

LA IGUALDAD DE ARMAS Y LA ASIMETRÍA ACUSACIÓN- DEFENSA EN UN PROCESO PENAL BASADO EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (Referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)

Pedro Crespo Barquero

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Proceso, verdad, presunción de inocencia e igualdad de armas. A. Proceso penal y política legislativa. B. La función del proceso: verdad y presunción de inocencia. C. La función debe configurar el órgano, y no al revés: la posición procesal de juez y partes. D. Igualdad de armas y proceso equitativo: la asimetría como canon de igualdad. a) El alcance constitucional de la igualdad de armas en el proceso penal. b) La igualdad de armas en el contexto de un proceso penal equitativo. c) Conclusión: la asimetría como canon de igualdad. Un proceso regido, como mínimo, por la igualdad de oportunidades. 2. La igualdad de armas en el anteproyecto de Ley de 2011 y en la propuesta de Código Procesal Penal de 2013. A. La intervención secuencial de acusaciones y defensas en la fase de investigación. a) El derecho a impedir o cerrar la investigación. b) La investigación complementaria de la defensa. c) El derecho a impedir la apertura del juicio si no hay fundamento para ella. d) El derecho a preservar la prueba de descargo. e) Las medidas cautelares. B. La posición del acusado en el juicio oral. C. La discriminación de motivos para acceder a la segunda instancia, y la presencia del acusado en ella. a) El acceso al recurso de apelación. b) La posición procesal de las partes en la segunda instancia. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. PROCESO, VERDAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IGUALDAD DE ARMAS

A. PROCESO PENAL Y POLÍTICA LEGISLATIVA

Como reiteradamente viene denunciando un sector mayoritario de la doctrina¹, en las últimas décadas la preocupación del Legislador español se ha centrado y su acción se ha concentrado en el llamado *populismo penal*, derecho penal simbólico o, en términos aún más descriptivos, “derecho penal de telediario”. Jugando a las paradojas, podría decirse que la mayor obra legislativa de la etapa democrática en el ámbito de la Justicia penal, la aprobación del Código Penal de 1995, no es, en realidad, más que el punto de partida de los numerosos esfuerzos realizados después para dejarlo irrecognocible.

Con independencia de la fuerza política gobernante, el titular mediático que ha glosado cada una de las decenas de reformas acometidas en aquel texto ha ensalzado, una vez tras otra, el orgulloso tránsito hacia “*el Código Penal más duro de la democracia*” con el fin de “*dar una respuesta contundente*” a diversos fenómenos criminales. En eso se ha venido a entender que consiste —por más que el tan citado como burlado Marqués de Beccaría pensase otra cosa²— “*la eficacia de la Justicia Penal*”³ sin que, eso sí, consten en general datos acerca de la efectividad de tales cambios, proyectados sobre unas tasas de criminalidad que por otra parte son —y eran en el punto de partida— de las más bajas de Europa⁴.

Ese prolífico campeonato de rigorismo y supuesta “eficacia” ha tenido inevitables consecuencias en el terreno procesal. Dejando a salvo algún verso suelto como la Ley del Jurado, la hoja de servicios del Legislador de la democracia en relación con la Justicia penal se ha limitado básicamente, durante décadas, a la porfiada búsqueda de fórmulas de celeridad y eficiencia, sin llegar a conseguir por cierto ni lo uno ni lo otro, al menos en aquellos procesos

de mayor entidad a través de los que realmente los ciudadanos valoran el papel de la Justicia en el funcionamiento del sistema democrático. En realidad, más que de una auténtica política legislativa dirigida a la realización de objetivos basados en valores (los valores de la Constitución), el tratamiento normativo de esta materia se concreta en una sucesión de ocurrencias forzadas por el vértigo ante el vacío sobrevenido que genera lo imprevisto, la presión mediática, el conflicto social inminente o la amenaza de colapso burocrático. El referente político-legislativo constante ha sido esa visión *productivista* que identifica el proceso penal (y la Justicia en general) con una fábrica de resoluciones cuyo fin es absorber la litigiosidad pendiente, regida casi en exclusiva por criterios de gestión de recursos⁵.

Sumidos en el día a día, preocupados de dar respuesta “contundente” en los titulares de la jornada al último hecho criminal *mediático* y de digerir las reivindicaciones de los diversos cuerpos de funcionarios —empezando por jueces y fiscales— que precisamente lidian con ese quehacer cotidiano, los sucesivos gobiernos, titulares de la iniciativa legislativa, ajenos en general a todo abordaje dogmático o teórico de la problemática penal, han abdicado paladinamente, igual que el propio Poder Legislativo, de la tarea de poner en pie (y en serio) una verdadera *política criminal*, y con ella un auténtico *sistema penal democrático*, entendiéndolo por tal no cualquiera que exista en un Estado que se autoproclama *de derecho*, sino el que verdaderamente asume e incorpora ciertos valores —por ejemplo, como se ha dicho, los que la Constitución española proclama— haciéndolos inherentes a su estructura y funcionamiento.

La desgana político-legislativa ha acarreado, entre otras originalidades si hablamos de un modelo etiquetado como *de derecho continental*, que muy buena parte del edificio de las garantías procesales sea de factura jurisprudencial. El *sistema* (por denominarlo de algún modo) procesal penal vigente hoy en España es, recauchutados normativos aparte, el fruto

de una compleja tarea de “reinterpretación” de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal de Alonso Martínez a la luz de unos principios y en unas coordenadas históricas, sociales y políticas impensables cuando esa norma se promulgó. Pero ni la notable obra del Tribunal Constitucional, sobre todo en sus primeros años y en algunas resoluciones de los 90, ni la evolución de la Jurisprudencia —o jurisprudencias, esa es otra veta para la reflexión— de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, han logrado, lógicamente, llenar el vacío inconcebible generado por un Legislador que en más de tres décadas ha tenido tiempo para casi todo menos para atender, con rigor y congruencia, precisamente al área más sensible de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos: el proceso penal.

Bien al contrario, las frecuentes concesiones a ese discurso políticamente correcto del *rigor punitivo* han generado un caldo de cultivo en el que el proceso penal tiende a configurarse como un simple protocolo estandarizado para la condena. La vieja “teoría ferroviaria” que nos explicaron en su día⁶, según la cual el tren del proceso (en cuyos vagones viajan los conceptos: la competencia, la legitimación, las garantías, las cargas y las facultades, las obligaciones y los derechos) circula por la vía del procedimiento, se ajusta bien a la idea de que lo importante es que el convoy llegue sin descarrilar a la estación término, que es la sentencia. Naturalmente, condenatoria, pues al mismo tiempo nos enseñaban que toda absolución es fruto de un error: un error del acusador o un error del tribunal; y por tanto, un descarrilamiento.

Así se acaba entendiendo el proceso penal como un mecanismo que el Estado de Derecho ofrece para condenar a los delinquentes de manera certera e irreprochable. De hecho, en su enunciado textual esta idea puede aparentar no estar tan lejos (tanto como está una cara de la moneda de la otra) de la vieja posición liberal que vinculaba las garantías procesales al designio de impedir que un inocente pudiera ser condenado o, un paso más allá, a juzgar que

en virtud de determinados valores —en expresión atribuida a Voltaire— incluso vale más arriesgarse a salvar a un culpable que condenar a un inocente.

Ocurre sin embargo que, en esa intuitiva y extendida concepción del proceso penal como cauce viario abocado hacia la condena, la seguridad y certidumbre que pueden aportar las garantías procesales no se identifican con los valores democráticos (despectivamente asociados, con frecuencia, al denostado *hipergarantismo*), sino con una visión mucho más “funcional”. Si partimos de la convicción de que quien se sienta en el banquillo o incluso el que adquiere la temprana condición de imputado es —a veces flagrantemente— culpable, la función del proceso consiste tan solo en confirmar esa presunción y elevarla a rango de certeza “con todas las garantías”, esto es, acreditando que se han salvado todos los “obstáculos” o “filtros” que imponen los derechos fundamentales, y evitando por consiguiente que dicho culpable “se libre” por “tecnicismos”. O sea, la actualización más o menos dulcificada de lo que Calderón expresó con su habitual rotundidad: “*Y aquí, para entre los dos/ si hallo harto paño, en efeto/ con muchísimo respeto/ os he de aborcar, juro a Dios!*”⁷.

Sin duda, esa construcción de honda raíz inquisitiva encaja bien con el discurso rigorista de la “eficiencia penal” que convence a amplios sectores sociales, y, en atención a éstos, a todos los partidos políticos que quieren ganar o no perder las elecciones (y que, las ganen o las pierdan, he aquí el problema desde la perspectiva jurídico-penal, *son* el Poder Legislativo). Y por ello ese modelo pervive, de manera más o menos sutil —en todo caso, no menos efectiva— en muchos aspectos de nuestra práctica forense.

Resulta hasta cierto punto comprensible que así sea. El envite modernizador de Alonso Martínez quedó congelado e incluso entró en *franco* (fácil juego de palabras) retroceso cuando ni el respeto a los derechos humanos era una prioridad ni la Justicia un servicio públi-

co —ni mucho menos un poder del Estado— concebido para mejorar la calidad democrática de la convivencia en nuestra sociedad, sencillamente porque no se trataba de una sociedad democrática. El modelo de proceso penal vigente en España el día que se aprobó la Constitución de 1978 era, en numerosos y sustanciales aspectos, mucho más incompatible con sus valores que el texto original de la LECrim de 1882. La temprana y sorprendente abdicación del Legislador democrático de su responsabilidad de dirigir el cambio procesal hacia un auténtico sistema de garantías ha ido dejando por tanto un vacío muy difícil de colmar con congruencia y solidez. El salto constitucional se operó, como se ha dicho, mediante la paulatina definición y delimitación jurisprudencial de esos valores por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y sobre la base de su asunción reivindicativa por los ciudadanos. Asunción que, entre otros factores, está en el origen de la onda expansiva de ese crecimiento de la litigiosidad cuyo impacto no ha conseguido absorber en treinta años la generalmente mal administrada y aún peor “modernizada” Administración de Justicia. El proceso penal ha sido, en definitiva, redefinido y reinventado de manera lenta y fragmentaria desde la propia Justicia, en pugna las más de las veces con una considerable falta de medios y, sobre todo, con el desconcierto y la dispersión que esa endémica orfandad normativa puede producir en un sistema ajeno por completo a la tradición del *precedente judicial* como fuente del Derecho.

No es de extrañar, pues, que la búsqueda de la “eficacia” del proceso más que la preocupación por su razón de ser en un Estado democrático, y cierta prevención ante las posibles repercusiones estructurales de mayores cambios, hayan sido la tónica general de esa lenta evolución jurisprudencial. Si se piensa que la resolución del Tribunal Supremo en que se pergeñaron las garantías para la interceptación de las comunicaciones telefónicas se dictó catorce años después de entrar en vigor la Constitución⁸, y que el Tribunal Constitucional ha tardado treinta y tres años en proclamar que

no se puede colocar un micrófono para grabar lo que dice un detenido en el calabozo porque, sencillamente, se trata de una restricción de derechos fundamentales que no está prevista en la ley⁹, puede experimentarse cierto vértigo; pero el problema verdadero es que no parece inquietar a nadie con capacidad para remediarlo el hecho de que los ciudadanos no tengan modo de saber —salvo estudiando jurisprudencia— cómo, cuándo y por qué el *sistema* permite que sus conversaciones más íntimas puedan ser escuchadas por terceros, y la información que así se obtenga pueda ser utilizada contra ellos ante un Tribunal.

B. LA FUNCIÓN DEL PROCESO: VERDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tal vez lo más preocupante, en el contexto que se acaba de describir, sea que el poso inquisitivo adherido a esa visión *tradicional* también pervive, con efectos de gran trascendencia, en amplios sectores (no necesariamente etiquetables como “conservadores”) de nuestra dogmática, muy anclada aún en la acrítica identificación de la función del proceso penal con la “búsqueda de la verdad material”. De manera casi siempre inadvertida, ese reflejo atávico ha obstruido permanentemente la evolución de nuestro sistema hacia un modelo más moderno. Y —peor aún— puede seguir constituyendo un obstáculo el día en que la palmaria insostenibilidad de dicho sistema termine abocando, por la vía del colapso institucional o de la presión externa basada en las necesidades de la cooperación judicial internacional, al cambio que no ha conseguido la lógica democrática: la superación del proceso penal decimonónico.

Seguimos así aceptando impertérritos, incluso como premisa de todo cambio, que la misión ideal del proceso penal, su razón de ser, es hallar “la verdad” (con el apellido de “material”, además, para distinguirla de la verdad “formal” que se dice que reina en los otros órdenes jurisdiccionales), o sea, comprobar si lo

que se sospecha ocurrió en realidad, y ocurrió tal y como se sospecha que ocurrió. Se trata — como hemos visto— de corroborar la sospecha inicial y transformarla, a través del itinerario procesal, en sentencia condenatoria. Un escenario en el que los derechos fundamentales no tienen, desde luego, un valor *esencial* o *constitutivo* del modelo procesal, sino que se perciben, en el sentido apuntado, como las balizas que señalan sus límites o incluso como una especie de mera herramienta/test de validación de la “corrección procedimental”.

Ese modo de razonar en torno a la “verdad material” subyace —por mencionar un caso a título simplemente ilustrativo de lo que en realidad constituye una visión doctrinal ampliamente aceptada o no cuestionada— en la contribución del profesor Gómez Colomer al libro-homenaje al catedrático y magistrado emérito del Tribunal Constitucional Tomás S. Vives¹⁰, donde aquél enumera las cuestiones que a su juicio deberán plantearse en la configuración de un nuevo proceso penal en nuestro país. Se pregunta el autor “¿qué queremos volitivamente con el proceso penal?, y se responde que esta cuestión *‘es la que más me preocupa en estos momentos, porque nos vamos a fijar en un sistema [se refiere al modelo adversarial anglosajón], y de hecho lo vamos a incorporar casi seguro en sus esencias más conocidas, en el que el fin principal del proceso no es hallar la verdad, sino obtener una declaración de culpabilidad. Claro es que ingleses y norteamericanos quieren que se condene al verdadero culpable, obviamente, pero lo importante para ellos no es si al final se produce esta coincidencia jurídica, sino que o bien el Jurado emita un veredicto de culpabilidad o bien que el propio acusado se declare culpable, por tanto que exista tal declaración. En mi opinión, esto no es admisible tampoco culturalmente en España. Ciertamente hallar la verdad no es el único fin del proceso penal, pues tutelar los derechos fundamentales del acusado y los derechos de la víctima son fines igualmente valiosos, pero sí es el fin principal, y a ello no podemos renunciar. En otro caso, el propio proceso penal estaría de más’*.”

Como puede verse, adicionalmente apoyado en una —desde luego innegable— *excepción de orden público “cultural”*, ese discurso se sustenta sobre el sobreentendido *irrenunciable* de que la *búsqueda de la verdad* es el fin no ya principal, sino *esencial* (esto es, imprescindible y definidor) del proceso penal. Un proceso en el que, aun desde la declarada posición garantista sin duda reconocible en la obra de quien así lo describe, los derechos fundamentales desempeñan un papel *valioso*, pero inevitablemente complementario o instrumental de ese *fin esencial*. Y esto se confronta con la cultura anglosajona en la que el objeto y el fin del proceso se contraen en exclusiva —como por otra parte se desprende del propio término *adversarial* que utiliza Gómez Colomer— al debate sobre la acusación, en los términos en los que esta se concrete, en orden a buscar una solución (lógicamente la acusación pretende la condena) que cierre el conflicto. Por eso cree este autor que importar un modelo semejante sería *“consagrar el no-proceso, que el proceso no tenga lugar, como meta ideal del proceso”*.

Sin embargo, incluso dejando aparte por ahora los aspectos *culturales* de nuestro sistema —forjados, no se olvide, en el fuego de una dilatada tradición inquisitiva—, ese sobreentendido no es tan incuestionable como podría deducirse del razonamiento que se acaba de transcribir (por más que sea preciso reconocer, hay que insistir, que la posición de su autor está ampliamente extendida en la doctrina procesalista española y de otros países herederos de esa misma tradición¹¹).

En efecto, para descubrir una opinión bien distinta basta con acudir al propio homenajeado (Vives), que en la versión larga de sus *Fundamentos del Sistema Penal*¹² ofrece una visión alternativa acerca de la razón de ser del proceso penal, basada precisamente en la preeminencia de su función de garantía de los derechos fundamentales¹³; en particular, de la presunción de inocencia como *expresión abreviada del conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado*. Bajo los epígrafes “*El proceso penal de la presunción de inocen-*

cia” y “Proceso y verdad: “más allá de toda duda razonable” “el autor, partiendo de una cita de Foucault, pone en tela de juicio “la opinión común de que la búsqueda de la verdad histórica, principio inspirador de la vieja inquisitio, pueda explicarse en términos de racionalidad”.

Sería imposible —por extensión— y absurdo —porque lo recomendable es acudir a la fuente original— intentar reproducir aquí el detalle de ese discurso. Pero en lo fundamental cabe subrayar dos ideas:

La primera es que la noción de verdad material o histórica —sobre la que, recuerda Vives, descansa la *inquisitio*— presupone una concepción descriptiva según la cual “la verdad es algo que puede establecerse por un sujeto aislado con solo comparar el enunciado y la cosa, los hechos ocurridos y la descripción que se hace de ellos, que no ha de ser sino una imagen especular de los mismos. Pero ese modo de concebir la verdad —advierte—, respecto al que el contradictorio aparece como una mera exigencia externa, es tributario de una determinada estructura de poder, en la que éste —el poder— y aquella —la verdad— se concentran en manos del aparato estatal”. Esta última afirmación se sustenta, como se ha señalado, en una reflexión de Foucault¹⁴, que afirma: “yo no creo que el procedimiento de indagación sea simplemente el resultado de una especie de progreso de la racionalidad. No fue racionalizando los procedimientos judiciales que se llegó a él; fue toda una transformación política, una nueva estructura política, la que hizo no solo posible sino además necesaria la utilización de este procedimiento en el dominio judicial. La indagación en la Europa medieval es sobre todo un proceso de gobierno, una técnica de administración, una modalidad de gestión; en otras palabras, es una determinada manera de ejercer el poder”. De este modo —prosigue Vives Antón— “con el tránsito de la *inquisitio* al proceso acusatorio no se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder —esto sería una quimera, ya que la verdad es, ella misma, poder— sino de quitársela de las manos al aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la *inquisitio*, y ponerla en las del pueblo, como

el sistema democrático exige”. De manera que “este cambio se produce ya, en buena medida, por la introducción de un sistema de garantías mediante el cual el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal y por la configuración de una estructura constitucional que pretende mantener a los jueces alejados de ese aparato, independientes de él, pudiendo, pues, decidir imparcialmente entre las pretensiones de verdad y validez del Estado y las del imputado”.

La segunda idea —por no decir constatación empírica— que conviene retener es que esa tradicional concepción descriptiva o especular de la verdad “no tiene en cuenta que, cuando finaliza el proceso, los hechos han desaparecido y el espejo ya no refleja nada. Quedan sólo narraciones diversas entre las que el Tribunal ha de optar valorando imparcialmente los diversos discursos justificativos. De este modo, ‘verdadero’ pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió (que ya no nos es accesible), sino lo mejor justificado”. A partir de ahí, mediante un “retorno a Kant”, la verdad “puede definirse, en principio, como ‘asertabilidad’ garantizada o como creencia justificada racionalmente y, por lo tanto, capaz de producir un consenso racional. El consenso racional pasa, así, a constituir no sólo el método de búsqueda de la verdad y el criterio de verdad, sino el núcleo del concepto de verdad, que descansa sobre la idea de justificación racional”. Y “delimitada así, inicialmente, la verdad como justificación racional, parece cohonestarse con la idea de prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Esa es, en un proceso acusatorio, la carga que se impone al poder del Estado para que la imposición del castigo sea legítima. De lo dicho se infiere que la verdad opera como un límite del poder del Estado en la medida en que ha de soportar la carga de la prueba de la culpabilidad, y que, por tanto, no hay contraposición entre verdad y presunción de inocencia más que si se adoptan determinadas concepciones de la verdad, y más exactamente, si se adoptan las concepciones de la verdad presupuestas por el proceso *inquisitivo*”.

Obsérvese que en la confluencia de esas dos ideas se encuentra, precisamente, el contrapunto de la reivindicación “cultural” de nuestra tradición jurídica. Si Vives lleva razón, es urgente sustituir esa concepción tradicional por una *cultura constitucional* del proceso penal. Lo que se pone de manifiesto en los párrafos que se acaban de transcribir es que, en definitiva, la “verdad” material de la que habla Gómez Colomer no presenta, en el terreno de la realidad, de lo tangible, una naturaleza sustancialmente distinta del resultado *consensual* que él mismo combate como forma de *no-proceso*.

Se trata, al fin y al cabo, de una gran falacia. En uno y otro caso la conclusión fáctica no es, en modo alguno, *lo que ocurrió*, sino un *relato* de lo que ocurrió, reconstruido en términos que se pretenden racionalmente justificables, y, en esa medida, consensualmente aceptados. La diferencia reside, más que en el *qué*, en el *cómo*: en el procedimiento por el que se llega a ese consenso acerca de lo que racionalmente cabe entender que podríamos ver en el espejo si hubiéramos llegado a tiempo de ponerlo enfrente de la —valga la expresión— *verdadera realidad*.

El modelo inquisitivo reserva al Estado —al juez, *ayudado* por el fiscal— la condición exclusiva y excluyente de depositario y oráculo de “toda la verdad”, confiando a su autoridad la facultad de fijar unilateralmente una hipótesis que se acepta como la imagen especular de lo sucedido. El otro modelo persigue el objetivo más modesto, menos ambicioso —¿quizá más realista?— de determinar simplemente si una persona es responsable (el contenido de este concepto lo perfila la ley) de la conducta por la que se la acusa. El acusado no se enfrenta a “la verdad”; se enfrenta a una concreta acusación.

