma del imputado, asumiendo el Estado los gastos derivados

de la intervención de un intérprete. Del mismo modo, ha de ser completa, incluyendo los hechos objeto de la investigación y las pruebas que se poseen.

La vulneración de alguna de estas exigencias es motivo para la declaración de la nulidad del interrogatorio y de todos los datos que del mismo puedan derivarse.

3.2.3.2. *Derecho a guardar silencio*

Nadie está obligado a declarar contra sí mismo. A su vez, la carga de la prueba recae en el proceso penal en las partes acusadoras. De esta dualidad de estas afirmaciones solo puede extraerse una conclusión, cual es el derecho del imputado a guardar silencio de la forma y en el modo que considere oportuno, bien total o parcialmente, bien en una fase o en todas las del proceso.

Naturalmente y sin que quepa excepción alguna, al tratarse el silencio de un derecho fundamental cuyo ejercicio se limita a no hablar, a no realizar manifestaciones, a callarse en suma, del silencio, de la falta de respuesta, no puede extraerse consecuencia alguna en orden a declarar la culpabilidad del imputado. El silencio ni es, ni puede ser considerado como un indicio de culpabilidad. Entender lo contrario, cualquiera que sea la argumentación que se utilice, equivale a vaciar de contenido real al derecho o una burla al mismo carente de justificación o derivada de un exceso de celo que el Estado democrático no puede permitirse.

3.2.3.3. *Derecho a no declarar contra sí mismo*

Es evidente y consustancial a la condición humana que el imputado no puede ser obligado a decir la verdad cuando la misma le es perjudicial y es, igualmente evidente que de la mentira no puede derivarse consecuencia penal alguna al modo que sucede con los testigos que, por no ser parte procesal, sino terceros, están obligados a no faltar a la verdad por el deber de colaboración con el Estado.

El derecho a mentir del imputado -que se corresponde con el de construir coartadas-, no puede ser negado salvo que, en buena lógica, se le imponga, indirectamente, un deber de decir verdad.

Pero, es más, a nadie se le oculta que del descubrimiento de la mentira, de la falsedad de la declaración o de la coartada no es posible deducir, mecánicamente, la culpabilidad del declarante. Esta conclusión es procesalmente y técnicamente imposible además de resultar una osadía arriesgada que poco o nada puede satisfacer al Juez que asuma esta conclusión con carácter general.

Descubrir la falsedad de una coartada solo se puede traducir como que la versión ofrecida es falsa. Deducir automáticamente, dando un salto en el vacío, de ese descubrimiento la verdad de otro hecho indirecto carece de fundamento técnico y se

opone a las más elementales nociones acerca de la prueba indiciaria o circunstancial. Si una persona a la que se pregunta dónde se hallaba en el momento de cometerse el crimen manifiesta que estaba en un lugar determinado y posteriormente se descubre que no se encontraba allí, simplemente quedaría acreditado esto último, es decir, que no estaba donde decía estar. Faltaría sin duda la prueba que confirmase que se encontraba en el lugar del crimen, prueba que en modo alguno puede deducirse de aquellos extremos sin otros elementos indiciarios que, de manera directa, aseguren la presencia del imputado en el momento y lugar de los hechos.

3.2.3.4. *Derecho a la asistencia de abogado*

Desde la imputación, cualquiera que sea la forma en que surja esta y, por tanto, indefectiblemente, desde la detención entre otras situaciones, toda persona tiene derecho a ser asistida de un abogado, bien designado libremente por ella o bien de oficio, con independencia de sus bienes e irrenunciable.

Cualquier interrogatorio llevado a cabo sin la presencia de un abogado, salvo situaciones muy excepcionales de extremada urgencia, ha de considerarse nulo. Todo acto de investigación llevado a cabo sin la participación del abogado salvo, naturalmente, aquellos que por su naturaleza o urgencia la ley determine, también han de sufrir la misma consecuencia.