No es casual que desde lo que podrían considerarse las antípodas en el punto de partida de aproximación al problema, esto es, desde la visión pragmática y experimentada de un fiscal español que ha actuado como fiscal ante un tribunal internacional (*naturalmente* regido por los estándares del régimen adversarial anglosajón) el punto de llegada sea casi mili-

métricamente el mismo que se alcanza a través del hilo argumental de Vives y Foucault. Salvador Viada¹⁵ nos explica que *“en mi opinión resulta evidente la confrontación entre el deber del Juez de averiguar la verdad y los intereses de las diversas partes procesales y singularmente con la investigada, lo cual es especialmente patente cuando la verdad perjudique a alguna de ellas. Para algunas partes procesales, lo importante será “ganar” el caso, o por lo menos salir del proceso con el menor perjuicio posible. Ello debería hacer reflexionar sobre la idoneidad del Juez de Instrucción como garante de los derechos de las mismas. Pensemos que en la instrucción de los delitos hay un conflicto entre quienes buscan la verdad y a quienes la verdad les perjudica. En ese conflicto, el Juez se considera a sí mismo actuando imparcialmente. Pero lo hace exactamente igual que lo hacen los fiscales en el día a día de su actuación. Imparciales, sí. Pero partes al fin. ¿Qué clase de verdad se busca en el proceso penal? Parece claro que la búsqueda de una verdad absoluta, una verdad histórica y única de lo ocurrido realmente, no puede ser una aspiración realista. (...) Lo que existirá será una declaración de convicción judicial de que ese hecho se ha producido, o una declaración que manifieste dudas sobre el particular. Pero si se analiza bien, lo que el Tribunal hace no es declarar algo como ocurrido o no, sino en el contexto, en el marco de una acusación. Esto es fundamental. La proposición de la acusación es lo que es analizado por el Tribunal. No cualquier verdad material es objeto del proceso penal, sino sólo la delimitada por los escritos de acusación. Esa verdad relativa, situada en el tiempo, referida a una persona acusada, y determinada por una afirmación que hace el Fiscal (u otra acusación) es lo que el Tribunal va a considerar como verdadero o falso; (...) A mi modo de ver, la aspiración del art. 299 de nuestra Ley procesal de que el Juez haga constar “todas” las circunstancias que puedan influir en la calificación de la conducta, supone un error gravísimo de método y mucho menos que una garantía para la defensa. Es una proposición que parte de que es posible encontrar una verdad absoluta histórica de lo ocurrido, cuando la realidad es que lo único que hace falta*

acreditar es lo que la acusación sostendrá en sus escritos de conclusiones provisionales. Ese mandato del art. 299 LECr. abre una peligrosa puerta hacia la inquisitio generalis (contraria, entiendo, a una interpretación racional del art. 24.2 de la Constitución española), y es todavía más peligrosa porque crea hábitos en los jueces de instrucción tendentes a considerar que su misión es la averiguación de todo lo ocurrido, aunque la acusación pueda considerar que el Juez invade terrenos de prueba difícil o improbable o no delictivos respecto de los cuales la acusación entienda que el acusado no tenga responsabilidad alguna (...).”

Como puede comprobarse, el cauce filosófico-teórico y el curso empírico conducen a la misma desembocadura. De hecho, estas ideas estaban ya presentes en el pensamiento del mismísimo Alonso Martínez, cuando en la exposición de motivos de la LECrim decía que del viejo sumario inquisitivo “*resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado. Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana*”.

En suma, y en contra de lo que parece afirmar Gómez Colomer en el pasaje transcrito al comienzo, dando testimonio de su prevención frente el mito de la “eficacia” adversarial que a toda costa busca una condena, hay sólidas razones para sospechar que la contraposición de modelos basada en el concepto de “búsqueda de la verdad” no se sostiene en pie ni en el plano de la fundamentación histórico-filosófica ni en el de la constatación empírica. Ni tampoco en el terreno de los objetivos y los fines del proceso: de hecho, como igualmente se apuntó, la meta del proceso vigente en España es también condenar *salvando correctamente todos*

los obstáculos, y el concepto de “verdad” que empleamos no es otra cosa que un mecanismo de justificación consensual o convencional y pretendidamente racional de la condena. Incluso parece obvio que de ese modo la condena es el “fin” —es decir, la finalidad— del proceso inquisitivo con mucha más intensidad que en el modelo adversarial anglosajón, porque en el primero se buscan *todas las razones* que pueda haber para condenar (y, teóricamente, para absolver), mientras que en el segundo se trata exclusivamente de comprobar que la acusación, tal y como se formula y se sostiene por el acusador, que es quien ha de aportar las pruebas, se sustenta más allá de toda duda razonable: si no es así, la regla general inexorable es la absolución. No hay más “verdad” que indagar; la única verdad es que si no se alcanza esa convicción indubitada, el acusado no puede ser condenado. La búsqueda de “la verdad”, como categoría filosófica o epistemológica, no corresponde al ámbito del Derecho, y menos al Derecho penal, en el que esa actividad indagatoria interfiere frecuentemente con los derechos fundamentales de los ciudadanos. El proceso prospectivo, la *inquisitio generalis* (que se ajusta mejor que ningún otro procedimiento a la esforzada “búsqueda de la verdad”, como advierte Viada). sí que puede tacharse de auténtico *no proceso*.

De ahí que, seguramente, lo importante para la evolución del modelo procesal no sea esa intangible y ficticia noción de la “verdad”, que intentamos reconstruir escudriñando el fondo de un espejo que ya no refleja nada más que la visión y la intención de quien lo mira. Ni tampoco la artificiosa necesidad de evitar que la condena aparezca como el objetivo al que funcionalmente se orienta el proceso: claro que todo proceso tiene como meta final —e incluso como única meta legítima *a priori*— la condena; si se formula una acusación es (y de hecho, *solo debe ser*) para tratar de obtener la condena. Si no hay expectativa fundada de condena no debe haber acusación, y si no hay expectativa fundada de acusación no debe haber proceso. Esas son exigencias inmanentes de

un sistema de garantías basado en la presunción de inocencia.

Pero la función de un proceso penal verdaderamente propio del Estado democrático no puede ser justificar o validar la condena “salvando los obstáculos” que derivan de las garantías del acusado, sino asegurar que esa condena solo podrá producirse si la acusación queda probada con pleno respeto de esas garantías, más allá de toda duda razonable. Esa *actitud inversa*, que —como se advirtió— en una aproximación superficial puede parecer una forma diferente de describir lo mismo, revela sin embargo la esencia del proceso penal democrático: se trata de que el acusado, presumido inocente, se pueda defender con eficacia de aquello de lo que le acusan, y *solo* se tenga que defender de eso; entendiendo por “defensa eficaz” la que cuenta con las armas idóneas para poder como mínimo —y en realidad, como máximo, pues no necesita más para evitar la condena— establecer una duda razonable acerca de su culpabilidad ante un juez imparcial.

En el modelo que, parafraseando a Alonso Martínez, *restablece la igualdad*, no se trata de que, de acuerdo con su personal y unilateral convicción¹⁶, el juez —el Estado— “oídas las partes”, fije su propia “verdad procesal”, sino de resolver un concreto conflicto conforme a unas rigurosas reglas de juego que concretan: a) qué es lo que hay de probar —la acusación—; b) quién lo tiene que probar —el acusador—; c) cómo lo puede probar —con pruebas obtenidas y practicadas con arreglo a la ley—; d) quién decide que las pruebas cumplen esos requisitos y excluye las que no los cumplen —el juez—; etc¹⁷. Todo ello en torno a dos premisas: 1) el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario, más allá de toda duda razonable y exactamente de la manera que prescribe la ley; y 2) en consecuencia, todo el proceso ha de organizarse *funcionalmente* a partir de la premisa anterior.

Esa es la vía por la que la presunción de inocencia se configura —o debería configu-

rarse— como columna vertebral de nuestro modelo penal constitucional. Pasa de funcionar como simple “regla de juicio” a erigirse en *garantía básica* del sistema, en el sentido ya apuntado, es decir, como “*el núcleo fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se establecen garantías para el imputado*”¹⁸.

Sabemos que dicha regla de juicio, en palabras del Tribunal Constitucional, se concreta en “el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”¹⁹. Más allá, lo que por tanto queda por determinar, aceptada su función definidora de la esencia y la estructura del proceso, es, precisamente, cómo se proyectan la presunción de inocencia y las garantías que de ella dimanar sobre cada una de las distintas fases del procedimiento, y en qué medida condicionan —esta es la específica cuestión en la que vamos a fijar nuestra atención— la posición y el haz de derechos-deberes y posibilidades-cargas de quienes intervienen, como juez o como partes, en el mismo.

Más concisamente, se trata de averiguar cómo y hasta dónde el reconocimiento del principio de presunción de inocencia como regla estructural del proceso penal —sustituyendo al mito de la “búsqueda de la verdad”— exige reconsiderar el papel de los distintos sujetos procesales y la relación entre ellos. El resultado de esa operación permitirá caracterizar lo que hemos denominado *un proceso penal basado en la presunción de inocencia*.

C. LA FUNCIÓN DEBE CONFIGURAR EL ÓRGANO, Y NO AL REVÉS: LA POSICIÓN PROCESAL DE JUEZ Y PARTES

La respuesta a la cuestión que se acaba de plantear impone una consideración previa

más, mirando nuevamente hacia la realidad de nuestro sistema.

Más arriba se ha puesto de relieve cómo el modelo de proceso penal vigente hoy en la práctica en España obedece a la combinación de un oportunista y fragmentario *parcheado* legal y una compleja tarea de reconstrucción y reinterpretación jurisprudencial del derecho positivo, revisado a través del prisma de los valores constitucionales y (por imperativo del art. 10.2 de la Constitución) de los compromisos internacionales de nuestro país en materia de derechos y garantías, con especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, ese desenvolvimiento difuso, proteico, impulsivo y autogestionario ha tenido su precio. La ausencia de reglas legales concretas, de una verdadera *lex certa* capaz de traducir con precisión y certidumbre esos valores en normas rectoras de la actuación del poder público encargado de administrar justicia penal, no solo ha impedido una visión de conjunto acerca de la verdadera finalidad del sistema en los términos expuestos en el apartado anterior. En la línea apuntada por Viada cuando se refiere a los *hábitos* generados en el juez de instrucción, la desidia legislativa también ha tenido sus consecuencias en la vertiente orgánica, funcional e institucional a la hora de perfilar el rostro y el desempeño de los demás sujetos implicados en esa tarea.

Una de las manifestaciones patológicas de ese desarrollo defectuoso y defectivo es la confusión en torno a los conceptos de independencia e imparcialidad, causa y consecuencia a la vez de un esquema de relación de fuerzas y distribución de funciones dentro del proceso que resulta difícilmente compatible con el imperio (eficaz) de la presunción de inocencia. A falta de un modelo procesal capaz de asegurar por su propia mecánica, superando el paradigma inquisitivo, el equilibrio de fuerzas entre las partes, y por tanto la *posición funcional* necesariamente imparcial —y por ende “distante”— del Juez, ha ido tomando cuerpo una visión mesiánica de la imparcialidad, de manera que el juez “es” imparcial “porque

es” independiente²⁰. La independencia judicial pasa así, paradójicamente, de constituir una exigencia del sistema a convertirse en su fuente de legitimación: el juez “es” independiente, y *traslada* su independencia al proceso a través de sus decisiones. “Es” independiente aunque por su función no lo parezca ni de lejos: es director de la investigación, el jefe de la policía, y al mismo tiempo es garante de la legalidad de sus propios actos y de los derechos del investigado. Aquello que el proceso concebido para “buscar la verdad” con la “colaboración” de las partes no podía asegurar ni estética ni funcionalmente (la apariencia de imparcialidad del árbitro entre acusación y acusado, exigida como mínimo por la presunción de inocencia), se pretende que lo asegure “orgánicamente” la independencia “personal” del que desempeña la función. La garantía para el acusado no reside en la estructura y el funcionamiento del proceso mismo, sino que —lejos de todo mecanismo objetivo racional de legitimación— se reduce a un acto de fe; la fe en la imparcialidad *personal* del titular de un órgano judicial. Una imparcialidad exclusivamente avalada, además, por su independencia. Esa es la única fuente reconocible de la pretendida equidad (en el sentido en que utiliza el término el art. 6 CEDH, interpretado por el TEDH) del proceso. La presunción de inocencia se preserva “porque” el juez, amparado por su independencia, incluida su independencia respecto *de las propias partes*, buscará solo la “verdad material”, y en su búsqueda, gracias a esa misma independencia, tutelaré los derechos del imputado/acusado tal y como la ley los describe.

La forma en que la propia ley refleja este modo de ver las cosas es sintomática: en lugar de contemplar la función judicial como una prestación debida para la resolución de un conflicto, lo que debería llevar a situar la función judicial al servicio de quienes son titulares de los derechos sustantivos y procesales y de los intereses legítimos que se ejercen o reivindican ante los tribunales, la Ley Orgánica del Poder Judicial define en su Libro VII a aboga-

dos, procuradores y fiscales como instituciones y personas que *cooperan* con la Administración de Justicia. Curiosa y reveladora descripción de un sistema que convierte a los protagonistas del conflicto en *cooperadores del árbitro*.

Así es como, paradójicamente, es el órgano el que moldea y configura la función. La proclamación de independencia de los jueces (art. 117 C.E.) pasó a ser entendida (*necesitaba* ser entendida), contra todo pronóstico en un país democrático, no como una *exigencia* para el ejercicio de su misión de tutela de los derechos, sino como la *descripción* objetiva e incuestionable de una propiedad ínsita en la naturaleza misma de su magistratura personal. O sea, que en vez de entender que el art. 117 C.E. —*la Justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) independientes*— imponía la necesidad de asegurar mediante una ley procesal la imparcialidad de su posición y su función en un proceso regido por la regla nuclear de la presunción de inocencia (de modo que no pudiera conducir, por ejemplo, a lo contrario, la independencia al servicio de la arbitrariedad), parece que ha resultado menos trabajoso —sin duda el coste político ha sido menor— operar a la inversa, confiando el equilibrio garantista del proceso penal a una especie de *tótem*, de carisma inherente al cargo o incluso a la persona que lo desempeña, cuya *autoritas* “asegura” la imparcialidad de la función sin más límite —insuficiente, según ha venido a poner de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹— que el que marcan las causas legales de abstención y recusación.

Se consolida así una concepción irracional e incongruente, tal vez, pero imprescindible para mantener en pie un modelo en el que, como se ha dicho, las apariencias —reflejo, en opinión de muchos, de contundentes realidades— no podían ser eludidas de otro modo: sólo el mito de la “independencia” entendida como carismática virtud personal y confundida (además) con la imparcialidad podía servir como antídoto de la demoledora imagen esquizofrénica del *juez de sí mismo*: del sujeto que es a la vez policía y vigilante de la legalidad

constitucional de los actos de investigación; alguacil y *alguacilado*.

Mientras tanto, un Ministerio Fiscal institucionalmente muy débil ve cómo buena parte de sus miembros se sienten condenados a buscar, linterna en mano, como Diógenes, por los rincones de su desdibujada función procesal la imagen especular del juez, esto es, la forma de alcanzar un estatus análogo de “independencia”, por entender que esa es la única vía posible para poder hacer en España aquello que, sin embargo, los fiscales hacen con naturalidad en casi todas las democracias desarrolladas —y menos desarrolladas— del mundo. Búsqueda vana, claro está, porque siempre se ve mejor el original que la fotocopia y porque esa concepción choca además frontalmente con la arquitectura del artículo 124 de la Constitución, que, no exento además de alguna inconsistencia conceptual que no cabe analizar aquí (¿qué es una *parte imparcial*?), sitúa el vértice de la pirámide colectiva, uniforme y jerárquica de la Fiscalía en la mismísima dimensión “política” democrática del Fiscal General del Estado²² (por más que la norma constitucional curiosamente no diga, aunque lo sobreentienda, que el Fiscal General sea el jefe del Ministerio Público).

Así es como la defensa puede verse reducida al papel de David contra el Goliat bicéfalo que representan el juez investigador-garante-de-su-propia-investigación y el fiscal acusador avalado, apoyado o liderado por ese juez. Desigual combate al que con frecuencia se suman una, o dos, o más acusaciones populares o particulares cuyas facultades en el proceso son abiertas, indeterminadas e ilimitadas, ni siquiera congruentes con la fuente de su legitimación.

Y peor es constatar que este esquema, por otra parte, deviene extremadamente perverso cuando sus términos se invierten, y el fuerte es el que se sienta, desafiante, en el banquillo (lo que resulta cada vez más frecuente en el ámbito de la delincuencia *compleja*). Cuando el presunto “David” no es tal, sino que la figura del *perseguido por la justicia* se concreta en po-

derosísimos sujetos aferrados a —y sostenidos por— poderosísimos intereses, la endeblez y la incoherencia del sistema suele acabar mostrando sus vergüenzas, de manera que la desigualdad *estructural* de armas termina convirtiéndose en un auténtico talón de Aquiles para una justa acusación. Quien dispone de tiempo y medios suficientes para sacar a la luz y llevar a sus últimas consecuencias la evidencia de ese desequilibrio suele alcanzar su objetivo: a veces surge la sensación de que las conquistas procesales, los grandes avances garantistas, y hasta los casos *patológicos* en que el investigado consigue sentar en el banquillo al juez instructor antes de ocuparlo él mismo, tienen lugar “casualmente” en aquellos supuestos en que los acusados son ricos y poderosos. Sin duda hay coincidencia, pero no es casualidad.

No es de extrañar, en fin, que de esa gran confusión conceptual generada hasta ahora por la pasividad del Legislador, ajeno a su deber de desarrollar un nuevo sistema procesal de verdadera genética constitucional, surjan, por ejemplo, hipótesis como la de que solamente el juez (o un fiscal que sea igual que el juez, o sea, un juez de instrucción que se llame fiscal, al estilo italiano) puede asegurar la imparcialidad de la investigación penal²³ y del proceso en su conjunto. La pregunta es: ¿y no podría hacerlo la propia ley? E incluso ¿no sería mejor, más seguro desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, más coherente con nuestro modelo constitucional, que lo hiciera la propia ley, en lugar de confiar/abandonar esa garantía troncal del proceso a la fe en la virtud profesional o personal de quien ha de actuar —en atinada expresión del citado Vives— a la vez *como espada y escudo*? ¿No sería más fácil y más creíble que el juez tuviera por misión controlar la legalidad de la actuación *de otro*? ¿No sería menos apremiante la duda sobre la “parcialidad” del fiscal si el juez no estuviera funcionalmente alineado con él en la tarea de acumular pruebas, sino en una posición crítica y vigilante (la que corresponde a la regla de presunción de inocencia) respecto de la legalidad, la licitud y la viabilidad de la acusación?

Y sobre todo, ¿no es esa construcción legal —con el modelo concreto que se quiera, pero preestablecida con claridad y publicidad por el Legislador— algo exigible a un sistema que se reclama de “derecho continental” y proclama el principio de legalidad como garantía de desarrollo y configuración de los derechos fundamentales (arts. 9 y 53 C.E.)? ¿O es que acaso frente a esa proclamación dogmática se nos impone una decisión consciente del propio Legislador de desplazar en bloque al Poder Judicial —es decir, a los individuos que los ejercen— su responsabilidad sobre la preservación del principio de presunción de inocencia y la consiguiente *equidad* del sistema procesal? ¿Es tal vez la presunción de inocencia un principio cuyas consecuencias prácticas —legales, institucionales, sociológicas— incluyen un coste político que el Legislador español no parece estar muy seguro de querer asumir, habiendo encontrado la posibilidad de desplazar la carga a los jueces?

Con independencia de la enjundia de esta última pregunta, que quizá lleve implícita la explicación de un buen número de *peculiaridades* del sistema procesal español, lo que desde luego no parece aceptable desde una perspectiva democrática es que, como ocurre en el modelo vigente, el órgano legitime y configure la función, y no al revés; es decir, que se instituya y se caracterice al Poder Judicial como “independiente” para confiar acto seguido a esos jueces *carismáticamente independientes* la misión de fabricar, con los materiales del viejo edificio decimonónico, los resultados esperables de un proceso penal objetivamente garantista. Parece que lo adecuado sería operar al contrario: que el Legislador, en obligado desarrollo de la Constitución y en aplicación de los valores que ésta proclama, defina en la ley las reglas del juego, las normas de ese *proceso equitativo* en el que la propia dinámica de las garantías exigirá sin duda que cada uno de los sujetos (la acusación, la defensa, el juez) asuman el papel que les corresponde para que esas reglas funcionen. Y, desde luego, para que funcionen no puede haber un sujeto procesal que acumule las tareas

de armar fáctica y jurídicamente la acusación y controlar la legalidad de lo que él mismo hace al desempeñar esa labor.

Es, por tanto, la definición legal previa de cada una de las tareas distintas y separadas que son necesarias para configurar el equilibrio que sirve de eje al proceso *equitativo*, la que deberá determinar cuál es el órgano más idóneo para desempeñar cada una de ellas, y cómo (con qué facultades y también con qué controles), consecuentemente, debe ser diseñado ese órgano. El poder —por mucho “Poder” que sea y así se llame— no es en democracia fuente de legitimación y definición de su propia función, sino que sirve a la función que la ley le atribuye, y ha de organizarse y actuar conforme a las necesidades y dentro de los límites de su tarea. La independencia del juez —en torno a la cual no se habían planteado en general, en nuestro país, excesivos problemas— o la imparcialidad del fiscal —que ha corrido peor suerte mediática y política— no sirven, sin más, para convertir un sistema concebido para la idílica e inquisitiva “búsqueda de la verdad” en el proceso penal de una democracia moderna, es decir, en el proceso penal de la presunción de inocencia.

En esa línea parece situarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 12/2011, de 28 de febrero, cuando afirma que es la *“estricta sujeción [del Juez] a la ley, en este caso, a la Ley procesal”* lo que *“garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3). En este sentido, esa estricta sujeción impuesta al Juez a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso”*. Naturalmente, la única —y no menor— objeción que se puede hacer a esa afirmación del Alto Tribunal se refiere al uso del presente de indicativo. El diagnóstico sobre la garantía de la neutralidad del juez y la igualdad de las partes en la ley procesal española exigiría otro modo verbal: el condicional. *Debería* ser así. Pero es obvio que, en abstracto, esa formulación responde exacta-

mente a la idea que hasta aquí se ha tratado de desarrollar.

En conclusión, la alternativa juez de instrucción/juez de garantías (o fiscal comparsa del juez de instrucción/fiscal responsable de preparar y formular una acusación solvente) no es, en contra de lo que algunos parecen opinar, una cuestión de “modelo”, o de “tradicición”, o de “confianza en la independencia” del Poder Judicial, que permita al Legislador inclinarse por una u otra opción o mantener la primera, como se ha hecho hasta hoy, con algunos retoques que formalmente vayan salvando el choque frontal con la Constitución. No es una decisión de oportunidad política, y desde luego no lo es en nombre de la “eficacia”, de la “celeridad” o de reclamos político-mediáticos similares, aunque por supuesto no sea incompatible —sino más bien todo lo contrario— con esas mejoras operativas. La decisión de armar un proceso basado en la presunción de inocencia es, mucho más en el fondo, algo inherente a la esencia del propio sistema democrático, a la concepción del reparto y la división del poder que, por razones que no debería hacer falta explicar, en un Estado de derecho no puede seguir configurado como lo estaba en la Edad Media o podría estarlo en un régimen totalitario.

De ahí que tampoco se trate —como algunos se empeñan en temer— de trasladar al fiscal a la posición que hoy tiene el juez; sino de que desaparezca de una vez una acumulación de poderes que no es compatible con una concepción democrática del Poder con mayúscula: que la *potestad mágica* del falaz “hallazgo de la verdad material” se sustituya por la más modesta, pero racional y razonable, contraposición de tesis acusación-defensa en un marco regulado con claridad y regido por el principio constitucional de presunción de inocencia, donde el juez, *en garantía de cualquier derecho* (art. 117.4 C.E.), sea escudo, no espada: el escudo de los derechos fundamentales frente a eventuales abusos o vulneraciones, vengan de donde vengan.