3.2.3.5. *Condiciones en que se han de prestar las declaraciones. Interrogatorios prohibidos*

Como antes se dijo, toda declaración de imputados debe garantizar dos tipos de libertades básicas e irrenunciables, la libertad de conciencia y la de autodeterminación. Por esta razón, las preguntas que se formulen lo han de ser en las condiciones legalmente establecidas y ciertos métodos de interrogatorio resultar prohibidos sin excepción alguna por vulnerar total o parcialmente la libertad del imputado, libertad que no basta que sea inicial, sino que debe mantenerse a lo largo de todo el interrogatorio sin merma alguna.

Las preguntas que se hagan al imputado habrán de ser realizadas de modo directo, no estando permitidas las capciosas o sugestivas, ya que este tipo de interpelaciones, por su carácter engañoso, niegan la conciencia, el conocimiento, el entendimiento real de lo preguntado, de manera que la respuesta que se ofrece tampoco es libre y voluntaria.

De la misma manera, quedan prohibidos los siguientes métodos de interrogatorio:

a) Aquellos que afecten psíquicamente al sujeto limitando su conciencia o voluntad, tales como los que encierran coacción, amenazas, engaños, promesas de ventajas procesalmente inadmisibles, etcétera.

b) Los que atentan físicamente al interrogado, como la tortura o malos tratos en cualquiera de sus manifestaciones, ninguna de ellas lícita siquiera moralmente, el interrogatorio en estado de fatiga o cansancio de cierta entidad, la provocación de cualquier tipo de abstinencia para debilitar la voluntad, etcétera.

c) Por último, están vedados todos aquellos métodos de interrogatorio que eliminen inicialmente o no mantengan en todo momento la conciencia y voluntad del sujeto; esta prohibición debe mantenerse aunque el interrogado preste su consentimiento, ya que no basta con un acto de esta naturaleza prestado inicialmente si la voluntad posteriormente se ve anulada (Sentencia del Tribunal Supremo español del 22 de junio de 1982). Están absolutamente prohibidos y carecen de valor probatorio el detector de mentiras, la hipnosis y el llamado suero de la verdad, entre otros.

3.2.4. La limitación de la libertad personal

La libertad, después de la vida, constituye el derecho fundamental por excelencia, el más digno de protección y respeto, ya que, sin libertad de movimientos quedan restringidos, cuando no impedidos, el resto de derechos que, difícilmente, por no decir de forma imposible, pueden ser ejercitados en situación de ausencia de libertad.

La privación de este derecho en el curso del proceso penal constituye además, se califique jurídicamente como se quiera, una anticipación de una previsible, hipotética y futura pena privativa del mismo derecho. En este sentido, detención y pena se llegan a confundir por lo que, el resultado de esta decisión se resuelve en una pena anticipada de una persona que, en virtud de su derecho a la presunción de inocencia, no ha sido declarado culpable.

En definitiva, se trata, como manifiesta Carrara, de una medida moralmente inaceptable, pero cuya licitud y admisibilidad en el marco de las funciones estrictas que está llamada a cumplir, es innegable.

Ahora bien, y por tales razones, ha de condicionarse al cumplimiento de unos fines constitucionalmente legítimos y siempre desde la regla de la excepcionalidad, la cual debe evitar que la privación de la libertad pueda ser acordada como norma, de manera automática o sin una motivación individual que la justifique en razones concretas y particulares, nunca en normas, presunciones o funciones genéricas.

La privación de libertad puede llevarse a cabo, en el marco del proceso penal, mediante dos medidas, de naturaleza cautelar, cuales con la detención y la prisión provisional. En ambos casos, los textos internacionales justifican su adopción previa determinación de los presupuestos o requisitos que la legitiman, plazos máximos a los que deben ajustarse y excepcionalidad en su acuerdo.

3.2.4.1. La detención preventiva

La detención preventiva consiste en una privación de libertad provisionalísima cuyos fines no se especifican con claridad en la mayoría de las legislaciones dado que, entre otros muchos extremos, se suelen hacer depender del sistema de organización de la investigación penal.