D. IGUALDAD DE ARMAS Y PROCESO EQUITATIVO: LA ASIMETRÍA COMO CANON DE IGUALDAD

En los apartados anteriores se ha tratado de subrayar hasta qué punto la pervivencia del mito inquisitivo de la “verdad material”, sumada a la pasividad del Legislador, ha lastrado la modernización del proceso penal español sobre todo en su fase inicial de investigación y preparación de la acusación, bloqueando el acceso a un sistema en el que las funciones de: a) dirigir la investigación y b) asegurar la legalidad de ésta, así como las de c) formular una acusación sustentada en pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia y d) garantizar la igualdad de armas de la defensa frente a esa actividad, sean asumidas por sujetos necesariamente diferentes, entre ellos un juez que no basta con que “sea” independiente, sino que además ha de ser y parecer imparcial precisamente por la clase de tarea que la ley le asigna.

Sin embargo el cambio de modelo no alcanza solo a la fase instructora (como se verá más adelante), ni afecta solo al juez, y por consiguiente a su relación con el fiscal y a la posición de este como *promotor oficial de la acción de la Justicia*. En realidad la superación del modelo inquisitivo y su sustitución por un sistema apoyado, por mandato constitucional —de nuevo el art. 117.4 C.E.—, en la idea de que el juez es en todo momento y sustancialmente *juez de garantías*, no es más que una consecuencia lógica del verdadero objetivo primario del *proceso de la presunción de inocencia*: la garantía de un derecho de defensa eficaz, únicamente posible en (lo que habitualmente definimos como) una situación de “igualdad de armas”.

En efecto, al examinar la *inquisitio* como forma de ejercicio del poder (como *reserva* de la titularidad de la “verdad” a favor del Estado), hemos visto que la clave de la democratización del sistema penal está en la capacidad de respuesta del acusado, es decir, en la configuración del proceso como un diálogo institucionalizado a través del cual (regresando a las pa-

labras de Vives) “*el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal*”: un diálogo entre acusación y defensa, moderado y arbitrado —pero no dirigido ni orientado— por el juez, quien escuchando atentamente a las partes ha de decidir sobre las pretensiones de ambas, y, en principio, *solo* sobre las pretensiones de ambas.

De ahí que —y por fin llegamos con ello a nuestro objeto final de reflexión— la estructura del proceso penal basado en la presunción de inocencia se sustente, como mínimo, sobre la igualdad de oportunidades entre defensa y acusación.

Conviene advertir, no obstante, que la deliberada introducción del matiz que implica la expresión “*como mínimo*” y la no menos deliberada sustitución de la expresión “*igualdad de armas*” por “*igualdad de oportunidades*” obedece precisamente a la necesidad de configurar un proceso verdaderamente “equitativo” y plenamente conforme con el principio de presunción de inocencia.

Para comprender el alcance de esos matices pueden ser ilustrativos un par de ejemplos.

El primer supuesto en el que un entendimiento equivocado del concepto de “igualdad de armas” puede abocar a consecuencias contraproducentes es el de la prueba ilícitamente obtenida. Es sabido que en nuestro sistema se ha ido conformando, a lo largo de los años, no sin ciertos vaivenes, una elaborada doctrina constitucional en torno al tratamiento del material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales del investigado. No es propósito de este trabajo penetrar en ese vasto ámbito, que ha sido objeto de numerosos estudios, alguno de ellos espléndidamente esclarecedores²⁴, sino apuntar tan solo que una traslación en bruto de la idea de “igualdad de armas” a este terreno supondría que la prueba ilícitamente obtenida no pudiera ser utilizada como prueba de cargo... ni de la defensa. Sin embargo, esa conclusión desencadenaría un efecto netamente absurdo desde la perspectiva

de la presunción de inocencia y, en general, del derecho a un proceso con todas las garantías: entender que el acusado no puede utilizar a su favor la prueba ilícitamente obtenida equivale a negarle el derecho a defenderse acreditando su inocencia cuando efectivamente hay una evidencia palmaria de ella. Si, por ejemplo, en un registro domiciliario o mediante una intervención de las comunicaciones llevados a cabo con vulneración de derechos fundamentales se halla una información que descarta inequívocamente la participación del sospechoso en el delito, resultaría ciertamente paradójico que en nombre de sus garantías procesales se le impidiera hacer uso de esa prueba: para proteger sus derechos, se le condena.

Es obvio por tanto que cuando en el contexto del Derecho procesal penal invocamos la “igualdad de armas” nos estamos refiriendo a una posición de la defensa respecto de los poderes de la acusación, a la “capacidad de respuesta” a que antes se hizo referencia, pero no a una mimética y simétrica situación (limitaciones incluidas) para ambas partes del uso de los instrumentos procesales. De ahí la necesidad de entender la “igualdad de armas” como un “mínimo” que se ofrece a la defensa frente a dichos poderes de la acusación, lo que no implica que, recíprocamente, los límites que los derechos fundamentales del acusado imponen a las partes acusadoras operen también en su contra.

Pero en sentido inverso un segundo ejemplo permite comprender que la “igualdad de armas” tampoco se identifica en todo caso —es decir, en todos los casos posibles— con una “absoluta” capacidad de respuesta: si por “igualdad de armas” entendemos la posición y la presencia equidistante e inmediata, simétrica y mimética de acusación y defensa en todas y cada una de las fases del proceso, incluyendo la fase de investigación (sobre que esta fase preparatoria sea “proceso”, como es sabido, hay fundadas discrepancias, pero si en ella pueden vulnerarse derechos fundamentales, será en todo caso forzoso extender a ese momento, aunque sea “pre-procesal”, las garantías de ta-

les derechos²⁵), podríamos topar con una situación no menos absurda que la descrita en el ejemplo anterior: la inviabilidad de cualquier investigación penal que merezca ese nombre.

Paradigma del tratamiento erróneo —o cuando menos confuso— de esta cuestión fue la reforma del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que se llevó a cabo en el año 2003²⁶. El Legislador, según parece (puesto que pese a la trascendencia del cambio, ni siquiera se mencionaba en la exposición de motivos), trataba de vestir de mayor “garantismo” la investigación *pre-procesal* del fiscal, y para ello dio con la ocurrencia de exigir que esa actividad investigadora del Ministerio Público se llevase a cabo en condiciones de “*contradicción, proporcionalidad y defensa*” de manera que “*a tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas*”. El texto no señala en qué momento el sospechoso podrá “*tomar conocimiento*” de las diligencias, pero si la “igualdad de armas” ha de conducir a entender que tal conocimiento debe ser anterior, simultáneo o inmediatamente posterior a *cada diligencia* de investigación que se practique, entonces es obvio que la investigación será, como se ha dicho, prácticamente inviable. Imagínese el absurdo de comunicar a un sospechoso que se va a solicitar información de su patrimonio en un paraíso fiscal para tratar de localizar y recuperar el producto del delito, o que se va a proceder a judicializar el caso para solicitar la intervención de su teléfono.

Ya Alonso Martínez, al abordar en la Exposición de Motivos de la LECrim la cuestión de la igualdad de armas apuntaba, con arreglo a la lógica de su tiempo: “*Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones*

de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor”.

Sin embargo el Legislador de 2003 no pareció consciente de que la referencia a la contradicción, sin más, podía resultar muy perturbadora en un sistema en el que pesa tanto el hábito inquisitivo. De hecho, la expresión mayoritariamente (e irreflexivamente) acuñada en círculos jurídicos para describir el cambio de paradigma procesal es “dar la instrucción” al fiscal. Si por “contradicción” en la investigación dirigida por el Ministerio Público entendemos la reproducción de la estructura *dialogada* de la vigente *instrucción*, que presenta el resultado de la investigación como el fruto de una decisión judicial (y por tanto como un juicio pronóstico de un sujeto imparcial acerca de la “verdad” acontecida), es obvio que se está optando por un modelo de *judicialización* del fiscal que, como decía Lampedusa, consiste en cambiar todo para que nada cambie. E incluso para retroceder, porque se pasa de un juez que malamente puede evitar ser parte, a convertir directamente a una de las partes —el fiscal— en juez²⁷. Se revive, sorprendentemente bajo el *leit motiv* de las garantías, lo que ya el propio Alonso Martínez trataba de evitar: la anticipación del debate propio del juicio (tesis — antítesis – síntesis) a la fase de investigación y preparación de la acusación.

Así, concebir la exigencia de “contradicción” en la investigación dirigida por el fiscal de modo análogo a como funciona en la instrucción judicial (donde las decisiones del juez/investigador inciden directamente sobre el estatus del sospechoso/imputado/acusado y pueden afectar a sus derechos fundamentales sustantivos, y lo que se persigue es —como se ha dicho— obtener una primera versión de la “verdad” avalada ya por un juez independiente e imparcial), supone desandar el camino que precisamente se pretende abrir al configurar

una investigación no “inquisitiva” a cargo del Ministerio Público.

Ese nuevo error de ruta tiene, en efecto, su origen en el olvido de tres detalles fundamentales para el correcto entendimiento de un proceso basado en la presunción de inocencia: a) que nada de lo que haga el Fiscal en esa fase de investigación previa puede tener, por sí, valor de prueba “objetiva” de la “verdad”: es solo investigación, no “instrucción”, puesto que únicamente pretende verificar si la acusación es fáctica y jurídicamente viable de cara a la apertura del juicio oral; mientras que la “verdad” sobre su contenido se ha de establecer en (y no antes de) el propio juicio, que es el lugar en que deberá demostrarse la “asertabilidad” de la tesis acusadora; b) que el investigador no puede llevar a cabo por sí ningún acto que afecte a derechos fundamentales del sospechoso cuya tutela está reservada por la Constitución o por la ley al juez, de modo que no puede afectar a la presunción de inocencia, y, en concreto, si llega a lesionar un derecho fundamental del investigado no podrá utilizar el material así obtenido como prueba de cargo; y c) que la propia ley limita el tiempo de duración de la investigación precisamente para reducir el riesgo de abuso. Cabe preguntarse si se le habría ocurrido al Legislador exigir que también la investigación policial —que presenta similares características, salvo (qué paradójico) la de la limitación temporal— se haga en régimen de contradicción.

De hecho, la preservación de un eficaz derecho de defensa, inmediatamente derivado de la presunción de inocencia, pasa, entre otras exigencias, por asegurar que la acción investigadora del acusador no quede legitimada por sí y ante sí mediante una falsa e impostada “contradicción”. Razonando justo al contrario, es decir, en clave inquisitiva, ese derecho a la contradicción parecía concebirse en aquella reforma legal de 2003 como una consecuencia de la igualdad de armas, y por tanto como un avance en materia de garantías. Nótese, a estos efectos, que una aplicación del art. 5 EOMF como la que se ha sugerido (contradicción

“plena” en cada actuación del fiscal) no solo haría imposible investigar con eficacia, sino que si, pese a todo, esa investigación llegase a arrojar resultados, esos resultados vendrían inevitablemente avalados —como en la instrucción judicial vigente— por el marchamo de la “garantía de contradicción” que da carta de naturaleza a las “verdades” que, al fin y al cabo, la defensa no ha sido capaz de refutar. En suma, un viaje al punto de partida, pero sin juez. Aparte de que las consecuencias prácticas también serían contraproducentes: la única forma de evitar que una presencia prematura del principio de contradicción frustre irremediablemente la actividad investigadora sería procurar omitir la acción del fiscal reteniendo la indagación en manos de la policía hasta que el material acumulado fuera suficiente para sostener una imputación viable. De este modo se acabaría eliminando el control jurídico que puede aportar la presencia del Ministerio Público en esa primera fase de investigación. Todo al revés.

Como es natural, la práctica instalada en las Fiscalías consiste en llamar a declarar al sospechoso cuando ya se han practicado las diligencias necesarias para que esa sospecha obtenga una mínima corroboración y se apoye en hechos y datos sobre los que, en efecto, poder interrogarle con algún provecho para ambas partes. Pero eso, desde luego, no es “contradicción” entendida como un debate en condiciones de “igualdad de armas”, sino elemental ejercicio del derecho de defensa —veremos hasta qué punto vinculado a ese concepto de igualdad— frente a una primera imputación material (conocimiento de los cargos, acceso al material pre-probatorio obtenido, posibilidad de formular alegaciones e instar la práctica de actuaciones necesarias para acreditar lo alegado).

Los precedentes ejemplos solo pretenden poner de relieve la necesidad de establecer en el proceso penal un concepto de “igualdad de armas” entendido, en sentido amplio, como igualdad de oportunidades de la defensa respecto de las herramientas que puede emplear

la acusación (esto es, eliminación de la indefensión) y que excluya, sin embargo, los efectos contraproducentes que un entendimiento “literal” o superficial de esa expresión puede generar, por una parte en relación con la presunción de inocencia como regla rectora del propio proceso, y por otra parte respecto de la propia función investigadora, antecedente necesario e imprescindible —sin perjuicio de sujetarse a las garantías que le sean propias— de una acusación debidamente fundada, que es como debe ser la acusación (y con ello se cierra el círculo) precisamente para respetar la regla de presunción de inocencia en ese momento previo al juicio.

El esfuerzo de definir en esos términos la “igualdad de armas” dentro del proceso penal de la presunción de inocencia puede abordarse del siguiente modo:

a) El alcance constitucional de la igualdad de armas en el proceso penal

Por razones obvias, el primer intento de redefinición de la igualdad de armas en un proceso penal basado en la presunción de inocencia debe llevarse a cabo desde una perspectiva constitucional.

En este sentido hay que apuntar que una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece —esto es, *aparenta*— establecer una regla clara: “*Del principio de igualdad de armas (...) se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación —por todas, SSTC 47/1987 y 66/1989—, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional*

de la justicia”. [v. gr., STC (Pleno) 186/1990, de 3 de diciembre].

Cabría así entender que en el proceso penal español ha de regir plenamente la igualdad de armas en los términos que esa jurisprudencia define (“los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas”), con la excepción, por las razones que expresamente expone el TC, de la fase de investigación.

Sin embargo tal conclusión no es satisfactoria. Hemos visto cómo una aplicación rígida y sin fisuras de esa idea de igualdad refleja o mimética entre las partes produce estridencias en algunos supuestos: abogar, por ejemplo, por las “idénticas posibilidades (...) de prueba” en el caso de la que ha sido obtenida ilícitamente (con violación de derechos fundamentales) nos conducía al absurdo de impedir al acusado probar —pudiendo hacerlo— su inocencia, de modo que la tutela de su derecho se convierte en el motivo de su condena.

Tampoco la extensión del principio de igualdad así entendido a “todas las instancias” encaja necesariamente bien en un proceso regido por el principio de presunción de inocencia. De ahí que, refiriéndose al tema de la doble instancia, Rafael Alcácer²⁸ llegue a afirmar rotundamente que “el proceso penal no ha de regirse por un principio de igualdad de armas, sino por un principio de asimetría entre las partes, de desigualdad de armas, si así quiere denominarse. Esa premisa garantista de la desigualdad de armas procesales se fundamenta en que el proceso penal está sostenido sobre el principio rector del derecho a la presunción de inocencia; derecho de exclusiva titularidad del acusado y coextensivo con el derecho al doble grado de jurisdicción.”

“Tal principio de desigualdad de armas — prosigue Alcácer— ha sido implícitamente reconocido por el TC cuando, en la STC 141/2006, de 8 de mayo, ha enfatizado que el derecho a la presunción de inocencia “sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal

(SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5)”. Tal supuesto es lo que explica y justifica la “notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema — la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales” (SSTC 41/1997, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7)”. “En efecto, en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso”.

Y con rotundidad ha manifestado, en el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, que el hecho de “que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso (FJ 3)”.

Esta lectura de la doctrina constitucional, conducente a la proclamación de un principio de “desigualdad de armas” en el proceso penal, dejaría así al descubierto una aparente

contradicción del Tribunal Constitucional, que al mismo tiempo que dice, en efecto, lo que el citado autor subraya, también afirma de manera tajante, como ha quedado expuesto mediante la cita literal de la STC 186/1990, la vigencia del principio de igualdad de armas “sin limitaciones”, excepto las exigidas por la naturaleza de la fase de investigación. Es más, el propio Tribunal viene afirmando en un hilo jurisprudencial coetáneo de las sentencias que cita Alcácer, que *“en esta línea hemos concluido también que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2; 65/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3)”* (STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

En realidad existe una vía de conciliación que, más allá —como es frecuente— de un uso u otro del lenguaje, permite aceptar la posición de Alcácer relativa al papel estructural y funcional de la presunción de inocencia (como se viene defendiendo a lo largo de estas páginas) sin renunciar a reconocer la presencia del principio de igualdad de armas en el proceso penal, tal y como exige —tégase por subrayado *tal y como exige*— el Tribunal Constitucional. Intentemos esa vía.

Para ello es útil revisar con mayor detenimiento lo que dice la citada sentencia 186/1990 (al examinar, por cierto, la constitucionalidad de la denominada Ley de Procedimiento Abreviado) y colocarlo en el contexto que, precisamente, descubre la línea jurisprudencial últimamente reseñada.

El razonamiento completo de la STC 186/1990 era el siguiente:

“Del principio de igualdad de armas, lógico corrolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación —por todas, SSTC 47/1987 y 66/1989—, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/1985, 176/1988 y 66/1989).

Y, a efectos de obtener una visión clara del desarrollo posterior de esa afirmación, conviene también repetir que en directa conexión con esa formulación del principio de igualdad de armas el Tribunal reitera de manera sistemática (en alguna ocasión, como ocurre en la STC 178/2001, de 17 de septiembre, tras reproducir literalmente el párrafo de la STC 186/1990 que se acaba de transcribir) el razonamiento que ya se ha citado:

“En esta línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2).”

Pues bien, de la lectura conjunta de estos textos pueden extraerse cuando menos tres enseñanzas:

1) Que la igualdad de armas se vincula específicamente, en la inteligencia del Tribunal Constitucional, al principio de contradicción. Conviene retener este dato, porque será de gran utilidad a la hora de cumplir nuestro objetivo de definir dicha igualdad de armas en el proceso penal basado en la presunción de inocencia.

2) Que la igualdad de armas se asocia igualmente —como la contradicción— a la interdicción de la indefensión, y por ello corresponde a los órganos judiciales velar porque sea efectiva “sin limitaciones” en todas las fases e instancias del proceso.

3) Que, no obstante, la protección del valor constitucional de la Justicia autoriza a limitar (“modulaciones”) o incluso excluir (“excepciones”) la aplicación de ese principio en la fase de investigación. Esta excepción, como ya habíamos visto, engarza históricamente con las advertencias de Alonso Martínez acerca de la necesidad de que el Estado recupere la ventaja obtenida por el delincuente, que el Tribunal Constitucional examina en clave de eficacia y justicia (“asegurar el éxito”, dice, quizá con impropia contundencia, porque más bien se trata simplemente de *permitir* un éxito *potencial*) de la investigación, en el sentido que igualmente habíamos apuntado al examinar el artículo 5 del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Es, precisamente, la comprensión conjunta e integral de la jurisprudencia constitucional lo que permite reconocer la igualdad de armas (bien entendida) en el proceso penal sin renunciar al imperio de la presunción de inocencia. Lo importante es comprender que esas conclusiones extraídas del discurso del Tribunal Constitucional solo funcionan indisolublemente combinadas. A partir de ahí se puede sostener que:

a) La igualdad de armas no significa que las partes sean titulares de los mismos derechos en el proceso penal.

Obsérvese, en efecto, en primer lugar, que si aceptamos —como expresamente sostiene el TC— que la *identidad de posibilidades y cargas* (que identifica con la igualdad de armas) se vincula funcionalmente a la prohibición de indefensión de las partes, estaremos hallando adecuado cobijo constitucional para la tesis que habíamos adelantado. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia no se concibe la “igualdad” como regla rectora de la

configuración del procedimiento (la presencia mimética, sistemática, matemáticamente equidistante y activa de todas las partes en todos los momentos, en cada diligencia, ante cada decisión sea cual sea), sino como una exigencia genéricamente anudada al derecho a no sufrir indefensión. Y como es lógico la *indefensión* se refiere a los derechos que cada una de las partes ostenta en el proceso, es decir, los derechos de las partes que han de ser objeto de tutela judicial efectiva. Pero a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, en el proceso penal las partes son titulares de derechos fundamentales diferentes (porque el derecho a la presunción de inocencia, que además es el que rige todo el proceso, favorece solo a una de ellas), y por tanto la igualdad de armas se circunscribe y se ajusta al ejercicio —igualmente diferente— de esos derechos; no puede alterarlos o trastocar su juego.

No es que no haya “igualdad de armas”; es que la igualdad, en su acepción más amplia (art. 14 C.E.), se proyecta sobre el ejercicio de derechos distintos, y eso comporta naturalmente que tal igualdad se concrete en su vertiente negativa de *trato diferente de las situaciones desiguales*²⁹, lo cual tiene consecuencias inevitables en la organización del procedimiento. No en vano la ya citada STC 12/2011 contempla la existencia de *“circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4; 230/2002 de 9 de diciembre, FJ 3)...”*.

Este entendimiento instrumental de la igualdad de armas permite resolver el problema que planteaba Rafael Alcácer en relación con el doble grado de jurisdicción sin necesidad de renunciar a la vigencia de dicho principio con carácter general (renuncia que, como se advirtió, llevaría a contrariar explícitas declaraciones del Tribunal Constitucional). El acusado tiene derecho, porque así se lo reconoce el artículo 14 del Pacto Internacional de De-

rechos Civiles y Políticos, con arreglo al cual —art. 10.2 C.E.— hay que interpretar nuestra normativa procesal, a que “*el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. Pero ninguna norma internacional o constitucional interna proclama, a modo de contrapartida, un derecho de las acusaciones a la revisión del fallo absolutorio. Estas, amén de denunciar las vulneraciones del principio de legalidad en que hubiera podido incurrir la sentencia absolutoria (infracción de ley) podrán instar el amparo de su propio derecho a la tutela judicial efectiva *sin indefensión* si el Juzgador hubiera incurrido —*vid. infra*— en error manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad, conforme a la consolidada doctrina constitucional relativa al art. 24.1 C.E., pero, en ese marco estrictamente constitucional, ahí se acaban sus “posibilidades”. Y (solamente) en ese marco será, por tanto, donde entre en juego la igualdad de armas.

Tomando en cuenta todos estos factores, al organizar la doble instancia penal el Legislador tiene que cumplir la exigencia del art. 14 PIDCP y *además* ha de garantizar la igualdad de armas al acusado, lo que en este contexto significa: a) asegurarle la posibilidad de *defenderse* de modo eficaz frente a los recursos que pueda interponer la acusación, permitiéndole formular alegaciones, practicar prueba, etc., en las mismas condiciones que favorecen al acusador recurrente; y b) garantizarle que, *como mínimo* —aquí se explica el matiz apuntado más arriba—, tiene a su disposición los mismos recursos que la acusación, esto último como exigencia de la regla estructural de presunción de inocencia, y no solo (aunque también) de la prohibición de indefensión.