Así, si la instrucción o investigación corresponde a la autoridad judicial, es evidente que la función de la detención no debe ser otra que la de poner al detenido a su disposición, lo cual, en la actualidad, no precisaría ni siquiera de las clásicas y decimonónicas veinticuatro horas.

Si, por el contrario, la investigación corresponde a la policía junto con la fiscalía, la detención puede prolongarse en el tiempo -nunca por un espacio superior a las setenta y dos horas-, a los efectos de buscar los elementos del delito que puedan justificar la petición de apertura de la instrucción formal o, incluso, perderse para el futuro por su irrepetibilidad. La detención, pues, tiene fines adicionales y no limitados a los de entrega inmediata del sujeto al juez. En estas situaciones, la detención puede prolongarse por un tiempo superior en atención a las necesidades de investigación.

3.2.4.2. La prisión provisional

Constituye la prisión provisional una medida privativa de libertad, competencia exclusiva de la autoridad judicial, más extensa en el tiempo que la detención y con unas finalidades que siempre han de estar amparadas constitucionalmente para no erigirse en prueba anticipada ni en medida de seguridad predelictual; en suma, la prisión provisional debe configurarse como una medida cautelar, lo que impide que se pueda utilizar como instrumento de política criminal.

La prisión provisional solo se justifica constitucionalmente si se verifican dos fines bien determinados: el primero, la evitación de la fuga del imputado o su sustracción al proceso, riesgo este que debe ser apreciado siempre en cada caso concreto, atendiendo a los datos que consten y revelen el peligro, debiendo descartarse todo tipo de estándares generales que funcionen de forma automática; ni siquiera, a pesar de su especialidad, la gravedad de la pena, por sí sola, sirve para justificar, genéricamente, un hipotético riesgo de fuga; el segundo, el peligro, también necesariamente concreto y determinado, de frustración de la investigación derivado del riesgo de ocultación, manipulación o destrucción de las fuentes de prueba materiales o personales.

No es aceptable como presupuesto justificante de la prisión provisional el aludido frecuentemente y aceptado por muchas legislaciones -entre ellas la española-, peligro de

reiteración delictiva. Este fin está lejos de responder al principio de instrumentalidad propio de toda medida cautelar y entraña siempre una suerte de presunción de culpabilidad incompatible con la constitucional de inocencia.

De igual manera, debe rechazarse, bajo cualquier apariencia en que se presente, la alarma social como motivo que habilite para la adopción de la prisión provisional. Al no ser esta medida un instrumento de política criminal, tampoco puede utilizarse para, a través de la misma, reaccionar frente a la inseguridad ciudadana o dar respuestas inmediatas a la colectividad, a sus demandas de *vindicta*.

La prisión provisional, en clara consonancia con su carácter cautelar, debe estar limitada en su duración a unos plazos máximos, nunca evidentemente mínimos, debiendo tales plazos establecerse más en atención a la finalidad concreta, al fin que justifica la medida, que a la previsible gravedad del delito imputado y a la pena que pueda derivarse del mismo. Carece de sentido, a título de ejemplo, que para evitar la coacción a un testigo, se mantenga la prisión provisional más allá del tiempo necesario para someter a aquel a interrogatorio anticipado.

4. La prueba ilícita

El valor preferente que ocupan los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico; la inexistencia de un derecho a la seguridad colectiva; la necesidad ineludible de preservar el carácter contradictorio del proceso como elemento consustancial al mismo y a su eficacia; la declaración de derechos como instrumento autolimitador, en el seno de un proceso, de los, en otro caso, poderes absolutos del Estado y un largo etcétera de razones han llevado a finales del siglo XX y, especialmente, en países en los que la instrucción ha sido encomendada a los órganos de la policía y el fiscal, a instaurar la llamada prueba prohibida o ilícita, que no es otra cosa que la negativa a conferir valor probatorio a los resultados derivados de una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Las razones para esta especie de sanción son tan evidentes que difícilmente, salvo que se antepongan criterios políticos de dudosa legitimidad democrática, pueden ser contradichas.