Sin embargo, la igualdad procesal no se traduce en una necesidad recíproca de que la acusación disponga de los mismos recursos que la defensa, porque la presunción de inocencia que inspira el derecho del acusado a recurrir el fallo condenatorio genera, obviamente, un efecto unilateral. Ni la tutela judicial efectiva ni ninguno de los otros derechos

fundamentales procesales o sustantivos de los que es titular la parte acusadora incluyen —como ha reiterado el Tribunal Constitucional, *v. gr.*, STC 141/2006, de 8 de junio, ATC 263/2007, de 25 de mayo— un “derecho a la condena” del acusado, y por tanto la igualdad de armas no juega en ese terreno. Al contrario, la regla estructural del proceso (la presunción de inocencia) permite y hasta aconseja —así ocurre en muchos ordenamientos jurídicos— que el juicio absolutorio no sea revisable como consecuencia de una mera discrepancia en la valoración de la prueba. Esa es una cuestión sobre la que volveremos.

La clave, en fin, está en no confundir la igualdad de armas, que es una regla de equilibrio procesal *interno* asociada a la contradicción en los momentos en que ésta es necesaria en virtud de la prohibición de indefensión, con una pretendida —e inexistente— igualdad de derechos de acusación y defensa que se traduzca, a su vez, en unas posibilidades y cargas idénticas a favor de ambas en relación con el objeto y la función del proceso. En este último aspecto existe, sin duda, como decía Alcácer, *asimetría* en la configuración de las posiciones de las partes. Pero esa *asimetría*, que emana de la presunción de inocencia, no excluye —al contrario, exige con especial intensidad— la igualdad efectiva de oportunidades en aquellos momentos del proceso en que precisamente hay que evitar que la diferencia tienda a *compensarse*, por inercia inquisitiva, mediante un trato discriminatorio del teóricamente más débil —el ciudadano acusado— en beneficio del más poderoso —el Estado acusador—. La cuestión es detectar qué momentos son esos.

b) La igualdad de armas es un principio que no rige necesariamente todos los momentos del proceso penal, sino aquellos en que es imprescindible para preservar determinados derechos de las partes, entre ellos, y en especial, la presunción de inocencia del acusado.

En efecto, para concretar el juego de la igualdad de armas en ese cruce de posiciones procesales sustentadas en derechos diferentes,

corresponde en segundo lugar determinar, ya en el funcionamiento *interno* del proceso, los momentos en que dicha igualdad de armas ha de hacerse efectiva como regla de organización del procedimiento.

La jurisprudencia examinada fija los criterios aplicables al vincular de forma expresa la igualdad de armas y la garantía de contradicción. La contradicción aparece como instrumento imprescindible de la interdicción de indefensión cada vez que la igualdad de armas se hace irrenunciable. Y ese momento es el de la confrontación entre tesis y antítesis, el instante lógico y jurídicamente previo a toda decisión que, precisamente por afectar al estatus (personal o “procesal”) del sujeto pasivo del proceso —y por tanto a la viabilidad del proceso mismo—, no se puede adoptar sin haber oído a las partes so pena de vulnerar sus derechos fundamentales (la presunción de inocencia, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva del que es titular la acusación). Esa garantía de igualdad, por el contrario, no resulta imprescindible cuando se trata de practicar una mera diligencia de investigación que no incida directamente sobre los derechos fundamentales del afectado; aunque sí será exigible (la contradicción) —y este matiz es importantísimo— a la hora de decidir si, en efecto, dicha diligencia se ha llevado a cabo respetando los derechos y garantías del investigado, y por tanto su resultado es apto para integrar una prueba de cargo que acceda al plenario. Esta *depuración de la prueba* es condición esencial para la consistencia de la acusación, como requisito de apertura del juicio oral. El *juicio sobre la acusación* cobra así importancia capital de la definición de las posiciones de las partes.

Precisamente por ello en relación con el modelo vigente el Tribunal Constitucional, al mismo tiempo que advierte de las excepciones derivadas de la naturaleza y el objeto de la fase de instrucción, ha destacado que, junto al juicio oral, la fase intermedia es el otro escenario fundamental en que la contradicción y la igualdad de armas se erigen en garantías irrenunciables y rigen de manera plena. La STC

66/1989, de 17 de abril, ya apuntaba lo que sigue:

“El reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla) cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada —art. 6.3.d) Convenio Europeo de Derechos Humanos—: pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito (como resulta de la doctrina contenida en nuestra S 44/1985 de 22 marzo). En efecto, en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. (...)”

En definitiva, a la hora de identificar los momentos que, por su naturaleza misma, exigen la garantía de contradicción/igualdad de armas, en lo que concierne al imputado/acusado hay que tener en cuenta que su derecho aparece reforzado por el principio rector del proceso —la presunción de inocencia, como reiteradamente se ha dicho— y por tanto es claro que *como mínimo* cualquier decisión que *directamente* pueda entrañar un cambio desfavorable de estatus procesal (pasar de sospechoso a ser oficialmente investigado, de “investigado” a acusado, ser objeto de medidas cautelares, la decisión de depuración de la prueba de cara a permitir o no su utilización en el juicio oral, el recurso contra una sentencia absolutoria o la revisión peyorativa de un fallo condenatorio, etc.) habrá de estar inexcusablemente regida, *como mínimo*, por esa regla de igualdad.

Es oportuna una aclaración: el énfasis en el adverbio *directamente* obedece al propósito de señalar que lo relevante es *la decisión* misma de

dar un paso más en el proceso (en cuanto supone un avance hacia la enervación de la presunción de inocencia, y por tanto hacia la eventual condena), y no la incorporación a dicho proceso de cada uno de los elementos sobre los que se adopta, en los que se apoya o a los que afecta esa decisión. Se ve más claro volviendo a uno de los ejemplos ya apuntados: si un proceso basado en la presunción de inocencia puede ceder protagonismo al *principio de eficacia* en la fase de investigación, evitando situaciones absurdas como la de oír al acusado sobre si procede intervenir su teléfono, es justamente porque esa actuación habrá de pasar el filtro inexorable de la contradicción con plena igualdad de armas *cuando realmente vaya a producir efecto sobre el terreno de la presunción de inocencia*, esto es, cuando se decida si el resultado de esa intervención telefónica puede convertirse en prueba de cargo. Solo la decisión que se adopte en ese momento incidirá *directamente* sobre las posibilidades probatorias de la acusación y, por tanto, sobre el margen de actuación de la defensa; pues bien, entonces se revisará si en efecto la práctica de la diligencia de investigación se llevó a cabo con pleno respeto a las garantías constitucionales y a las normas de legalidad ordinaria. Es la existencia de ese control contradictorio ulterior lo que permite primar transitoriamente la eficacia —dando *ventaja* a la acusación, como argumentaba Alonso Martínez— en la fase investigadora.

Y esto ocurre incluso en los supuestos como el del ejemplo, en que la tutela reforzada de ciertos derechos fundamentales sustantivos comporta, además, un control añadido, no *contradictorio* pero sí *imparcial* por “externo” e “independiente”, de manera que la diligencia de investigación que puede afectar al ejercicio de ese derecho sustantivo requiere autorización judicial previa³⁰. Obsérvese que tal autorización judicial será imprescindible para la validez constitucional y legal de la actuación, pero no suficiente para que sus resultados afecten a la presunción de inocencia: solo un posterior escrutinio contradictorio permitirá transformar el *potencial* material probatorio obtenido

en verdadera *arma* acusadora capaz de herir o matar esa presunción. Ese será el *momento decisivo* que, por tanto, exige la efectiva igualdad de medios y fuerzas para que el acusado pueda neutralizar —si hay fundamento para ello— esa arma.

b) La igualdad de armas en el contexto de un proceso penal equitativo

Si se acepta el análisis desarrollado en el apartado anterior, la igualdad de armas se presenta en el proceso penal ligada al derecho de contradicción, como garantía de la interdicción de indefensión. Por tanto, el régimen de igualdad de armas, entendido como régimen de ordenación del procedimiento, no es necesariamente predicable de “todo momento” del proceso penal, sino solo de aquellos hitos procesales en que se da esa exigencia de contradicción. En el caso del acusado, hay que incluir *como mínimo* los actos o decisiones con capacidad de incidir *directamente* en la esfera de la presunción de inocencia.

Esa visión de conjunto según la cual la igualdad de armas se manifiesta de acuerdo con la naturaleza y las posibles consecuencias de cada momento procesal encaja especialmente bien en la posición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene adoptando al interpretar el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)³¹.

Ya la Sentencia de 27 de junio de 1968 *Neumeister c. Austria* advertía que el principio de igualdad de armas —no expresamente mencionado en la Convención— está “*comprendido en la noción de proceso equitativo (fair trial)*”³² recogida en el art. 6 par. 1 (art. 6-1)”. Dicho de otro modo, como hizo la STEDH de 17 de enero de 1970 *Delcourt c. Bélgica*, la igualdad de armas “*no constituye más que un aspecto de la noción más amplia de proceso equitativo ante un tribunal independiente e imparcial*”. En realidad estas afirmaciones se enmarcan en una doctrina sólida e invariablemente sostenida

por el Tribunal de Estrasburgo, según la cual los diferentes derechos enumerados en el apartado 3 del artículo 6 son simples especificaciones o concreciones del derecho al juicio equitativo que se proclama en el apartado 1. Así, por ejemplo, “*las garantías del artículo 6.3.d) del Convenio son aspectos específicos del derecho a un juicio equitativo establecido en el primer apartado del artículo*” (por todas, STEDH de 2 de julio de 2002, *N. c. Suecia*).

Ese es el contexto exacto en el que el Tribunal Europeo describe la igualdad de armas como “*uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo*” en cuya virtud “*cada parte debe disponer de una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no la sitúen en una posición de desventaja respecto de la parte contraria*” (STEDH de 18 de marzo de 1.997, *Foucher c. Francia*, § 34).

Por tanto la igualdad de las partes no es, en la perspectiva del CEDH, una norma rectora indispensable del proceso en su conjunto. Más allá de la nítida exigencia de contradicción en el art. 6.3.d) del Convenio, el concepto de *proceso equitativo* depende en realidad (o además) de otros factores, y se refiere al conjunto del proceso, con independencia del régimen propio de cada uno de sus actos, que puede ser diferente.

Así definida, la vinculación funcional entre el concepto de *igualdad de armas* y la regla del *proceso equitativo* conduce —como habíamos defendido en los apartados anteriores respecto de la arquitectura del sistema español— a concretar la exigencia de igualdad en aquellos momentos en que lo requieren los sucesivos apartados del número 3 del artículo 6 CEDH, especialmente, como es lógico, el apartado d). En todo caso, la igualdad de armas se relaciona con la necesidad de evitar que una de las partes se sitúe en posición de desventaja respecto de la otra. Ahora bien, la concreción puntual de los momentos en que es necesaria no condiciona ni predetermina, ni por sí misma ni por sí sola, la naturaleza *equitativa* o *inequitativa* del proceso en su conjunto.

Para ilustrar esta tesis puede examinarse el tratamiento que otorga el TEDH a los problemas de admisión y práctica de la prueba. Partiendo de la base de que la Convención no regula esta materia, de modo que corresponde a las legislaciones internas establecer los criterios relativos a la admisión, pertinencia o denegación de los distintos medios de prueba (STEDH de 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegue y Jabardo c. España*), incluso en el ámbito de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida (por todas, STEDH de 12 de julio de 1988, *Schenk c. Suiza*)³³, el TEDH se reserva el deber de determinar “*si el procedimiento considerado en su conjunto, incluido el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido el carácter de equitativo exigido por el artículo 6 par. 1 (art. 6-1)*”³⁴.

Pues bien, esa misma doctrina sobre la *consideración del proceso en su conjunto* no tiene excepción ni matiz cuando la Corte de Estrasburgo se enfrenta a la concreta alegación de una vulneración del principio de igualdad de armas. En el caso *Vidal c. Bélgica* (STEDH de 22 de abril de 1992) se denunciaba la infracción de ese principio al haberse denegado una prueba testimonial de la defensa. El Tribunal responde: “*El artículo 6 par. 3 d) (...) no exige la convocatoria e interrogatorio de todo testigo de descargo: como indican las palabras “en las mismas condiciones”, tiene por finalidad esencial una completa “igualdad de armas” en la materia (sentencias Engel y otros c. Holanda de 8 de junio de 1976, serie A no 22, pp. 38-39, par. 91, y Bricmont c. Bélgica, citada, serie A no 158, p. 31, par. 89). (...) La noción de “igualdad de armas” no agota, sin embargo, el contenido del párrafo 3 d) del artículo 6 (art. 6-3-d), ni el del párrafo 1 (art. 6-1) del que este precepto representa una aplicación entre otras muchas (...) La tarea del Tribunal europeo consiste en determinar si el procedimiento litigioso, considerado en su conjunto, revistió el carácter equitativo exigido por el párrafo 1”.*

Es decir que la igualdad de armas no es una garantía absoluta, sino que se entiende y se hace efectiva en cuanto sea directamente

útil para el equilibrio *equitativo* del proceso. El CEDH no articula condiciones concretas, aunque puede observarse que todos y cada uno de los apartados del art. 6.3, desde el derecho a conocer la acusación hasta el derecho a intérprete, constituyen mecanismos de búsqueda de un estatus de *igualdad* del acusado respecto de la parte acusadora. Pero se trata de una noción más genérica de la *igualdad de oportunidades*, precisamente en el sentido que más arriba habíamos descrito, predicable del conjunto del proceso, y no de la concreta y particular posición de las partes en cada uno de sus diferentes trámites.

c) Conclusión: la asimetría como canon de igualdad. Un proceso regido, como mínimo, por la igualdad de oportunidades

El examen de la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español nos permite concluir, a modo de recapitulación y resumen, que la *asimetría* de posiciones y de posibilidades de acusación y defensa es una consecuencia directa del hecho de que en el proceso penal las partes son titulares de derechos fundamentales diferentes, y en especial del juego rector que corresponde al principio de presunción de inocencia. Pero esa asimetría no choca por fuerza con la idea de igualdad, sino que al contrario, la igualdad, entendida como *igualdad de oportunidades* de la defensa frente a la acusación es —o debe ser— precisamente la garantía de que esa distinta posición de las partes no se verá neutralizada por un trato discriminatorio hacia el acusado, que tienda a contrarrestar (indebidamente) los efectos de la presunción de inocencia.

Otra cosa es la *igualdad de armas* entendida como régimen de organización de determinadas fases o diligencias del procedimiento. Se trata justamente de una concreción, entre otras, de esa exigencia global de *igualdad de oportunidades* en que se traduce el *proceso equitativo*, y supone que en determinados momentos del proceso (básicamente la fase intermedia

y el juicio, pero también ante la adopción de otras decisiones que afectan al estatus de la persona investigada, como se verá en la segunda parte de este trabajo) ambas partes han de contar con las mismas posibilidades de actuación, como medio de asegurar su idéntica capacidad de influir en el resultado del acto procesal del que se trate. En general, como ya hemos reiterado, la igualdad de armas aparece vinculada, por tanto, de manera recíproca con él, al principio de contradicción y a los trámites procesales en los que no oír o no permitir actuar a una de las partes del mismo modo que puede hacerlo la otra supone un riesgo para su capacidad de defensa, incompatible con la interdicción constitucional de indefensión.

Fuera de esos supuestos, como también queda dicho, la igualdad de oportunidades tiene diversas manifestaciones, y es una exigencia global del proceso, no de cada uno de sus trámites.

Por consiguiente, la asimetría procesal que se refleja en circunstancias como que el acusado no pueda acceder al contenido o el resultado de la investigación más que a partir de cierto momento y en determinadas condiciones, que su derecho a exigir la práctica de diligencias se restrinja o se vincule precisamente con la interdicción de indefensión (permitiendo por ejemplo que su pretensión pueda ser rechazada siempre que ese rechazo no genere la pérdida irreparable de un medio de prueba), o que la contradicción, en fin, pueda verse limitada en atención a objetivos como la eficacia y la realización de la justicia, singularmente en la fase de investigación, son rasgos del procedimiento que no comprometen forzosamente la igualdad (*equidad*) del mismo ni excluyen que la igualdad de armas sea exigible en aquellos momentos en que resulta imprescindible para asegurar esa *equidad*.

Y, a la inversa, esa asimetría se traduce en que la acusación, por ejemplo, no pueda utilizar pruebas ilícitamente obtenidas que la defensa sí puede usar a su favor, o que —mediante una adecuada regulación del *discovery*— no

pueda llevar al juicio pruebas sorprendivas y la defensa sí, o que no pueda interrogar al acusado en juicio si éste no desea declarar, o que no disponga de los mismos recursos que la defensa frente a la sentencia. Nada de eso es incompatible con la igualdad. Por el contrario, es reflejo (e intento de solución) de uno de los problemas más complicados a los que ha de hacer frente el jurista: el de calcular y dosificar las consecuencias del *derecho a la igualdad de los desiguales*. En este punto, lo que realmente exige la Constitución es asegurar *como mínimo* la igualdad de oportunidades del acusado frente a la/s parte/s acusadora/s, en términos que aseguren la tutela real, eficaz y efectiva del principio de presunción de inocencia, y, por ende, su derecho de defensa.

2. LA IGUALDAD DE ARMAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE 2011 Y EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013

De cuanto se ha apuntado en los apartados anteriores se desprende nítidamente que las graves disfunciones derivadas de la obsolescencia del modelo procesal instaurado en 1882 solo son corregibles mediante un planteamiento global, de fondo, y verdaderamente inspirado en los principios que han de regir el proceso penal conforme a los valores de la Constitución de 1978 y los textos internacionales con arreglo a los que hay que interpretarla, según su artículo 10.2.

No se trata por tanto —al menos, no solamente— de construir un modelo procesal más “ágil” o más “eficaz”. Lo será sin duda, a poco que se aplique el Legislador, entre otras razones porque hasta el momento actual las tentativas de “modernización” de la Justicia han caminado en sentido exactamente contrario al de la lógica histórica, por no decir el más elemental sentido común: en lugar de transformar la

naturaleza, la estructura, el funcionamiento, la función y los objetivos del proceso para adecuarlos a las necesidades y las posibilidades de nuestros días, y a las exigencias de una sociedad democrática desarrollada, lo que se ha hecho ha sido (des)invertir en faraónicos planes y aparatosas estrategias de informatización y/o reordenación de espacios físicos y tareas burocráticas y, a lo sumo, en tratar de recomponer los vetustos procedimientos diseñados hace ciento cuarenta años mediante la sorprendente técnica de pasar el trabajo de unos (los jueces, por ejemplo) a otros (los secretarios, los fiscales, los notarios, los registradores, etc.). Confundir *modernizar* con *informatizar*, para acto seguido confundir también *informatizar* con *escanear papeles* tan solo ayuda a prolongar —generando una ficción de *rejuvenecimiento*— la agonía del sistema procesal preconstitucional, que aleja de forma contraproducente el horizonte de un proceso penal moderno, basado en conceptos y objetivos diferentes de los que inspiraron las añejas leyes liberales.

Pues bien, dejando aparte el —ya mencionado— avance pionero y fragmentario que pretendió la Ley del Jurado, en buena medida frustrado por su *rareza*, que llevó al Tribunal Supremo a tildar esta norma de “islotte robinsoniano”³⁵, el primer intento decidido de cambio de perspectiva del proceso penal español en la línea constitucional que, errado o acertado en su contenido, vio la luz pasados más de treinta años de vigencia de la Constitución, fue el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal informado en el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011.

Nacido ese texto con el designio fatal de una muerte anunciada desde su origen, por extinción de la Legislatura (de hecho nunca tendrá respuesta la pregunta de si aquel proyecto fue posible precisamente por eso, es decir, porque el Gobierno que lo encargó era consciente de que estaría listo *justo a tiempo* de no tener que asumir el coste de ponerlo en pie), el Ejecutivo emanado de las elecciones celebradas a finales de ese mismo año pareció retomar el impulso, encargando a una comisión de juris-

tas de diversas procedencias el encargo de redactar un nuevo borrador, que fue publicado, en el sentido editorial del término, en 2013, pero no llegó ni siquiera al punto de partida del proceso prelegislativo, ya que el mismo Ministerio de Justicia que había encargado su redacción no lo asumió como Anteproyecto. Un examen detallado de su contenido permite además comprobar que la relación con el Anteproyecto de 2011 es paradójica: evitando por regla general la trasposición literal, se le asemeja sin embargo mucho (¿inevitablemente?) en casi todo... salvo en lo más importante.

Sería demasiado extenso y prolijo recorrer con detalle cada uno de los puntos de esa comparación, porque de algún modo en el primer texto *todo* es nuevo en el sentido de que todo responde a un planteamiento basado en nuevos valores, y en el segundo no todo es lo que parece, porque la presencia de esos valores resulta más matizada a consecuencia del aparente intento de injertar esos valores en la tradición *semiinquisitiva* (sin renunciar en el fondo a ese modelo tradicional), lo que genera tensiones y contradicciones internas de difícil solución³⁶.

Por eso, y para seguir en lo posible el esquema argumental de la primera parte de este trabajo, a continuación se hará una simple y brevísima “cata” de tres momentos; los que quizá reflejan de manera más patente que no es imposible —frente a lo que parece sugerir la historia, y bajo su peso, el borrador de 2013— colocar la esencia del principio constitucional de presunción de inocencia como principio rector de todo el proceso, y traducir esa decisión en la imprescindible *asimetría* de las partes de la que precisamente deriva la igualdad de oportunidades.

Esas tres muestras son las siguientes: el diferente régimen de actuación de las acusaciones y las defensas en la fase de investigación, la posición del acusado en el juicio oral y la regulación del recurso de apelación.

A. LA INTERVENCIÓN SECUENCIAL DE ACUSACIONES Y DEFENSAS EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Si nos atenemos al vigente modelo de proceso penal español, es en la fase de investigación donde, como hemos razonado, la idea de *asimetría* encaja con más soltura, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional reconoce en esa fase una *excepción* a la regla de la igualdad de armas.

A lo largo de las páginas anteriores se ha tratado de demostrar, sin embargo, que en realidad la distribución de derechos, deberes, cargas y posibilidades de las partes a lo largo del proceso no necesita de *excepciones conceptuales*, sino que responde a la normalidad sistémica de un modelo inspirado en la verdadera noción constitucional de igualdad, y obediente a la regla de la presunción de inocencia. En esa línea, la recuperación de la ventaja que Alonso Martínez pretendía ofrecer al Estado, y el margen para la eficacia y la realización de la justicia de que habla el Tribunal Constitucional, se concretan en el simple reparto de papeles dentro de la fase investigadora, de manera que la eficiencia de la investigación —así como su celeridad y concreción, contrapunto de la *inquisitivo*— sea compatible con un pleno ejercicio, igualmente eficaz, del derecho de defensa.

En un modelo basado en esas ideas, como el del Anteproyecto de 2011, el fiscal dirige y controla la investigación desde que motivadamente decide abrirla hasta que la cierra, sea porque ha agotado su objeto o porque ha transcurrido el tiempo máximo que la ley autoriza a mantener vivo el estatus de “investigado” que pesa sobre un ciudadano que se presume inocente (arts. 481 y ss.). La expresión “dirige y controla” que se acaba de emplear quiere decir que el Fiscal es, primero, el responsable de delimitar por escrito el objeto de la investigación, que, como garantía acusatoria esencial, ha de ser conocido por el investigado (mediante la notificación del decreto y la comunicación de los cargos en la primera comparecencia) y no puede ser ampliado o modificado sino a través

del mismo procedimiento (arts. 457.3, 464 y 468); y en segundo lugar, es igualmente responsable de decidir sobre la práctica de diligencias y llevarlas a cabo u ordenar a la policía judicial que las cumplimente.

Obsérvese que, lógicamente descartada —contra la torpe pretensión del vigente art. 5 E.O.M.F.— la “contradicción” como principio rector de la fase investigadora, hasta aquí no se da propiamente una situación de “igualdad de armas”, sino, a lo sumo, la *entrega de la munición* con la que en su caso y en su momento podrán cargarse dichas armas. Mediante la garantía de acceso al contenido de la investigación (que se regulaba en los arts. 469 y 477 del Anteproyecto), las partes pueden formar su estrategia, en particular la estrategia de defensa del acusado, y en consecuencia pedir al fiscal que practique las diligencias que les interesen (arts. 470 y 479), así como aportar todos los materiales e informaciones que estimen convenientes, que el propio fiscal debe incorporar al expediente salvo que los juzgue irrelevantes, por ajenos al objeto de la investigación (arts. 471 y 478). Hay que insistir: en nada de eso hay debate contradictorio, ni cabe razonablemente que lo haya. Las decisiones denegatorias del fiscal no son recurribles más que en un supuesto que enseguida examinaremos: cuando como consecuencia de la no realización de la diligencia interesada se puede perder definitiva e irrecuperablemente una fuente de prueba. Los límites del fiscal son materiales (el objeto que él mismo haya delimitado), de legalidad, y temporales: está sujeto a un control judicial de legalidad en cuanto afecte a derechos fundamentales (art. 490) y limitado por una garantía general que impide que una persona pueda ser investigada indefinidamente. De ahí la importancia del plazo. La contrapartida es que, dentro de esos límites, su investigación ha de ser *suya*, no fruto de la *colaboración* —ni mucho menos de la apertura de vías a la *obstrucción*— de la defensa.

La intervención de las partes en las diligencias de investigación practicadas u ordenadas de oficio o a instancia de las otras partes por el

fiscal, se regulaba también en congruencia con esa distinción entre la verdadera *igualdad de oportunidades* y la contradicción (mal) entendida como *diálogo permanente*: el investigado podía tomar parte únicamente en las diligencias en las que “esta ley prevea expresamente su intervención”, además de todas aquellas practicadas a su instancia y las efectuadas para el aseguramiento de fuentes de prueba (art. 472). La remisión legal conducía a todos aquellos supuestos —además, claro está, de los actos que recaían sobre su propia persona, como declaraciones, toma de muestras de ADN, reconocimientos, etc.— en que su derecho de defensa se identificaba precisamente con su intervención personal o a través de abogado en el acto concreto de que se tratase. Lo que no sucede por ejemplo (y quizá fuera uno de los cambios más llamativos que recogía aquel texto) en el caso de las declaraciones de testigos llamados de oficio por el fiscal (art. 376 y ss.). La falta de mención del investigado como *partícipe* en el acto de declaración no era, en el Anteproyecto de 2011, un olvido. Nótese que, como decía su exposición de motivos, la eficacia probatoria de esta diligencia se agota en la fase intermedia —es decir, en el juicio de acusación— y si la parte afectada consideraba, a través de la lectura del acta de la declaración que el fiscal había de levantar (art. 381) que ese testigo debería ser interrogado sobre otros extremos, podía proponer que así se hiciera. Igual que podía desde un principio solicitar su declaración, y entonces nos hallaríamos en el caso de una diligencia practicada a instancia de parte, en la que, como se ha indicado, ésta sí tiene derecho a estar presente. Es decir, que solo en la medida en que el investigado tenga interés “activo” en la declaración testifical que puede considerar como una posible fuente de prueba para la defensa, tiene lugar y sentido su intervención personal en esa declaración. El derecho a interrogar a los testigos que proclama el art. 3 CEDH se garantiza por esa vía (si quiere interrogarlo, pedirá su declaración) y en todo caso, cuando hayan de ser considerados estrictamente testigos —solo— de la acusa-

ción, en el juicio oral. Fuera de esos supuestos, la presencia de la defensa en la toma de contacto inicial del acusador con un posible testigo de cargo carece de sentido y de trascendencia procesal.

Cuestión distinta es que, obviamente, el investigado tuviera por principio acceso a todo el contenido de la investigación que no fuera secreto, y también a lo que lo hubiera sido, con tiempo suficiente para tomar conocimiento de ello y solicitar sus propias diligencias, *ex art.* 489.4).

Asimismo, terminada la investigación del fiscal, la *asimetría* se compensa abriendo una segunda fase en que son las otras partes las que, a la vista de los resultados de la indagación oficial, toman la iniciativa. Son las llamadas “diligencias complementarias a instancia de parte” (arts. 494 y ss.), que pueden incluir aquellas que en su momento fueron denegadas por el fiscal investigador. Aquí se abre un nuevo espacio para la contradicción, en la medida en que de su práctica pueda depender, precisamente, el cambio de estatus del investigado: esto es, que pase a ser acusado y se abra la fase intermedia para decidir si será juzgado.

En todo caso, si de acuerdo con el procedimiento que más adelante se examinará, el juez de garantías decide que las diligencias instadas por las partes en este momento han de ser practicadas, será el fiscal quien habrá de hacerlo (art. 497). La razón es obvia: otra solución (como la que se ha pretendido dar en otros países), esto es, que sea el propio juez quien lleve a cabo esas actuaciones, conduce al riesgo de *rejudicialización* de la fase investigadora. La inercia de un juez de instrucción habituado a su función, que en la actualidad incluye repetir —para “santificarlas” con el marchamo de la “verdad material”— las diligencias que ya se han practicado antes (en sede policial, en la fiscalía...) conduciría muy probablemente a ese resultado, que daría al traste con el fundamento esencial del cambio de sistema. Por otra parte, no hay nada de novedoso ni de extraño en que el fiscal haya de practicar por imposi-

ción judicial una diligencia que él denegó. Es algo que ocurre cotidianamente en el modelo actual, cuando por vía de recurso de apelación o queja las Audiencias Provinciales revocan resoluciones del juez de instrucción —sobre todo resoluciones acordando el sobreseimiento o el archivo de querellas— obligándole a la práctica de determinadas diligencias que había rechazado. Y eso que es “independiente”.

Además, la mecánica de esta clase de diligencias no ofrece dificultad: si se trata de la aportación de documentos el fiscal solamente habrá de recogerlos y tenerlos en cuenta —es decir, en el peor de los casos, razonar más tarde por qué no los considera influyentes en su posición procesal—, y tratándose de oír a testigos o peritos, se contemplaba en el Anteproyecto la intervención activa de las partes en el interrogatorio (arts. 472 y 480). E incluso, en la medida en que el modo de practicarse la diligencia hubiera impedido alcanzar su legítimo objetivo, y esto afectase a la efectiva aportación de hechos que no constaban en el procedimiento y además fueran decisivos para la apertura del juicio oral, el art. 497.2 permitiría la revisión judicial y la ampliación o rectificación de lo mal hecho. El derecho de defensa permanece, pues, a salvo en todo caso.

Como puede verse a través de estos ejemplos, el abandono del modelo de *contradicción continuada* o de *investigación en régimen de debate*, daba paso en el Anteproyecto de 2011 a otra dinámica procesal basada en el ejercicio específico de los diferentes derechos —y funciones— de las partes. Consiguientemente, en la línea apuntada en la primera parte de este trabajo la “igualdad de armas” se reservaba en esta fase inicial del proceso para aquellas decisiones que directamente afectasen al estatus procesal del sujeto pasivo del proceso, como más adelante se comprobará.

La Propuesta de 2013 retrocede por el contrario hacia un paradigma mucho más cercano a la vigente *inquisitio* judicial, armada procedimentalmente como una especie de *juicio secuenciado anticipado*. La declaración de que

“la dirección de las Diligencias de investigación corresponde al Ministerio Fiscal, incluidas las abiertas en ejecución de una resolución del Tribunal de Garantías a petición del querellante” (art. 240) constituye un formulismo rotundamente desmentido por la estructura y el funcionamiento real del modelo: el derecho de defensa definido en ese texto incluye (art. 7.2) la participación activa de la defensa en todos aquellos actos y diligencias en que la ley no excluya expresamente su presencia; lo que *no* ocurre, por volver al ejemplo anterior, con la declaración de los testigos de cargo, en la que, al contrario, se contempla *expresamente* la presencia y actuación de la defensa (art. 376). Además, el régimen general de impugnación de los actos del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 128 se concreta en la posibilidad de que las partes personadas —defensa y *también* acusaciones, por consiguiente— puedan en todo caso y en todo momento poner en manos del Tribunal de Garantías la decisión inapelable sobre las “...medidas de investigación o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba...”.

Parece obvio que así no se define un fiscal *director de la investigación*, sino un fiscal *oficiante* de la instrucción que, a través de la resolución de esos —previsiblemente innumerables— recursos, dirige en realidad el órgano judicial.

Se perpetúa de este modo el paradigma de *instrucción judicial* organizada como un diálogo a tres —o más— bandas, delimitado, ordenado y *dirigido* por el juez, con dos únicos matices: que este no puede actuar de oficio y que sus decisiones no pueden ser recurridas ante una instancia superior. Pero obsérvese que, desde la perspectiva de la igualdad de armas, ninguno de esos dos matices aleja sustancialmente ese modelo del sistema inquisitivo hoy vigente; al contrario, en realidad lo empeora, al agudizar los problemas organizativos del proceso con directa incidencia en el terreno de las garantías.

En el primer aspecto, el aparente intento de atenuar la capacidad inquisitiva del juez restringiendo su margen de maniobra a las peticiones de las partes, en forma de *justicia rogada*, no solo no elimina la posibilidad de que el órgano judicial se implique en las decisiones *de fondo* sobre el objeto de la imputación y el modo de fundarla y articularla, construyendo —aun cuando sea mediante la sucesiva decantación de las posiciones que adelantan las partes— su propia *tesis acusadora*, sino que además incrementa exponencialmente el riesgo, hoy constitutivo de uno de los grandes males del proceso penal español, de que, sobre todo en asuntos complejos, esta fase del proceso adquiera una deriva errática como consecuencia de: a) los esfuerzos de las acusaciones por agotar sucesivamente todas las posibilidades, con patente merma del derecho de defensa del *encausado*, que termina no sabiendo con exactitud de qué y de quién se tiene que defender, lo que difícilmente se identifica con la idea de *igualdad de armas*; y b) los esfuerzos de la defensa por anegar y desbordar la investigación impidiendo su avance, mediante la fácil estrategia de ejecutar un persistente bombardeo de petición de diligencias y recursos contra las decisiones que según los casos las acuerdan o las deniegan. Estrategia que además halla en la Propuesta un magnífico incentivo añadido: el límite temporal de *caducidad* de la fase de investigación que marca la ley³⁷.

Así, un juez absolutamente implicado *en el fondo* de la homologación o el rechazo de una determinada tesis o línea de investigación, como el Tribunal de Garantías que diseña el art. 128 de la Propuesta, no deja en modo alguno de ser *inquisitivo*, pero al quedar encerrado en el terreno que le marcan las partes, además puede verse atado de pies y manos a la hora de *cerrar* o *acotar* ese debate de límites indefinidos.

No hace falta explicar cuál puede ser el resultado de esa combinación de factores mal engranados. En lo que aquí importa, lo determinante es que —salvo a peor, en esos puntos— *nada cambia*: configurar la fase de

investigación como *un debate ante un árbitro* con plenos poderes para decidir sobre la *oportunidad* —que no la legalidad— de la línea investigadora de la acusación aboca en realidad, de manera insoslayable, al fenómeno característicamente inquisitivo de la *consagración del material sumarial*. La supuesta *igualdad de armas* así escenificada hace que la presencia *contradictoria* de la defensa en cada decisión sobre el curso de la investigación sirva sobre todo para certificar la *santidad de la cosa prejuzgada* por un Juez independiente, imparcial y sujeto únicamente al imperio de la Ley, que, al actuar *a instancia de parte* ni siquiera parece estar contaminado por su propia tesis acusadora. Cuando al final de esa fase la acusación se construya con el fruto de cada uno de esos actos, será tarde para la verdadera *igualdad de armas*, porque el propio acusado habrá contribuido con su aportación impagable —incluso, por supuesto, con sus impugnaciones *imparcial y razonadamente* rechazadas— a la *presunción de solidez* de dicha acusación. Un juez absolutamente implicado *en el fondo* de la homologación o el rechazo de una determinada tesis o línea de investigación, como el Tribunal de Garantías que diseña el art. 128 de la Propuesta, no deja en modo alguno de ser *inquisitivo*, pero al quedar encerrado en el terreno que le marcan las partes además puede verse atado de pies y manos a la hora de *cerrar* o *acotar* ese debate de límites indefinidos.

El segundo aspecto (la imposibilidad de recurrir las decisiones de ese tribunal *de garantías* sobre la *idoneidad* de las diligencias acordadas o rechazadas por el fiscal) tiene consecuencias aún más visibles. La diferencia entre el modelo vigente, el del Anteproyecto de 2011 y el de la Propuesta de 2013 se plasma en una graduación de posibilidades para la defensa: en el modelo de la LECrim. puede proponer sus propias diligencias, cuestionar las que proponen las acusaciones y recurrir las decisiones del juez al respecto, así como las que este adopta de oficio, cuando entiende que le perjudican; en el modelo del Anteproyecto la investigación *unilateral* dirigida por el fiscal y *completada*

en su caso por las acusaciones particular y popular, no puede materialmente perjudicar sus posibilidades de defensa, precisamente porque la falta de homologación judicial de *fondo* y la falta de contradicción en su práctica preservan todo el potencial defensivo en los dos frentes: la posibilidad de cuestionar la prueba de cargo y la libertad de aportar prueba de descargo; pero en el sistema de la Propuesta de 2013 no solo se otorga al Tribunal de Garantías la función clásica de *autoconsolidación* del material instructorio; es que además —a diferencia de lo que ocurre en la LECrim.— sus decisiones en ese terreno son irrecurribles. Por eso, de los tres, este último es sin duda el modelo menos favorecedor de la igualdad de armas y, en contra de lo que pretende aparentar, del derecho de defensa.

En suma, una primera aproximación general permite corroborar que la vinculación del principio de *contradicción* a una verdadera y eficiente garantía de dicha igualdad exige, como se puso de manifiesto en la primera parte, su adecuada administración en función de las necesidades de tutela de los derechos del imputado/acusado en cada momento del proceso. La sumisión de la fase de investigación, en su integridad, a un régimen de *plena contradicción* genera, como se ha visto, efectos palmariamente contraproducentes.

De ahí que sea preciso concretar en qué momentos del procedimiento la aplicación del principio de contradicción puede verdaderamente contribuir a asegurar la igualdad de armas de las partes, y en particular la igualdad de armas de la defensa frente a la acusación. A continuación se examinan, sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos en los que el despliegue de ese principio sí resulta realmente operativo en el plano de las garantías:

a) El derecho a impedir o cerrar la investigación

Por obvias razones, en un sistema basado en la presunción de inocencia el primer debate

contradictorio al que las partes, y en particular el investigado, han de acceder es el de la legalidad misma de la investigación. Hay que subrayar el concepto “legalidad”, porque no se trata de un debate valorativo sobre la oportunidad o la viabilidad de la eventual acusación. El Anteproyecto de 2011 también abría cauce a esa otra cuestión, pero después de que el fiscal hubiera agotado el margen temporal de que disponía (he aquí una nueva manifestación de la *ventaja limitada* a favor del Estado) para poner en pie la tesis acusadora.

En efecto, lo que *a limine* cabe discutir, en plena igualdad de armas, es decir, ante un juez que oír desde su posición equidistante a las partes y decidirá con arreglo a Derecho, es si la investigación misma vulnera la presunción de inocencia, sencillamente porque no se dan los presupuestos legales para abrirla. Así, el art. 462 del Anteproyecto preveía que “*el Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición del investigado, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal*” y añadía que “*esta resolución requerirá la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra ella recurso de apelación*”, norma que se reproduce casi literalmente en el artículo 241 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

Se cumple de este modo la regla de que todo cambio en el estatus procesal del sujeto pasivo —en este caso, la adquisición de la condición misma de *investigado* o *encausado*— se resuelva en régimen de contradicción y, por tanto, de igualdad de armas: ambas partes, acusadora y acusada, tienen iguales posibilidades de alegación ante el juez. La *asimetría* resurge, no obstante, en el régimen de recursos: solo la resolución de sobreseimiento (no la que lo rechace) es recurrible. Pero aquí la razón de dicha asimetría resulta evidente: compensa la recíproca desproporción de efectos anudados a cada una de las dos decisiones que el juez puede adoptar. Mientras que la petición de sobreseimiento por esta causa puede reiterarse cuantas veces entienda la defensa que hay

razón para ello, el sobreseimiento es una resolución no solo definitiva —desde el punto de vista de la viabilidad del proceso, y por tanto de las posibilidades de la acusación— sino que además produce efecto de cosa juzgada, es decir, equivale a la absolución (art. 535.1 del texto de 2011 y 421.1 de la Propuesta de 2013).

Como se ha dicho, en el modelo de 2011, junto a ese *derecho a impedir la investigación* se reconocía el derecho del investigado a exigir la terminación del proceso una vez que el fiscal ha agotado su margen de acción bajo el paraguas de la inimpugnabilidad de sus actuaciones investigadoras fuera de los supuestos expresamente autorizados por la ley (art. 492). La defensa, complementando en su caso esa investigación a través de las diligencias finales a las que también se ha hecho ya referencia (que de ser rechazadas por el Ministerio Público daban lugar a un incidente judicial en régimen de contradicción, igualmente examinado), podía oponerse a la prórroga de la investigación, instando de la autoridad judicial *imparcial* el cierre inmediato del proceso. En efecto, en ese texto tal prórroga solo era posible si la autorizaba el juez de garantías oídas todas las partes (art. 482.2).

El artículo 127 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 *parece* instaurar un régimen similar, pero de nuevo las diferencias son notables, puesto que no solo se define un *fiscal fiscalizado* que no dispone ni de su propio espacio ni de su propio tiempo *para la investigación*, sino que precisamente por ese motivo no puede delimitar con verdadera precisión el alcance de sus funciones ni de la investigación misma, que como se ha visto puede avanzar por caminos impredecibles en función de cómo actúe el engranaje *juez-partes*. El art. 484 del Anteproyecto de 2011 establecía que “*el Juez de Garantías no autorizará la continuación de la investigación cuando no la estime justificada o cuando considere que el procedimiento de investigación se ha dilatado indebidamente*”, advirtiendo expresamente de que contra esa resolución —directamente inspirada, como es obvio, en el principio de presunción de ino-

cencia que la investigación conclusa del fiscal no había logrado cuestionar— no cabía recurso. El texto de 2013, forzosamente más impreciso, no puede ofrecer una solución semejante: se limita a disponer que en estos casos “*el Tribunal de Garantías, a instancia de parte y previa audiencia del Fiscal, fijará a éste un plazo máximo para la clausura de la investigación*”, y acto seguido somete esa *clausura* al régimen general de la conclusión y, en su caso, sobreseimiento del proceso (arts. 418 y ss). No hay, por tanto, una *sanción procesal* específica del exceso investigador, es decir, no se sabe muy bien qué ocurre si el fiscal incumple el plazo, *o no le dejan cumplirlo*. De nuevo en este texto la *igualdad de armas* parece más un modo de conducir el procedimiento —la *vía férrea*, tal vez larguísima, hacia la apertura del juicio— que el fruto de una verdadera convicción sobre la función garantista del proceso.

b) La investigación complementaria de la defensa

Como repetidamente se ha dicho, el Anteproyecto de 2011 se basaba en un esquema en el que igualdad de armas se administra distribuyendo los tiempos y los márgenes de actuación de los diferentes intervinientes, conforme al objetivo de *equilibrio equitativo final* que se ha descrito.

Así, concluida la investigación del fiscal, este debía “*dar traslado de todo lo actuado a la defensa y a los acusadores personados para que, a la vista del resultado de la investigación, en el plazo común de diez días propongan la práctica de las diligencias complementarias que consideren necesarias, reiterando en su caso la solicitud de las que hubieran interesado con anterioridad y no hayan llegado a practicarse*” (art. 494.1). El Anteproyecto —por presumibles razones de celeridad y economía procesal, pensando especialmente en evitar todo intento de *inquisición general* a instancia de las acusaciones personadas— permitía al fiscal aceptar solo las que fueran *útiles para la investigación* (art. 494.2), pero el canon de admisibilidad de las diligen-

cias propuestas por la persona investigada era en realidad otro: que *resulten imprescindibles para ejercer la defensa* (art. 495.1); y el encargado de apreciar esa naturaleza *imprescindible* era, en caso de discrepancia, el juez de garantías, previa audiencia de las partes (art. 495.2 en relación con el art. 493).

Es aquí donde más claramente se percibe la descrita dinámica *secuencial* de la investigación: la acusación ha agotado su turno, en un tiempo cuya limitación temporal busca —según ya se ha explicado— asegurar el *mínimo daño posible* para el sujeto amparado por la presunción de inocencia. Cerrado ese capítulo la defensa puede exigir que aquello que le puede ser favorable y no se aportó —de oficio o a su instancia— se aporte ahora. Es el momento de la *igualación*, cuando ya nada de lo que se haga puede perjudicar al investigado, puesto que el acusador ya no dispone de ningún mecanismo de retorsión. Consecuentemente resurge de nuevo en este instante el régimen de contradicción: es el juez de garantías, previa audiencia de las partes, quien resuelve de manera inapelable acerca de la necesidad —y por tanto de la práctica— de esas diligencias, que, como ya se dijo, el fiscal debe inexcusablemente practicar. Además, un resultado fructífero de ese *contraataque defensivo* abría en el Anteproyecto la posibilidad de una *segunda vuelta*, cuando esas actuaciones complementarias revelasen *hechos o datos que no hubieran sido conocidos y no constasen en el procedimiento de investigación con anterioridad*. En este punto *las armas* de la defensa se reforzaban permitiéndole exigir nuevos actos de investigación siempre que su práctica fuera *directamente* determinante (“*de su resultado pueda depender directamente*”, decía el art. 497.2) de la decisión sobre la apertura del juicio oral.