Incluso políticamente, desde planteamientos democráticos, no autoritarios, es inadmisibles o muy difícil asumir como válidos los resultados derivados de actos contrarios a los derechos fundamentales; no hacerlo así, y considerarlos lícitos, sería tanto como reducir a mero formalismo su eficacia, puesto que la respuesta penal, civil o disciplinaria frente a los autores de actos contrarios a derechos fundamentales no es totalmente satisfactoria y, por supuesto, no garantiza la idoneidad de una investigación.

Jurídicamente tampoco es aceptable la admisión de la prueba ilícita. Por un lado, porque los límites impuestos por la ley para la restricción de derechos fundamentales no solo operan como garantía del ciudadano y de su ámbito de libertad, sino también como presupuesto insalvable de la eficacia del proceso, del hallazgo de la verdad. No se puede afirmar, a título de ejemplo, que el resultado derivado de un interrogatorio realizado mediante tortura, sin conciencia y voluntad del sujeto, proporcione datos veraces y dignos de ser tomados en consideración.

La prohibición derivada de la prueba ilícita ha de ser aplicada no solo a los resultados fruto de la obtención directa de la prueba, sino también a aquellos que lo hayan sido de modo indirecto. Es el llamado en Europa efecto reflejo de la prueba prohibida, que en Estados Unidos es conocido como "teoría del fruto del árbol envenenado". Si el árbol está podrido, envenenado, también sus frutos estarán influidos por ese defecto. Con carácter general, pues, los resultados derivados de pruebas obtenidas a partir de otras conseguidas vulnerando derechos fundamentales serán nulas.

La prueba prohibida, para que sea aplicable con cierta certeza, debe ser regulada a nivel constitucional o bien ser dispuesta mediante normas expresas en la legislación ordinaria. En todo caso, la consecuencia de la ilicitud ha de ser reclamable de todos los derechos fundamentales, no de unos con exclusión de otros. No cabe discriminación entre derechos en orden a la exigencia de su respeto.

La mejor solución, a mi juicio, es la consagración general de la prohibición de utilización de resultados de una prueba ilícita. Ahora bien, aunque no esté prevista de modo expreso una disposición de estas características, ello no puede significar que sea imposible predicar la inutilidad de las pruebas ilícitas. La propia eficacia y virtualidad de los derechos humanos, su contenido esencial, impone el rechazo de todos aquellos medios que se hayan practicado infringiéndolos. Esto es, la prueba ilícita es reclamable en cualquier sistema constitucional democrático aunque no esté específicamente desarrollada.

5. El derecho fundamental a la presunción de inocencia

Pocos derechos fundamentales, con reconocimiento constitucional expreso, han experimentado un desarrollo legal y jurisprudencial mayor que este en los últimos cincuenta años. De ser un derecho de configuración formal, equiparado al simple principio *in dubio pro reo*, ha pasado a erigirse en derecho fundamental, rector de la actividad probatoria penal, limitador de poderes absolutos de los jueces, corrector de la actividad policial ilícita y favorecedor, en suma, del derecho a un proceso con todas las garantías.

Presunción de inocencia significa hoy, tras un largo y debatido proceso de construcción legal y jurisprudencial, que nadie puede ser condenado sin pruebas de cargo y, adicionalmente, que estas pruebas deben ser practicadas con todas las garantías exigibles, legal y constitucionalmente.

Muy resumidamente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia se desenvuelve en las siguientes exigencias:

5.1. La carga de la prueba

No existe en el proceso penal carga de la prueba en sentido formal como sucede en el proceso civil. Las partes acusadoras públicas, por formar parte de los órganos del Estado, han de ser objetivamente imparciales y por tal razón procurar en la investigación tanto los elementos de cargo, como los de descargo. No han de tener, ni moverse por interés alguno en la condena, sino solo en la verdad. La parte acusada, por el contrario, en la medida en que está amparada por su derecho a la presunción de inocencia, no está gravada con ninguna carga que le lleve a tener que acreditar su inocencia, la cual le viene asegurada por imperativo constitucional.