En realidad, ese debate en régimen de contradicción, aparte de las posibilidades de recurso en los supuestos de archivo y sobreseimiento (arts. 499 y 500) era mera y parcial anticipación de otro, el propio de la fase intermedia, que se centraba en la decisión sobre la

apertura del juicio oral. A esto se dedicará el apartado siguiente.

En la Propuesta de 2013, como se ha anticipado, la dicotomía *acusación-defensa* resulta mucho más desdibujada. Se reproduce con matices accesorios el modelo de *instrucción* de corte inquisitivo de la vigente LECrim., por lo que el fiscal no tiene la posibilidad de dirigir y orientar su propia investigación, sino que actúa como agente al dictado de un Tribunal dotado de la facultad de ir dando forma a *la verdad judicial* a partir de una *contradicción* o *diálogo* permanente entre las partes. Ya se ha argumentado cómo lejos de fortalecer la igualdad de armas, ese sistema *desarma* a la defensa convirtiéndola en colaboradora cualificada de la consolidación de una *verdad judicial* previa al juicio, e incluso al *juicio de acusación*.

La configuración del fiscal como mero *oficiante* del Tribunal da lugar, en la esfera de la práctica de diligencias de investigación, a situaciones como la que por ejemplo plantea el artículo 376, que otorga al representante del Ministerio Público la facultad unilateral de declarar inadmisibles las preguntas que las *otras partes* quieran hacer a los testigos. La Propuesta ofrece aquí una de las más vivas ilustraciones de una insalvable paradoja: difícilmente puede darse la *igualdad de armas* en un acto en que la contradicción es arbitrada por una de las partes. El resultado es aún más demoledor que en el modelo vigente: la defensa ya no avala con su presencia e intervención la *verdad judicial* resultante de esa declaración, sino que directamente colabora a robustecer con el blindaje de la contradicción una “verdad” obtenida bajo la “dirección arbitral” *del propio acusador*.

En ese contexto, no se reserva naturalmente a favor de la defensa un espacio específico para la investigación y aportación de los materiales de descargo, como en el Anteproyecto de 2011, sino que, más allá de la capacidad de intervenir constantemente en la *instrucción*, la posibilidad de practicar *diligencias complementarias* a instancia del *encausado* se articula *después* del escrito de acusación (art. 427), en

un extraño trámite de *revocación del decreto de archivo* (¿?)³⁸, que en realidad parece posponer al *juicio de acusación* (ni siquiera identificado como tal, según se verá) la práctica de unas actuaciones que podrían haber impedido la acusación misma, en lugar de forzar su revocación una vez formulada. Este modelo de *acusación de ida y vuelta* es seguramente la consecuencia directa de la ya descrita falta de definición de los límites del objeto y el fin de la investigación que genera ese sistema de *instrucción colaborativa* a tres bandas, hasta el punto de que realmente la concreción de los cargos se produce en este momento tardío de la acusación. Seguramente por eso solo una vez formulada dicha acusación es viable una reacción eficaz de la defensa, con las perturbadoras consecuencias que se verán en el apartado siguiente.

c) El derecho a impedir la apertura del juicio si no hay fundamento para ella

Como nos había advertido el Tribunal Constitucional, la igualdad de armas se convierte en obligada regla de funcionamiento del proceso en el momento de decidir sobre la viabilidad de la acusación, puesto que de esa decisión depende la mutación del estatus del sujeto, que pasa de ser meramente investigado a ser acusado en un juicio. La ventaja de la acusación ya se ha terminado. La fase intermedia es, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, necesariamente estructurada como un debate de igual a igual. Acusación primero y defensa después tuvieron la ocasión de preparar sus posiciones: la evaluación del resultado corresponde a un tercero, que deberá valorar, desde la equidistancia, las aportaciones que en pie de absoluta igualdad puedan efectuar ambas partes.

Por eso los artículos 527 y siguientes del Anteproyecto de 2011 ofrecían la oportuna vía contradictoria, arbitrada por un juez *distinto* del que ejerció la función de garantía de la fase investigadora (art. 9), en régimen de plena igualdad de armas. En concreto, se articulaba

una *audiencia preliminar* en régimen de inmediación —e incluso de publicidad, en determinados casos— para solventar la impugnación de la acusación y resolver otras cuestiones complementarias sobre la apertura del juicio.

En la Propuesta de 2013 las cosas tampoco funcionan de ese modo: el sesgo inquisitivo del modelo se confirma en el hecho de que el *juicio de acusación* ni siquiera se configura como tal, sino que, muy cerca del régimen vigente, se diseña un mero trámite de preparación de la apertura del juicio oral, donde el potencial defensivo se diluye en la posibilidad —examinada en el apartado anterior— de que el resultado de las *diligencias complementarias* pueda llevar al fiscal a renunciar a una acusación que ya había formulado (art. 427). Fuera de ese muy improbable *salto atrás*, las diligencias complementarias no parecen alcanzar mayor objetivo que la eventual facilitación a la defensa de materiales añadidos para elaborar su escrito, y se pasa directamente a la fase del plenario. No hay posibilidad de examen contradictorio previo sobre la viabilidad de la acusación, sin duda en congruencia con el hecho de que la patente contaminación del Tribunal de garantías a lo largo de toda fase *instructora* haría ese examen de todo punto inútil, dado que la acusación y su resultado ya aparecen judicialmente avalados. En esas condiciones, un juicio de acusación basado en la igualdad de armas sería sencillamente una quimera; un formalismo inoperante frente a la *verdad judicial* ya establecida.

Por otra parte, en este punto es conveniente subrayar una idea imprescindible para comprender la mecánica de un proceso penal basado en la presunción de inocencia, y más específicamente la arquitectura de su fase intermedia. En el Anteproyecto de 2011 esta fase, articulada como se ha dicho en régimen de contradicción y con igualdad de armas, ante un juez ajeno a la investigación, solo se “activaba” en el caso de que el acusado impugnase la acusación (art. 522.1 y 523), pero cabía la alternativa de que no lo hiciera, procediéndose entonces a la directa apertura del juicio oral

(art. 522.2). Esto no quiere decir que la defensa “se conforme” con la acusación o con la apertura misma del juicio. Al contrario, concebir esa facultad como *un auténtico derecho de la defensa* constituye una clave esencial del sistema: nótese que todo el cambio de estructura de la fase de investigación, incluida la “reubicación” del juez y el fiscal, responde al esfuerzo de “descontaminar” el juicio oral del peso enorme que en el paradigma inquisitivo supone el hecho ya apuntado de que la acusación venga “santificada” por una resolución judicial que fija el relato fáctico resultante de la investigación y la conclusión de que esos hechos presentan efectivamente sólidos indicios delictivos y el imputado es, con alta probabilidad, su responsable. Establecer un sistema en que el juez (de garantías) aparezca como una figura mucho más equilibrada entre acusación y defensa y más distante de ellas, y obligar al mismo tiempo al investigado a someterse a una decisión final semejante, con esas mismas implicaciones, constituiría en realidad un enorme contrasentido, puesto que aquí sí estaríamos ante un juez verdaderamente independiente de la acusación que está tomando la decisión de abrir el juicio tras oír, en pie de igualdad, a ambas partes. La fuerza *contaminante* de su decisión para el Tribunal de enjuiciamiento sería mucho mayor.

Por eso el sistema acusatorio adversarial concibe el acceso al *juicio de acusación* como *un derecho de la defensa*, que ésta puede ejercitar conforme a su propia estrategia. El acusado podrá arriesgarse, si considera que tiene “armas” para ello, a intentar, entrando a fondo en el debate de la fase intermedia, que ese juez equidistante rechace la acusación y no abra el juicio oral. Sabrá que el riesgo al que se expone es que se confirme judicialmente —y por tanto, se refuerce— la pretensión acusatoria. Pero también puede optar por eludir las posibles connotaciones perjudiciales —por *prejudiciales*— de esa decisión y ejercitar su defensa directamente en el juicio, sin someter su estrategia a ese examen previo.

Se puede poner un ejemplo: si la defensa de un acusado que ha guardado silencio durante toda la investigación se reserva una tesis —y pruebas para apoyarla— que desarticulará por completo la acusación, es probable que no le interese “mostrar sus cartas” en la audiencia de la fase intermedia, pues con ello facilitaría a las acusaciones la posibilidad de reaccionar, de cara al propio juicio, frente a su inédita baza defensiva. En ese caso, podrá preferir que la apertura del juicio oral se decida sin su “colaboración”, esto es, sin debate y sin exhibición de su bagaje argumental, de modo que la decisión judicial de apertura del juicio no llevará implícito un “prejuicio” sobre la falta de credibilidad o de plausibilidad de la versión del acusado, que simplemente será una incógnita. Y, desvelada dicha incógnita en el juicio, la acusación ya no dispondrá de una nueva oportunidad, puesto que como es natural tiene prohibido, por imperativo de la garantía acusatoria, modificar sustancialmente sus conclusiones (art. 594.2 del Anteproyecto) o intentar la práctica de pruebas no propuestas al formular acusación (art. 566). Así, algo que hoy, bajo el imperio de la “verdad material”, no puede evitar el acusado (que un juez profesional y supuestamente imparcial se haya “pre-pronunciado” sobre el debate acusación-defensa, y ese pronunciamiento sea conocido por el tribunal enjuiciador), en un sistema de garantías como el que diseñaba el Anteproyecto sí era posible. De este modo, la presunción de inocencia podía llegar casi *judicialmente intacta* al juicio.

La Propuesta de 2013 tampoco responde a esos planteamientos garantistas. Ya hemos visto que el juicio de acusación ni siquiera se identifica —ni se nombra, como si se hubiera querido huir de una nomenclatura característicamente ligada al paradigma *adversarial* anglosajón— como un trámite autónomo regido por la regla de la contradicción. Más allá del estrecho juego de las *diligencias complementarias*, la decisión sobre la apertura del juicio oral no va precedida de un derecho del sujeto investigado a discutir en régimen de contra-

dicción/igualdad la viabilidad de la pretensión acusadora. La igualdad de armas en régimen de contradicción, profusamente administrada —en apariencia— en la fase *de instrucción*, se excluye precisamente cuando más sentido puede tener para un ejercicio eficaz del derecho de defensa.

Quizá podría argumentarse, en este sentido, que ese momento de *igualación* que representa el debate sobre la acusación no es necesario en un sistema de *instrucción colaborativa* como el que pretende diseñar la Propuesta, en el que se supone que la acusación no tiene *ventaja*. Sin embargo, ya se ha desvelado la falacia de ese aparente régimen de *contradicción continuada*: la capacidad de la defensa se limita a intervenir en las distintas diligencias que se practican —incluidas las que se practiquen a su instancia— tratando de orientarlas a su favor (con el riesgo de reforzar la “objetiva” fuerza acusadora de su resultado si no lo logra) y a intentar la legítima estrategia —en la arquitectura jurídica de ese modelo— de *obstaculizar el avance* de la investigación; pero no dispone de un momento para presentar ante un juez imparcial, no contaminado, un alegato crítico sobre el resultado global de esa labor inquisitiva.

d) El derecho a preservar la prueba de descargo

El derecho del investigado a ejercitar —o preparar— su defensa mediante la práctica de las diligencias de investigación al que ya se ha hecho referencia puede proyectarse de forma determinante más allá de la propia fase investigadora (es decir, de su influencia sobre la apertura del juicio oral), abarcando las bases del derecho a hacer uso de las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.2 C.E.). Se trata, en efecto, de la práctica de aquellas diligencias de las que pueda depender, precisamente, una prueba de descargo determinante incluso del resultado del proceso. Una vez más se cumple la regla de que la directa afectación al estatus del sujeto exige que la controversia se resuel-

va en régimen de igualdad de armas. El art. 504 del Anteproyecto de 2011 regulaba un incidente de *aseguramiento* de las fuentes de prueba (evitando la confusa nomenclatura de la “preconstitución”) para los supuestos en que “*pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral*”.

En principio podía instar su práctica cualquiera de las partes respecto de aquel material probatorio en peligro de desaparecer que entendiera imprescindible para sustentar su posición procesal, pero en el caso de la defensa ese procedimiento cobraba una especial relevancia porque era uno de los supuestos de ruptura de la asimetría *ventajista* que favorece al Fiscal en la tarea de investigación. El artículo 504 establecía, en efecto, que

“1. Cualquiera de las partes podrá promover el incidente para asegurar las fuentes de prueba, cuando pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral.

2. En todo caso, se iniciará el incidente, si así se solicita, en los siguientes supuestos:

a) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral.

b) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que puede ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral.

c) La declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley.

d) La declaración del investigado en los supuestos previstos en las letras a) y b) en lo relativo a la responsabilidad criminal de otras personas.

Obsérvese que la esfera de aplicación de esta norma era distinta de la del artículo 497.2 (práctica de diligencias de investigación decisivas para la apertura del juicio oral), que se ha examinado más arriba, tanto en el aspecto cronológico como en su objeto y finalidad: el incidente del art. 504 podía tener lugar, a instancia de la defensa (no así de las acusaciones

particular y popular, art. 506), en cualquier momento del proceso anterior al juicio, incluido, por tanto, cualquier momento de la fase de investigación. Y aquí no regía la condición de que el hecho que se tratase de acreditar fuera necesariamente determinante de la apertura del juicio, resultando por lo demás prematura cualquier valoración acerca del carácter “directamente determinante” de esa prueba sobre una eventual sentencia condenatoria.

Pese a ello, el Anteproyecto disponía que esa decisión había de tomarse en un incidente que incluía la formulación de alegaciones escritas de las partes y una somera actividad probatoria acerca de la efectiva concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma (arts. 508 y 509) y concluía con una resolución judicial irrecurrible (art. 510)

La regulación de este incidente podría hacer dudar de la congruencia del sistema tal y como en estas páginas se ha tratado de construir, puesto que no se confirma en este caso la regla de que la contradicción en régimen de igualdad de armas vaya aparejada a una decisión directamente determinante de un cambio de estatus del sujeto pasivo del proceso. En el supuesto del art. 504 no se da esa situación: al contrario, la influencia que pueda tener la diligencia que se trata de practicar sobre la situación procesal del investigado puede parecer ciertamente remota, e incluso desvanecerse por completo, puesto que si llegada la hora del juicio oral puede practicarse la prueba que se aseguró, esa actuación anticipatoria no consolidará efecto alguno (art. 515).

Hay que recordar, sin embargo, que lo que se ha sostenido en las páginas precedentes es que los cambios de estatus del sujeto pasivo del proceso se materializan en todo caso, por mor de la presunción de inocencia, mediante una decisión judicial adoptada tras un diálogo contradictorio en régimen de igualdad de armas; no que ese régimen sea privativo o exclusivo de esa clase de decisiones. Puede haber otros intereses en juego que recomienden ese mismo procedimiento, y conviene no olvidar

que en este supuesto se halla comprometido el derecho fundamental específico de las partes —y en particular del acusado— a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (24 C.E.), ya que si la prueba en cuestión no se preserva, puede perderse definitivamente la posibilidad de valerse de ella en el juicio.

Pero es que además la decisión acerca del aseguramiento de la prueba sí puede ser *directamente* determinante de la absolución o la condena: llegado el momento del juicio, la posibilidad de valerse de esa prueba dependerá, al margen de cualesquiera otras vicisitudes intermedias del proceso, de lo que se haya decidido en ese instante previo; y si se denegó el aseguramiento y la prueba se ha perdido, no podrá practicarse y en consecuencia no podrá —en defecto de otras— influir determinadamente en el fallo. No en vano el Tribunal Constitucional considera que la vulneración del derecho a la utilización de medios de prueba “*está rigurosamente condicionada a la existencia de indefensión material (...) esto es, que [la prueba en cuestión] hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución*” (por todas, STC de 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 2).

Por consiguiente, el que la decisión sobre el aseguramiento se produzca en un momento que puede ser muy anterior —tanto en sentido procesal como cronológico— al instante en que producirá su efecto, no quiere decir que ese efecto no sea directo e inmediato.

El régimen de la Propuesta de 2013 no difiere sustancialmente del esquema descrito en cuanto a la descripción de los supuestos que justifican la práctica de lo que conforme a la terminología clásica sigue denominando “*prueba anticipada*”, pero —reacio siempre a la escenificación de la verdadera contradicción— el texto se limita a prever (art. 432) que se practicará “*a instancia de parte*”. No parece preocuparle la falta de debate sobre la verdadera necesidad y utilidad de esa práctica *contra natura* (partiendo de la base de que la

prueba se practica en el juicio oral), lo que resulta especialmente significativo si se tiene en cuenta que, a diferencia del citado art. 515 del Anteproyecto de 2011, la Propuesta no contiene una prohibición expresa de valorar en sentencia el resultado de esta clase de diligencias cuando finalmente el medio de prueba que se había anticipado sí acaba pudiendo practicarse *en directo* en el acto del juicio.

e) Las medidas cautelares

Otra de las áreas que evidentemente quedaba dentro de la esfera de la plena igualdad de armas en el Anteproyecto de 2011 era el de la decisión acerca de las medidas cautelares. Una vez más, la afectación sustancial y —con mayor o menor intensidad— irreversible de los derechos del sujeto al que se aplican constituía la clave para que ese cambio de estatus procesal fuera sometido a la decisión de un juez imparcial, oídas las partes.

El Anteproyecto proclamaba que “*la persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad*” (art. 178.1), y a partir de esa regla general —de gran expresividad jurídica pese a tratarse de una traducción algo tosca del original francés³⁹—, que como se ve es trasunto explícito de la regla rectora del proceso (la presunción de inocencia), se articulaban toda una serie de medidas personales (caución, localización mediante medios electrónicos, obligación de presentación, prohibición de salida del territorio español, etc., y, por supuesto, la prisión provisional), todas ellas “*bajo control judicial*” (art. 178.2). Control que comenzaba por el propio procedimiento de decisión, mediante una comparecencia en la que las partes, en pie de igualdad, podían formular alegaciones y proponer y practicar pruebas (art. 215), teniendo derecho asimismo —aquí también en plena situación de igualdad— a recurrir la resolución que se adoptase (art. 222).

Y un régimen similar se contemplaba para la adopción de medidas cautelares reales (art. 226.4).

En este apartado ni siquiera es preciso explicar la razón de ser de ese procedimiento: se cumple, con mayor visibilidad quizá que en ningún otro caso, la regla de que la medida de que se acuerda —o se rechaza— comporta una transformación sustancial de la *situación* (no en vano ese es el término que tradicionalmente empleamos cuando de medidas personales se trata) de la persona afectada.

Pero nada de eso impide que el principio de eficacia de la investigación autorice al fiscal a acordar la detención (art. 168), como en el sistema hoy vigente, ni que se aclare el régimen de adopción de medidas reales, en caso de urgencia, también a cargo del Ministerio Público (art. 228). En estos casos el equilibrio entre eficacia y presunción de inocencia (y la consiguiente igualdad de oportunidades de las partes) se busca nuevamente a través del ulterior control judicial, esto es, mediante la técnica de articulación *secuencial* de las intervenciones de las partes, de manera que la eficacia de la investigación nunca se “impone” a la presunción de inocencia, sino que a lo sumo se “adelanta” interinamente al control de legalidad en el que cristaliza esa presunción. Si se piensa bien, esa técnica consistente en *diferir* el debate contradictorio respecto de todo aquello que no lo exige en el momento inmediatamente previo a decidir, reina en la totalidad del proceso: todo lo que ocurre antes del plenario (la legalidad de la detención, la licitud de la obtención de los medios de prueba, el respeto de las garantías de defensa —asistencia letrada etc.— en las diligencias de investigación) será antes o después, incluso en el propio juicio, objeto de un debate contradictorio. De ahí que su articulación *secuencial* no impida la “igualdad de oportunidades”, que se termina proyectando, a modo de balance global, sobre toda la extensión del procedimiento. Y de ahí que ese modo de articulación no presente objeción alguna desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, que —recordemos— para valorar la calidad *equitativa* de un proceso concreto toma como punto de referencia “*el procedimiento considerado en su conjunto*”.

Aunque ya se ha explicado que la Propuesta de 2013 no obedece a esa concepción *estructural* de la igualdad de armas, en materia de medidas cautelares el esquema es sustancialmente similar al del anterior Anteproyecto, con la única salvedad relevante, desde el punto de vista organizativo, de que, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares reales (art. 210), para la adopción de medidas personales no se contempla un procedimiento estándar —como el art. 215 del texto de 2011— sino que se proclama genéricamente un principio *de jurisdiccionalidad* (art. 150) que se remite a un procedimiento singular para cada caso. El modelo se acerca más, de nuevo, al vigente esquema de la LECrim, en particular al configurar el sistema de *comparecencia de prisión*.

B. LA POSICIÓN DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL

Pese a todo lo que hasta aquí se ha dicho, dentro del proceso penal vigente en España el momento en que seguramente se hace más patente la lejanía de un modelo de verdad cimentado sobre la presunción de inocencia es del tratamiento procesal de la declaración del acusado en el plenario. Hasta el extremo de que, de hecho, la práctica forense en nuestro país es —por insólito que parezca— manifiestamente alegal, si no ilegal, y desde luego comporta un retroceso manifiesto respecto del esquema diseñado por don Manuel Alonso Martínez en la Ley de 1882.

En efecto, si repasamos el texto de la vieja Ley, encontramos que dentro del Título III dedicado a la celebración del juicio oral, la Sección I del Capítulo III (*Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral*) dispone que al inicio de las sesiones, “...preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito...” (art. 688), “exigiendo contestación categórica” (art. 693) y “si (...) contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar

sentencia” (art. 694). Por el contrario, “*si el procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste*” (art. 696).

Pues bien, a continuación —y sin solución de continuidad— comienza la Sección II del mismo Capítulo III. Y su encabezamiento es expresivo: *del examen de los testigos*. Sencillamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dice, ni en ese lugar ni en ningún otro, ni en la regulación del procedimiento ordinario ni en la del abreviado, que en el juicio oral se tenga que (ni *se pueda*) recibir declaración al acusado. Y, desde luego, no contempla que esa declaración tenga lugar al comienzo del juicio, antes de la práctica de la prueba. La ley permite al acusado *confesarse culpable*, es decir, conformarse con la acusación que se le formula, aceptando la condena que para él solicita la parte acusadora, pero en ningún lugar sugiere ni regula una declaración en forma de interrogatorio del acusado que se ha declarado inocente, concebida como *prueba* y —esto es lo más relevante— mucho menos *como prueba de cargo*.

¿Se trata de un error o un olvido de aquel minucioso y concienzudo Legislador? Así pareció entenderlo la Instrucción nº 51 de 1883 del Fiscal del Tribunal Supremo, que, pese a reconocer que las normas que se acaban de transcribir —y acababan de entrar en vigor entonces— reducen la intervención del acusado a la confesión en sentido estricto, invoca el concepto tradicional de “*prueba de confesión*”, a la que califica como “*uno de los medios más interesantes para el descubrimiento de la verdad*”, para acto seguido argumentar que “*cuanto en un sumario es permitido hacer, puede practicarse, y aun en muchos casos debe ser practicado, en el juicio oral. Porque esto es indudable para el legislador, se admite como medio probatorio la confesión de los procesados, se prescriben en su caso los careos de éstos con los testigos, y se le permite al presunto reo exponer en su defensa cuanto juzgue que le conviene*”. Argumentación que en efecto triunfó: la Memoria de la Fiscalía de ese año da

cuenta de que “*remitidas estas instrucciones (...) á varios Fiscales, por el de Cuenca se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma (...) y la Sala Tercera de este Supremo Tribunal (...) ha declarado haber lugar a dicho recurso; y el Fiscal de Pamplona (...) también interpuso recurso de casación por igual motivo, y dicha Sala tercera, en sus respectivas sentencias de 28 y 30 de Junio de este año, ha declarado haber lugar á los indicados recursos*”. Con unos razonamientos —cabe añadir— sustancialmente calcados de los del fiscal.

Aparte de confirmar que las apreciaciones sobre la trascendencia de la idea de “*búsqueda de la verdad*” en el modelo de proceso que se realizaron en la primera parte de este trabajo no son meras hipótesis teóricas, la tesis de D. Trinitario Ruiz Capdepón (el Fiscal del Tribunal Supremo firmante de aquella Instrucción) y la subsiguiente jurisprudencia del Alto Tribunal son patentemente tributarias de la inercia inquisitiva que el propio Alonso Martínez temía respecto de “*todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes*”. La idea de que todo lo que se hace en el sumario puede hacerse en el juicio con más razón aún no es menos contraria a la esencia de un sistema acusatorio basado en la presunción de inocencia que el peculiar análisis comparativo que aquel Fiscal del Tribunal Supremo ofrecía como apoyo de su tesis: es obvio que los careos del acusado con los testigos —polémica figura donde las haya— no son otra cosa que un mecanismo de cuestionamiento y refutación de la credibilidad *del testigo* (que es el que viene obligado a decir la verdad), no una manifestación de la entidad probatoria de la declaración del acusado; y es igualmente evidente que el derecho a la última palabra de éste último presenta dos características que precisamente hacen que su tratamiento procesal se encuentre en las antípodas de la declaración que hoy se le toma al inicio del juicio: a) al pronunciar su “*última palabra*” el acusado dice lo que quiere, no es preguntado —y mucho menos por la acusación—; y b) ese trámite tiene lugar *al final* del

juicio, cuando se ha practicado toda la prueba y por tanto el beneficiario de ese último derecho conoce su resultado.

Por si alguna duda quedaba, la respuesta a la pregunta acerca del proceder del Legislador que se realizó unos párrafos más arriba es, hoy, clara: no hubo ni error ni omisión. El modelo de juicio oral de Alonso Martínez se inspiró —del mismo modo que muchos otros aspectos de su ley— en el sistema anglosajón (más concretamente, en el proceso inglés). La razón de ese modelo es tan patente como distante de la mentalidad de aquellos juristas españoles herederos de una multiseccular tradición inquisitiva: si la condena ha de basarse en la convicción del tribunal sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable en virtud de una prueba de cargo apta para ello, y el acusado no confiesa (puesto que si confiesa, no hay juicio), resulta un contrasentido, manifestamente atentatorio contra su presunción de inocencia, que esa “prueba de cargo” sea precisamente su declaración.

Así se invierte de modo radical toda la arquitectura del proceso: si el juicio se inicia con la declaración del acusado que niega la acusación, el resto del debate fácilmente se concentrará en un ejercicio de refutación, es decir, en el esfuerzo de acreditar que la versión de la parte acusadora (que, como hemos visto, viene además avalada por un juez, llamado *de instrucción*, supuestamente imparcial) es más consistente que la del acusado, o, lo que es lo mismo, que la de éste es menos creíble. Bastará con convencer al tribunal de que es más razonable la inferencia probatoria de la acusación que la de la defensa para lograr la condena. Y cabe preguntarse ni no es eso es lo que ocurre en un importantísimo porcentaje de los juicios que se celebran en España, por no decir en todos. De ahí que incluso la ubicación de la declaración en un momento determinado del proceso sea relevante: el acusado que hace voluntariamente uso de su derecho a la última palabra está en posición de reafirmar su tesis y salir al paso de la prueba de cargo; el que declara en primer lugar, por el contrario, puede

dejar escrita en el acta su propia condena, en palabras que se arrepentirá de haber pronunciado cuando escuche lo que viene después, cometiendo un error que ya será irreparable en ese momento. Habla a ciegas, y no solo eso, sino que lo que diga puede influir además en el objeto y el contenido de la prueba que se practique a continuación.

Esta forma de administrar los tiempos nos devuelve a la idea clave de la concepción *secuencial* de la igualdad de armas. No cabe duda de que el modo y el tiempo de la declaración del acusado que se ha declarado inocente condiciona absolutamente la efectividad de la presunción de inocencia en el juicio.

Huelga explicar, después de todo lo que se ha dicho, que el modo de proceder que en la práctica ha derivado de esa peculiar interpretación de nuestra legislación (que sin embargo nadie parece haber discutido nunca con demasiado énfasis, no siendo tampoco cierto el argumento de que “da igual” porque el acusado puede negarse a declarar⁴⁰) está exactamente en las antípodas de lo que se pretende con la presunción de inocencia, que es que la condena solo pueda producirse cuando la acusación logra aportar una prueba de cargo suficiente para convencer al tribunal más allá de toda duda razonable (que obviamente no es lo mismo que *cuando le ofrezca más dudas la tesis del acusado que la del acusador*). Es la acusación quien tiene que *ganar* el juicio, no el acusado el que tiene que *evitar perderlo*. Convertir la debilidad argumental o la falta de credibilidad del acusado en prueba de cargo —a veces en única prueba de cargo— es, sencillamente, revivir una modalidad dulcificada (al menos no se recurre al tormento) de la vieja *probatio plena*. Que una tradición de más de cien años, basada en una interpretación manifestamente equivocada de las intenciones del Legislador, sea a fecha de hoy la única base sobre la que se mantiene una alteración tan seria del régimen de garantías del acusado en el juicio, es, cuando menos, sorprendente.

Por eso sin duda el Anteproyecto de 2011 recuperaba, con mayor precisión, el razonable y modernizador impulso de la LECrim. de 1882. El artículo 567.5 del frustrado texto decía:

“El acusado sólo prestará declaración si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que ésta considere oportuno.

La declaración del acusado podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa.

El tribunal en ningún caso podrá rechazarla”.

En definitiva, nuestra reflexión acerca de la relación entre igualdad de armas y presunción de inocencia aboca nuevamente en este punto a la idea de equidad global del proceso. “Igualar” la declaración del acusado con las (“demás”) pruebas de la acusación constituye a todas luces un atentado contra la regla rectora del proceso, incurriendo en la flagrante contradicción de condenar por su propia declaración o incluso por su silencio a quien, amparado por la presunción de inocencia, *expresamente se ha negado a confesar*. No cabe duda de que la declaración del acusado podrá contribuir a dotar de credibilidad a la prueba de cargo (que necesariamente ha de ser otra), sea confirmando su resultado material, sea por no aportar elementos de interpretación y valoración de los hechos probados que contradigan la versión del acusador; pero hay un abismo conceptual entre esto y convertir la propia declaración del acusado que no se confiesa responsable del delito en el fundamento de su condena. Y además —conviene insistir— su ubicación como punto de partida del debate pervierte por completo la estructura del plenario: el debate ha de versar sobre la credibilidad de la acusación, no sobre la de la defensa.

La igualdad de armas en este punto es, por tanto, impracticable. Se trata, como en su lugar se indicó, de uno de esos supuestos en que los derechos en juego son diferentes: el acusado tiene derecho —art. 6.3.d) CEDH— a interrogar a los testigos que declaren en su con-

tra y a que se cite y oiga a los que declaren en su favor; pero no hay un derecho “recíproco” —porque la regla de presunción de inocencia impide tal reciprocidad— a que la acusación pueda interrogar sobre los hechos al acusado con el fin de utilizar su declaración en su contra, máxime cuando el ejercicio de su derecho a no contestar puede —como *suele*— tener consecuencias negativas para él.

La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 asume en lo fundamental estos principios y su plasmación normativa en términos casi idénticos a los del Anteproyecto, aunque como en muchos otros pasajes su texto parece el resultado de un especial esfuerzo para que la redacción no sea la misma. El art. 448.1 dispone que *“el encausado⁴¹ prestará declaración única y exclusivamente a instancia de su Letrado. La declaración del encausado podrá ser propuesta por su Letrado en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla”.* Y también se reproduce casi literalmente, en el apartado 5 del mismo artículo 448, la norma que completa, desde la misma perspectiva de la presunción de inocencia, el sentido procesal de esa regulación del régimen de declaración de la persona juzgada: *“No se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado (...)”.* (Vid. art. 583.2 del Anteproyecto)

C. LA DISCRIMINACIÓN DE MOTIVOS PARA ACCEDER A LA SEGUNDA INSTANCIA, Y LA PRESENCIA DEL ACUSADO EN ELLA

Por último, la igualdad de armas no debe ser confundida tampoco en la segunda instancia con una disposición estrictamente simétrica de los derechos y posibilidades de las partes.

Un entendimiento del doble grado de jurisdicción penal conforme a los valores constitucionales es una de las grandes cuentas pendientes de nuestro sistema. Y si se acaba

de emplear el término “entendimiento” es porque en esta cuestión no solo hay que afrontar el problema de la obsolescencia normativa — como en todos los demás ámbitos del proceso penal— sino que también parece detectarse en amplios sectores de la comunidad jurídica, incluido algún sector del Tribunal Supremo⁴², una dificultad para ver (o una resistencia a aceptar) la mecánica de la doble instancia desde el ángulo de los derechos fundamentales.

En efecto, la cuestión podría resumirse muy esquemáticamente (puesto que el estudio en profundidad de esta materia exigiría de mucha más extensión)⁴³ mediante la misma idea que sirve de hilo conductor a este trabajo: las distintas partes en el proceso penal no son titulares de los mismos derechos, y por tanto su posición procesal ha de ser distinta para preservar, por vía de compensación, el equilibrio que se identifica con la naturaleza “equitativa” de dicho proceso. De este modo, la “igualdad de armas” no equivale a “igualdad de derechos”, sino que es un concepto instrumental necesario en determinados momentos del procedimiento, precisamente para asegurar la “equidad” como resultado global.

En la regulación del doble grado de jurisdicción esa idea se hace, o se puede hacer —como ocurría con la presencia del acusado en el juicio— especialmente visible. Como se apuntó en la primera parte, el acusado es titular de un derecho a la doble instancia (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el acusador no. El acusado está favorecido por la presunción de inocencia (hasta que la sentencia sea firme) y el acusador no es beneficiario de ninguna presunción simétrica a su favor.

Esta distinción genera consecuencias tanto en el ámbito del acceso al recurso como en el de la posición de las partes en la segunda instancia. Veamos sucintamente cómo se plantean esos problemas y cómo los abordaba el Anteproyecto de 2011, y su reconsideración en la Propuesta de 2013:

a) El acceso al recurso de apelación

El artículo 14 PIDCP, conforme al cual (art. 10.2 C.E.) ha de interpretarse el derecho de tutela judicial efectiva del acusado, incorpora inequívocamente un derecho a revisar —en todos sus extremos— la sentencia condenatoria.

Pero, como hemos visto, no existe un derecho *especular* a la revisión de una sentencia absolutoria. Ésta deberá ser reconsiderada, sin duda, cuando vulnere un derecho fundamental del acusador, en particular, su derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a obtener una resolución jurídicamente motivada que no incurra en error manifiesto, arbitrariedad o irracionalidad, según la constante doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁴. Pero la parte acusadora no es titular de un derecho fundamental a la condena (*vid. infra*). No existe tal derecho.

Dadas esas premisas, la presunción de inocencia entendida como regla del proceso, y no desvirtuada después de un juicio con todas las garantías que concluye en sentencia absolutoria, obliga a reflexionar sobre las condiciones en que esa sentencia puede revisarse.

La cuestión hunde sus raíces en la naturaleza misma del sistema: ¿cuántas oportunidades tiene que tener el Estado para conseguir la condena de un acusado presumido inocente? En este punto volvemos al origen de todas estas reflexiones: en el proceso inquisitivo regido por la idea de “búsqueda de la verdad”, este “fin primordial” justifica sin duda que el Estado “dueño” de esa verdad pueda concederse a sí mismo una segunda oportunidad para buscarla cuando la sentencia no ha coincidido con la acusación (formulada por el propio Estado sobre la base de la “verdad” hallada por el juez de instrucción). Pero en un proceso basado en la presunción de inocencia y circunscrito a un debate entre acusación y defensa —que comparecen pertrechadas de sus propias y diferentes garantías—, no parece que pueda justificarse esa “segunda oportunidad” para la condena. Obsérvese que el proceso ya ha satisfecho plenamente esos respectivos y distintos

derechos de las partes: el de la defensa a hacer valer la presunción de inocencia, en este caso con éxito, y el de la acusación a la tutela judicial efectiva para sostener, en un juicio equitativo, su tesis acusadora, construida a partir de una actividad investigadora para la que cuenta con amplios poderes, y obtener finalmente una resolución que cumple el canon del derecho a la tutela judicial efectiva.

Veámoslo en términos más concretos: la persona presumida inocente fue absuelta por un tribunal al que la acusación, en pleno ejercicio de todas sus facultades, no logró convencer de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y así lo expresó el propio órgano judicial en una sentencia razonada, que no incurrió en error, arbitrariedad ni irracionalidad, y que por tanto no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de nadie, en particular de la propia parte acusadora (en tal caso, sí existiría un motivo de recurso). En esas condiciones, y habiendo proclamado que “no existe ‘un principio de legalidad invertido’, que otorgue al acusado un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, FJ 4)” (ATC 365/2008, de 17 de noviembre), ¿cuál es el soporte dogmático de ese juicio de segunda instancia contra el acusado absuelto? Parece obvio que en un sistema acusatorio basado en la presunción de inocencia, no lo hay. Puede establecerse, sin duda (puesto que no se vulnera propiamente la prohibición de *double jeopardy*)⁴⁵, atendiendo a consideraciones de “alarma social”, de “seguridad material” (que no jurídica), o, en fin, de “ley y orden”, un mecanismo de doble grado de “plena” jurisdicción. Pero ni tiene por qué hacerse, ni se ajusta bien a los principios del sistema, cuando esos principios se identifican, como pretendemos, con los derechos fundamentales de las partes.

Todo ello con independencia de ciertas cuestiones de procedimiento. Volver a valorar la prueba en segunda instancia para condenar genera dificultades como las que se han puesto de manifiesto en nuestro modelo procesal vigente a partir de la STC 167/2002, a la que

enseguida se hará una breve mención, cuando se trata de medios probatorios que requieren la intermediación del órgano judicial. Evitar esas dificultades mediante la práctica —es decir, la repetición— de la prueba ante el tribunal de apelación conduce al problema alemán, es decir, a la absoluta desvirtuación de la primera instancia, puesto que la prueba que realmente “vale” es la que se practica en la segunda, lo que da lugar a todo un juego estratégico dirigido a no “mostrar las cartas” ante el tribunal *a quo*.

Y, por último, el acceso libre y pleno al doble grado de jurisdicción genera una seria paradoja cuya solución no es fácil más allá de artificiosas construcciones formales. Si el acusado, absuelto en la primera instancia, es condenado en la segunda, ¿qué hay de su derecho a que la sentencia condenatoria sea revisada? Obsérvese que este problema no se da en los supuestos en que la acusación recurre la sentencia absolutoria por una infracción de ley o quebrantamiento de forma que en definitiva suponga vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva: en este caso la estimación del recurso comportará la anulación de la sentencia, y posiblemente del juicio, según cual sea el momento en que se produjo la vulneración del derecho fundamental; y, por tanto, tendrá lugar la retroacción de actuaciones, de modo que, una vez devuelto el proceso a la primera instancia y subsanado el vicio, el nuevo fallo producido en esa misma primera instancia será, lógicamente, de nuevo revisable. Pero cuando se alza el acusador en apelación discrepando de la mera valoración judicial de la prueba, lo que se está aceptando es un nuevo juicio (con “conocimiento pleno”) ante el Tribunal *ad quem*, del que nacerá una nueva sentencia, que no “anula” la anterior, sino que la desplaza y la sustituye. Si no hay más instancias —y no suele haberlas; en España no la hay— ésta no será revisable en modo alguno.

Es verdad que esta situación tiene cobertura en el artículo 2 del Protocolo nº 7 al CEDH⁴⁶, ratificado por España en 2009. Pero, al margen de las contradicciones que derivan

de la aceptación simultánea de este Protocolo y el art. 14 PIDCP (que en este punto, como ha señalado PÉREZ MANZANO⁴⁷, son incompatibles, pese a que las autoridades españolas no parecen inmutarse, y han ratificado el Protocolo sin denunciar el Pacto) no parece difícil intuir que la “calidad” del derecho sufre considerablemente con las excepciones que se hacen a su ejercicio.

Conviene por ello hacer notar que la “artificiosidad formal” antes mencionada no es atribuible a esas normas internacionales *per se*, sino que procede de un determinado entendimiento de las mismas, seguramente no conforme con su propia filosofía. En efecto, el Protocolo califica de “excepción” el supuesto de condena impuesta como resultado de un recurso contra una sentencia absolutoria, y hay que recordar además que el CEDH es una regla de mínimos, según su propio art. 53, de modo que *“ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”*. Por otro lado, la norma europea no prejuzga la naturaleza del recurso al que se refiere, que puede venir condicionada por otras consideraciones. Dicho de otro modo, que el Protocolo contemple la posibilidad de un primer fallo condenatorio en segunda instancia no quiere decir que, desde la perspectiva de la legalidad interna, el recurso contra el fallo absolutorio previo pueda (o tenga que) estar basado en cualquier motivo.

Como consecuencia de todo ello, podemos concluir que la integración del Protocolo 7 con el régimen de derechos fundamentales de la Constitución española nos permite condenar a alguien en segunda instancia aunque el fallo no sea revisable, pero ni nos obliga a establecer ese sistema ni prejuzga cuáles han de ser las condiciones de ese recurso, que pueden estar vinculadas a la optimización de los valores constitucionales —y los consiguientes principios procesales— en torno al principio

de presunción de inocencia. Al contrario, la calificación de esos supuestos como “excepcionales” invita precisamente a restringirlos: que alguien sea condenado por primera vez en segunda instancia y por tanto no pueda recurrir el fallo condenatorio ha de ser “excepcional”. Debemos, pues, evitarlo en lo posible. La coherencia interna de nuestro sistema de valores constitucionales nos conduce a evitarlo, y nos permite hacerlo sin que sufran sustancialmente otros valores o intereses. Piénsese en este último aspecto, aun a riesgo de ser reiterativos, que un sistema inspirado en los principios que aquí se sostienen deja a salvo la posibilidad de revocar las sentencias absolutorias que vulneren un derecho fundamental sustantivo o procesal de la acusación, y eso incluye todas aquellas que hayan apreciado la prueba de manera *manifiestamente errónea*, o la hayan valorado de modo arbitrario o irracional.

Las soluciones adoptadas por el Anteproyecto de 2011 se ajustaban sustancialmente a ese modelo en el que el acceso a la segunda instancia se modula en función de los distintos derechos de los que son titulares acusación y acusado.

Así, el recurso de apelación se concebía como *un derecho del acusado* (art. 14 del Anteproyecto de Ley Orgánica que acompañaba al de Ley de Enjuiciamiento), y el art. 625 del propio Anteproyecto disponía que “1. El Ministerio Fiscal y las acusaciones sólo podrán interponer recurso de apelación por motivos de infracción de ley. 2. *En ningún caso, los acusadores podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia.*”. Esta tajante prohibición concentra buena parte de la esencia conceptual del sistema.

A continuación se desarrollaban los motivos de recurso, como se acaba de decir, exclusivamente por infracción de ley, sustantiva (art. 627) o procesal (628). Sin embargo —y aquí se manifiesta la asimetría derivada de sus diferentes posiciones procesales— de acuerdo con el art. 629 *“el condenado podrá, además,*

interponer recurso de apelación solicitando la revisión de la valoración de la prueba realizada en primera instancia y del fallo condenatorio”, y por ello “*sólo podrá practicarse prueba en apelación a instancia del condenado*” (art. 635.3), pero — vuelve a entrar en juego la igualdad de armas, ahora a favor de las acusaciones— “*podrá la parte apelada solicitar al tribunal de apelación la repetición de la prueba practicada en primera instancia si se practican en apelación nuevos medios de prueba, al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorar la prueba en su conjunto*”. (art. 635.5.)

En el caso de este recurso interpuesto por el acusado contra la valoración de la prueba, lógicamente, “*el tribunal de apelación revisará el pronunciamiento realizado en la primera instancia, valorando la suficiencia de la prueba de cargo, así como su validez y licitud, y comprobará que la culpabilidad del recurrente se ha establecido después de refutar, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables al reo que le hayan sido alegadas*” (art. 630).

En fin, la dualidad de fundamentos y de motivos de recurso que perfilan las posiciones de acusación y defensa se refleja coherentemente en el contenido de la sentencia, que se describe en los apartados 2 y 3 del art. 637 del siguiente modo: “*2. Cuando la sentencia apelada sea anulada por apreciarse la infracción de normas o garantías procesales, el tribunal, sin pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión acusatoria, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de que conserven validez todos aquellos actos cuyo contenido no ha de verse afectado a pesar de la infracción cometida. 3. En los demás supuestos, el tribunal dictará la resolución que proceda de acuerdo con las pretensiones de las partes.*”

La Propuesta de 2013 tampoco asume en este punto los mismos principios. De entrada parece aproximarse conceptualmente a la apelación, más que como un derecho, como una posibilidad procesal que, con distintos matices,

se ofrece por igual a ambas partes. Se limita en ese sentido a proclamar de forma genérica y sin distinciones que los motivos por los que “*podrá interponerse*” el recurso son “*infracción de Ley procesal o material*” y “*error en la valoración de la prueba, excepto en los recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado*” (art. 589). Solo en la regulación particular del motivo basado en error en la valoración de la prueba, contenida en el art. 592, se matiza una diferencia de trato entre la acusación y la defensa. Para calibrar el alcance de esa distinción conviene reproducir textualmente sus dos primeros apartados:

1.- El condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas.

2.- Cuando se haga valer el error en la valoración de la prueba por la acusación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, será preciso que se justifique insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Nada hay que objetar al primer número, que meramente responde a la ya mencionada técnica de redactar con otras palabras —o con las mismas palabras en distinto orden— el mismo texto del Anteproyecto de 2011 (en este caso, su art. 630).