En resumen, la prueba de cargo debe ser proporcionada por la acusación, no teniendo el acusado deber alguno de probar su inocencia, de modo que su actividad o falta de ella jamás puede ser valorada en su contra.

5.2. Exigencia de una actividad probatoria

Para condenar a una persona es exigible que se practique en el proceso una actividad probatoria precisa, no bastando la convicción judicial para llegar a una conclusión, ya que el convencimiento judicial solo puede formarse para tener validez sobre la base de pruebas en sentido objetivo e incriminador. El convencimiento, por sí solo, no es un medio de prueba.

Los elementos que sirvan de base para la condena, han de consistir en auténticos medios de prueba, no teniendo este carácter las denuncias, querellas o los actos de investigación que, derechamente, son objeto de prueba, necesitan ser probados. En principio, pues y salvo excepciones legalmente previstas, solo los medios practicados en el juicio oral pueden servir de base para la condena.

5.3. Pruebas practicadas con todas las garantías

Las pruebas han de ser practicadas bajo los principios generales de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Excepcionalmente, los medios de prueba anticipados o preconstituidos, habrán de ejecutarse asegurando la contradicción originariamente, ya que la mera reproducción formal en la vista, no garantiza el derecho de defensa.

5.3.1. Las pruebas han de ser cargo

Se trata este de un requisito que se encuentra

a medio camino entre la exigencia de prueba en sentido objetivo y los elementos correctores de las operaciones subjetivas de valoración judicial.

La prueba practicada ha de referirse en todo caso al delito por el que se condena, no siendo válida una prueba genérica sin referencia objetiva alguna al hecho que se afirma acreditado. Ha de ser, igualmente, suficiente desde un punto de vista objetivo y proporcionar todos los elementos de juicio relativos a los que constituyen el tipo penal. Por ejemplo, no es posible condenar por receptación por el simple hecho de no poder acreditar los elementos del robo, salvo que se prueban los de aquel delito.

La prueba ha de tener un sentido incriminador objetivo o, lo que es lo mismo, no puede llegarse a una conclusión que, con base en la manifestación externa de la prueba, debiera ser exactamente la contraria. Por ejemplo, no puede afirmarse la autoría de un delito si ningún testigo la confirma y no existe otra prueba sobre la que asentar la conclusión. No basta para condenar con la creencia o la aseveración de que los testigos están mintiendo. Que los testigos falten a la verdad no presupone, ni basta, sin otros elementos de cargo, para condenar a un sujeto por un hecho determinado.

Incluso el razonamiento judicial, no solo los elementos objetivos básicos, puede ser revisado al amparo del derecho a la presunción de inocencia en los casos de prueba indiciaria. El nexo que une indicio y conclusión de culpabilidad, no es equiparable al razonamiento que se hace sobre pruebas directas, sino que se considera elemento esencial de cargo y está amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

5.3.2. La motivación de la sentencia

Toda sentencia debe estar motivada. Motivación que debe contener no solo una expresión detallada de los hechos y los fundamentos jurídicos, sino que debe incluir una relación de las pruebas practicadas, sus resultados y la valoración judicial de todos estos elementos.

Una sentencia inmotivada es contraria al derecho, a la presunción de inocencia, lo que debe conducir a declarar su nulidad radical y declarar, de forma automática, la inocencia del condenado. No es solución acertada, ante sentencias inmotivadas, considerarlas meras infracciones formales y remitirlas, cuando se aprecie la falta, de nuevo al órgano que las dictó para su revisión y subsanación. En primer lugar, porque, como se ha dicho, la presunción de inocencia no es una mera exigencia formal subsanable o que forme parte del derecho a la tutela judicial o la acción, sino un derecho autónomo; en segundo lugar, porque el órgano *a quo*, en un proceso oral y concentrado, carecería de elementos para pronunciar una nueva sentencia una vez transcurrido el tiempo, tal vez en ocasiones dilatado, desde que pronunció aquella. ㉞