Es el apartado 2 el que puede suscitar algunas incertidumbres respecto de la intención del *prelegislador*. Como ya se ha indicado, los vicios de la sentencia que comporten error manifiesto, irracionalidad del razonamiento o arbitrariedad de la valoración realizada por el Tribunal *a quo* entran de lleno en el ámbito de la tutela judicial efectiva y por tanto en el de la vulneración *in procedendo* de un derecho fundamental (en su caso, de la acusación). El

sistema de la Propuesta de Código Procesal Penal incluye un recurso por *infracción de normas y garantías procesales determinante de nulidad* —art. 591— que la propia sistemática del texto parece encajar en el supuesto de apelación por *infracción de ley procesal* contemplado en el art. 589.a).

La pregunta es, por consiguiente: ¿qué quiere regular, o qué pretende añadir el transcrito art. 592.2? Su lectura permite identificar en lo sustancial el ya clásico *canon* constitucional de vulneración de la tutela judicial efectiva: irracionalidad y arbitrariedad (de hecho falta el *error patente*, probablemente como consecuencia de que en la redacción del precepto parecen confundirse los conceptos de error de *apreciación* de los medios de prueba y *error de valoración* de su resultado). Si la remisión al régimen general de tutela de los derechos fundamentales ya abarca estos supuestos, ¿qué sentido tiene esta *descripción sui generis* del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, como si se tratara de algo apartemente distinto? Solo dos respuestas parecen plausibles: o bien se trata simplemente de un acto de prestidigitación que tan solo persigue dejar constancia escrita de que la acusación puede apelar por *error en la valoración de la prueba* para tranquilizar a un —no pequeño— sector de juristas teóricos y prácticos de nuestro país que, invocando razones de justicia material, rechazan las *sutilezas* derivadas de la asimetría de los derechos de las partes en esta fase del proceso, o bien, por el contrario, se trata de ampliar *efectivamente* el —relativamente estrecho— margen que ofrece la invocación de derechos fundamentales para anular una sentencia que los vulnere. En otras palabras: es posible que las normas que se han transcrito pretendan en realidad, por la vía de la “simple” *insuficiencia* de motivación o el apartamiento (*¿manifiesto?*) de las máximas de experiencia, abrir el portillo a un debate sobre la *calidad* del razonamiento de la prueba que conduzca al Tribunal *ad quem* a *corregir* la apreciación y valoración efectuadas por el órgano de instancia

y, en consecuencia, *dar la vuelta*, así, *in peius*, a la sentencia dictada por este último. Dado que, también a diferencia del Anteproyecto de 2011 (art. 637), la Propuesta no regula el contenido de la propia sentencia, la duda se deja abierta a una incierta exégesis, que la tradición escoraría muy probablemente hacia la concepción de la apelación como un *medio de gravamen*⁴⁸ absolutamente expedito —para acusación y defensa— a cualquier clase de *queja* frente a la resolución de instancia. En manifiesta contradicción, conviene insistir, con la lógica garantista derivada del principio de presunción de inocencia y el de —verdadera— igualdad de armas.

b) La posición procesal de las partes en la segunda instancia

La configuración de la segunda instancia ofrece otro frente de problemas que también surgen de la posición asimétrica de las partes derivada de sus diferentes situaciones jurídicas sustantivas, es decir, de la diferente gama de derechos de los que son titulares. A partir de la ya mencionada STC 167/2002, de 18 de septiembre, cuyo comentario en profundidad excedería con mucho la dimensión razonable de este trabajo⁴⁹, se multiplicaron las dudas y las propuestas de solución a las dificultades que, a la luz de esa jurisprudencia constitucional, planteaba la práctica de la prueba en la segunda instancia.

Como es sabido, en síntesis la cuestión era que, tal y como el TC leía la jurisprudencia del TEDH, en palabras de la propia STC 167/2002 “*en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediatez y la contradicción*”. Es decir que para que el órgano de apelación pudiera realizar una valoración de la prueba diferente de la llevada a cabo por el tribunal *a quo* (lo que por regla general ocurrirá

siempre que se trate de modificar *in peuis* los hechos probados) con el resultado de condenar a un acusado que había sido absuelto en la sentencia recurrida, si dicha valoración concernía a pruebas personales era necesaria la intermediación propia de esas pruebas. En suma, que para modificar la valoración de una prueba el Tribunal *ad quem* tiene que practicarla por sí mismo en las condiciones que son propias del régimen jurídico de esa prueba.

Esto no planteaba problemas en relación con la prueba documental, y se entendió que tampoco en aquellos supuestos —prueba de indicios— en los que no se modificaban los hechos probados propiamente dichos (los *hechos base*), sino las inferencias probatorias llevadas a cabo por el tribunal a partir de esos datos fácticos. Por el contrario, las pruebas que requieren la intermediación personal sí presentaban un obstáculo serio, porque la legislación procesal vigente en España no permite en ningún caso “repetir” pruebas válidamente practicadas (para valorarlas de otro modo), sino que únicamente contempla la práctica en sede de apelación de aquellas pruebas que no fueron practicadas válidamente en la instancia, porque no se pudieron proponer o, propuestas, no fueron practicadas por razones ajenas a la voluntad del que las propuso (vid. art. 790.3 LECrim.). De este modo, quedaban dos opciones: o “inventar” un trámite alegar (o ilegal, *contra reo*) de proposición y práctica de la prueba en la segunda instancia, o aceptar que mientras la legislación vigente no permita proponer y practicar esa prueba, simplemente no será posible recurrir —o estimar los recursos, tanto da— contra una sentencia absolutoria alegando error en la valoración de la prueba, cuando se trate de prueba “personal” que requiera de intermediación.

Esos eran los términos del debate, que incluyó como se ha dicho alguna que otra ocurrencia como la de que el Tribunal de apelación podría tal vez (así se llegó a prever en el proyecto de ley de reforma de la doble instancia y la casación que decayó al final de la VII Legislatura⁵⁰) apreciar directamente la

prueba practicada en la primera instancia mediante el visionado de la grabación del juicio. Se olvidaba, naturalmente, que la intermediación implica por esencia la *interacción* con el tribunal, es decir, la percepción directa y personal de la declaración y la posibilidad de obtener aclaraciones o ampliaciones a sus respuestas. En otro caso, el —nada infrecuente— defecto de valoración de una prueba que precisamente procede de su defectuosa práctica, sería imposible de corregir cuando es justo de lo que se trata. Aparte de que la percepción a través de una grabación de la vista pública es, como bien saben los que han contemplado alguna, algo ciertamente distante de lo que podemos entender, aun con un espíritu muy flexible, por “inmediata”. Algún magistrado del Tribunal Supremo ha llegado a decir muy gráficamente, en relación con ese procedimiento, que desde luego no es lo mismo estar en la playa que ver una película de la playa. Este criterio contrario a la idoneidad del visionado de la grabación terminó siendo contundentemente confirmado por la STC 120/2009, de 18 de mayo⁵¹.

En paralelo, algunas resoluciones de tribunales de apelación incurrieron en un auténtico despropósito jurídico al afirmar que, puesto que no es posible basar una condena en segunda instancia en la apreciación de la prueba personal que no se puede practicar en ella con intermediación, no lo será tampoco hacerlo a favor del reo, de modo que en estos casos no se pueden revisar los hechos declarados probados en la instancia ni siquiera para comprobar si el juez *a quo* había vulnerado el principio de presunción de inocencia. Es un excelente ejemplo de confusión y desorientación en el terreno de las garantías que rigen el proceso penal, quizá precisamente debido al influjo de una visión inquisitiva y expansiva de la “igualdad de armas”, que hace olvidar que un proceso regido por la presunción de inocencia exige un diferente tratamiento procesal de las distintas posiciones de las partes: desde esta perspectiva está claro que la exigencia de intermediación de la prueba para condenar a una persona a la que se presume inocente no tiene por qué

extenderse a la decisión de absolver a quien, con vulneración de esa presunción, fue condenado en virtud de una apreciación o valoración de la prueba errónea, cuando ese error puede comprobarse sin mayor dificultad mediante la mera lectura de la propia sentencia, del acta del juicio, o del visionado de la grabación audiovisual —por defectuosa que sea— del mismo.

En cualquier caso las propuestas más o menos afortunadas de solución acabaron topando con un nuevo e imprevisto problema, y es que el TEDH no decía en realidad lo que el TC decía que decía, razón por la que la doctrina iniciada por este último en el año 2002 acabó estrellándose con la jurisprudencia de Estrasburgo en la STEDH de 19 de marzo de 2009 *Igual Coll c. España*. En ella acabó quedando —o empezó a quedar— claro que la cuestión de la “equidad” del proceso (art. 6 CEDH) no se centraba en el principio de inmediación en la práctica de la prueba, como había venido entendiendo —mal— el TC español, sino en el de contradicción, y más concretamente, en el derecho del acusado a ser oído (y por tanto a estar personalmente presente) siempre que el Tribunal de apelación tenga que decidir sobre su culpabilidad o inocencia a partir de la valoración de hechos, y no de la mera revisión de la calificación jurídica de los mismos efectuada en la primera instancia.

La sentencia *Igual Coll* comienza recordando que “*el Tribunal ha declarado que, cuando un órgano de apelación ha de conocer de un asunto en cuanto a los hechos y al derecho, y debe estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto considerado como infracción penal (...). En el caso concreto, el Tribunal observa de entrada que el demandante ha sido condenado por la Audiencia Provincial de Valencia sin haber sido oído en persona*”. Aplicando esa doctrina al caso concreto, observa el Tribunal que “*la Audiencia Provincial no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho que la del*

juex a quo, en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos declarados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En consecuencia, la jurisdicción de apelación ha conocido del asunto en cuanto a los hechos y al derecho”⁵². En esas circunstancias, “*la extensión del examen efectuado por la Audiencia en este caso lleva al Tribunal a considerar que habría sido indispensable la celebración de una audiencia pública*”

Resulta por tanto que una escasa atención a la expresión “*presentados en persona*” estaba en el origen del craso error interpretativo en el que había incurrido desde 2002 el Tribunal Constitucional. Y la idea de que “*ha sido condenado (...) sin ser oído*” encierra sin duda la clave para entender el verdadero sentido de la doctrina del TEDH. El problema no era, como se ha visto, la *inmediación* en la práctica de la prueba, sino la *contradicción* como garantía de la igualdad de armas a favor del acusado.

Asumida por el Tribunal Constitucional esta doctrina a partir de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, primero en el ámbito del derecho de defensa y más tarde (desde la STC 88/2013, de 12 de abril) en el marco del *derecho al proceso con todas las garantías*⁵³, el problema vuelve a sus orígenes, y aun se complica más, puesto que si el cauce para la proposición y práctica de la prueba en segunda instancia es estrecho en la ley vigente, la idea de la presencia del acusado e incluso de que este “sea oído en persona” en toda apelación (y no digamos en la casación) en que se ventile su culpabilidad o inocencia por motivos no estrictamente vinculadas a la interpretación o aplicación del Derecho, resulta directamente insólita para la tradición jurídica española.

Sin embargo, esta proyección extrema (para nuestros hábitos patrios) de la igualdad de armas sobre el juicio de apelación/casación, y toda la complicadísima problemática que de ella deriva pueden atajarse, y así pretendía

hacerlo el Anteproyecto de 2011 con solo dos artículos.

El primero, que ya se ha examinado, era el 625, que impide la apelación *in peius* por motivos distintos de la infracción de ley.

El segundo era el art. 635, que dice así:

Art. 635. Prueba

1. Sólo podrá practicarse prueba en apelación a instancia del condenado.

2. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de diligencias de prueba cuando al interponer el recurso haya alegado la existencia de hechos relevantes para la decisión.

3. También podrá solicitar la práctica de diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia por ignorar la existencia del medio probatorio, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no hayan sido practicadas por causas que no le sean imputables.

4. En este supuesto, podrán las partes al impugnar el recurso proponer los medios de prueba que les interese hacer valer para el caso de que fuese admitida la prueba del recurrente.

5. Asimismo podrá la parte apelada solicitar al tribunal de apelación la repetición de la prueba practicada en primera instancia si se practican en apelación nuevos medios de prueba, al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorar la prueba en su conjunto.

La repetición podrá sustituirse por la lectura del acta o el visionado de la grabación, si todas las partes se muestran conformes.

Aparte de destacar la cuidadosa recuperación de la igualdad de armas a favor de la acusación en el momento en que se abre —en este caso por iniciativa del condenado— un trámite contradictorio al que se refiere el apartado 5 de este artículo, conviene aclarar, para evitar la errónea impresión de contraste con lo que más arriba se dijo acerca del visionado de las grabaciones, que la referencia en ese mismo apartado a la sustitución de la repetición de la prueba por la lectura del acta o la reproducción del vídeo de la vista oral se enmarca en unas coordenadas que sí permiten aceptar ese procedimiento sin objeciones: a) tal y como está redactada la norma, esa posibilidad es po-

testativa —“podrá”— incluso concurriendo el acuerdo de las partes, por lo que el tribunal deberá valorar inexcusablemente si en efecto ese modo de introducir la prueba en el debate garantiza una suficiente calidad de la inmediación y la contradicción; b) también en todo caso hay, precisamente, “debate”, es decir, que se está planteando esa prueba como “contra-prueba”, con el fin de que el tribunal la valore conjuntamente con otra, la que es nueva, que sí va a ser efectivamente sometida a la inmediación del órgano judicial, en condiciones de contradicción de las partes, y c) por último —es lo decisivo— el acusado absuelto puede oponerse eficazmente, puesto que hace falta el acuerdo de “todas las partes”, a que la prueba que le puede ser desfavorable se introduzca en la segunda instancia de ese modo. Con lo cual su derecho queda plenamente garantizado, aunque si lo estima oportuno pueda renunciar a su ejercicio.

De todos modos, cuanto se ha expuesto es el compendio de un conjunto de normas instrumentales de buscan ajustar la segunda instancia a las exigencias de un proceso garantista. Sin embargo, la verdadera clave se halla en la declaración tajante que recoge el último párrafo del artículo 636.1: “*En ningún caso podrá el tribunal resolver en perjuicio del acusado sin haberle citado para ser oído personalmente en una vista*”. Esa es la esencia de una segunda instancia regida por los principios de contradicción e igualdad de armas. Y ese es el auténtico sentido —que tantos años costó comprender— de la jurisprudencia del TEDH.

La Propuesta de 2013 se mueve, una vez más, en parámetros distintos: el artículo 596 permite practicar prueba en la apelación no solo a instancia del condenado, sino también del acusador público, lo que contribuye a incrementar la sospecha de que el ya comentado artículo 592.2 pretende configurar una apelación a favor de las acusaciones que va más allá de la estricta impugnación por lesión de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, lo más llamativo es que su texto, aquí directamente tributario de la vigente LECrim., no permite proponer y practicar en la segunda instancia más pruebas que las no disponibles en la primera, las indebidamente denegadas y las no practicadas por causas ajenas a la voluntad del apelante, con lo que paradójicamente reproduce en sus exactos términos el problema que plantea la legislación actual, al cerrar la puerta, en contra de sus propios enunciados, a una apelación verdaderamente basada en la *valoración* de la prueba, contemplando tan solo tres supuestos de posible vulneración del derecho fundamental a valerse de las pruebas pertinentes para la defensa que como se ha visto es reconducible a la vía de *impugnación* por infracción de las garantías del proceso (en cambio, *vid.* art. 635.2 —y distíngase del 635.3— del Anteproyecto de 2011, más arriba reproducido, en el que no se contempla restricción probatoria alguna cuando se trate, precisamente, de rebatir los *hechos declarados probados*).

De igual manera, la enumeración de los casos en los que procede la celebración de vista (art. 597) denota una percepción desactualizada o mal traducida de la doctrina que se acaba de exponer, en cuanto su convocatoria es preceptiva únicamente en los supuestos en que haya de *practicarse prueba* (que no es lo mismo que la posibilidad de volver a valorar la practicada en primera instancia⁵⁴) o “*se trate de un recurso por infracción de Ley material interpuesto por cualquiera de las acusaciones*”. El tercer supuesto —“*que el Tribunal lo estime útil o necesario para una correcta decisión*”— es meramente facultativo, de manera que tampoco garantiza, como es obvio, que el acusado *sea oído siempre* que el órgano de apelación *efectúe una nueva valoración de los hechos considerados probados en la instancia y los reconsidere*⁵⁵.

A la luz de todo ello no parece descabellado concluir que, partiendo de la jurisprudencia del TEDH, entre las posibles alternativas examinadas la solución consistente en impedir que la acusación pueda apelar una sentencia absolutoria por una mera discrepancia en la valoración de los hechos es la menos mala en

todos los sentidos. No solo porque se ajusta mejor a las exigencias de preservación de los derechos fundamentales vinculados a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también porque, en demérito de las visiones más alarmistas, la contrapartida —calculada en términos de *impunidad*— es mínima comparada con su *coste procesal*. Piénsese que organizar todo el complejo sistema de alegaciones, audiencia del acusado y prueba en apelación e incluso en casación, incluyendo el riesgo de desactivación de la primera instancia en la línea de lo sucedido en Alemania, tendría una utilidad muy escasa. Cualquier profesional práctico del Derecho Penal sabe que en la gran mayoría —por no decir la totalidad— de los pocos supuestos en que la acusación (al menos la acusación pública) recurre una sentencia absolutoria por error en la apreciación o valoración de la prueba, la discrepancia con el razonamiento judicial se presenta en términos claramente reconducibles al terreno de la impugnación por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva: se alega un *error manifiesto y grave* de apreciación por parte del juez, o el desarrollo por éste de una exposición irracional en su planteamiento o arbitraria en sus conclusiones.

Cierto es que, paradójicamente, ese hábito no trae causa de un gran apego a las garantías propias del proceso acusatorio, sino más bien de lo contrario. El fiscal ha venido ajustándose por tradición a cierta práctica de *self restraint* en este terreno como consecuencia de una doctrina que durante décadas han venido sosteniendo, de manera casi unánime, las Audiencias Provinciales, según la cual el juez de instancia es “soberano” para valorar los hechos, invocando precisamente el principio de inmediación⁵⁶. Como se acaba de aventurar, esta doctrina probablemente no tienen nada que ver con las garantías del proceso moderno (bien lejanas de los orígenes de esa práctica judicial), sino más bien con la atribución —inquisitiva— al juez carismáticamente independiente, en régimen de rigurosa exclusividad, de la potestad de *descubridor y depositario de la*

verdad. El empleo frecuente del término “soberanía” para describir esa facultad de apreciar y valorar la prueba cobra en ese contexto un sentido nítido, por más que, en el marco de un Estado democrático de Derecho, pueda producir cierto escalofrío. Pero lo cierto es que esta concepción de la función valorativa del juez *a quo* se ha ido revistiendo después de argumentos constitucionales⁵⁷, de modo que, sin duda por un cauce bien distinto, la tradición inquisitiva más rancia ha acabado desembocando curiosamente en un lugar muy próximo al que exige un proceso garantista.

Pues bien, descartada la mera “discrepancia de opiniones”, la práctica totalidad de esos otros supuestos de “error” en la valoración de la prueba tiene encaje en la apelación por infracción de la ley procesal que, en el modelo del Anteproyecto, se regulaba en el art. 628, y la Propuesta de 2013 recoge, como se ha indicado, en el art. 589.a).

La consecuencia en ningún caso es, por tanto, que no se puedan impugnar los fallos absolutorios (mito igualmente falso en relación con los ordenamientos anglosajones, y en particular el norteamericano, que sin embargo circula con profusión) sino que ese recurso esté organizado de manera que nunca pueda dar lugar a la condena en segunda instancia de un ciudadano que ha sido previamente absuelto (privándole así de la posibilidad de revisión de ese fallo condenatorio), cuando esa condena no se debe a razones de estricta aplicación del derecho, sino a una diferente valoración de los hechos, en la medida, además, en que esa diferente valoración no se deba a una simple divergencia de opiniones o criterios valorativos, sino a que quien estaba llamado por la ley a hacerla (el juez de la instancia) ha infringido las reglas del juicio, establecidas con el fin de tutelar los derechos fundamentales de las partes.

En esos términos es muy escaso el precio que el sistema tiene que pagar, en “eficacia” del *ius puniendi*, por la solución satisfactoria de uno de los problemas que —junto al de la dirección de la investigación por el fiscal— pa-

rece emponzoñar cualquier intento de adaptación del proceso penal español a las exigencias del CEDH y la Constitución.

3. CONCLUSIONES

El peso de la tradición inquisitiva en el sistema procesal penal español, en un contexto histórico de restricción de las libertades como el imperante durante la mayor parte del siglo XX en nuestro país, no solo impidió un adecuado desenvolvimiento del modelo de transición diseñado por Alonso Martínez, sino que en muchos aspectos supuso la paralización y el enquistamiento, cuando no el retroceso, de los avances que incorporaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. El proceso democratizador que cristalizó en la Constitución de 1978, centrado en otras prioridades, no ha sido capaz de alumbrar, a lo largo de más de tres décadas, un modelo procesal penal que responda, en sus bases y en su estructura, a las exigencias que derivan de los valores y los derechos fundamentales que la propia Constitución proclama. Las innumerables reformas parciales que se han llevado a cabo al hilo de determinados acontecimientos o en busca de ciertos objetivos políticos circunstanciales no solo no dan respuesta a ese reto constitucional, sino que en algunos casos han generado distorsiones y confusión en el funcionamiento de un sistema ya de por sí obsoleto y ajeno, en muchos aspectos, a los mínimos básicos de organización de un proceso penal democrático que perfila el CEDH.

La solución a esos problemas no es la simple promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal concebida como una mera operación estética *modernizadora*, sino la concepción de un nuevo modelo procesal que se ajuste a esos valores constitucionales y democráticos; y eso incluye nuevas perspectivas de análisis y cierto cambio de mentalidad.

Un ejemplo de esa necesidad de cambio es el tratamiento del principio de “igualdad

de armas”, que en el fondo remite a la naturaleza global y la función del proceso penal. El salto de un modelo inquisitivo organizado en torno a la concepción católico-medieval de la “búsqueda de la verdad material” hacia un sistema basado en la presunción de inocencia entendida como origen y compendio de las garantías propias de un “proceso equitativo”, exige un replanteamiento del concepto mismo de igualdad de las partes. Las partes en el proceso penal —acusación y defensa— no son, en nuestro régimen de libertades, titulares de los mismos derechos, sino que toda la estructura del sistema ha de pivotar sobre la presunción de inocencia del imputado/acusado. Por tanto, la idea de igualdad tal y como la ha definido nuestro Tribunal Constitucional impide organizar el proceso como un diálogo constante entablado desde posiciones exactamente simétricas y miméticas (a modo de partido de *ping-pong* donde además el árbitro también juega), en el que ambas partes cuentan, en cada momento y con independencia del sentido y el objeto de cada trámite, con las mismas posibilidades y cargas. Al contrario, la configuración de un proceso penal “equitativo en su conjunto”, como lo describe el TEDH, requiere equilibrar las posiciones de las partes para evitar que el tratamiento igual de las situaciones desiguales se traduzca en la evidente discriminación del más débil.

En este punto conviene aclarar, de todos modos, que el mínimo exigible en un proceso basado en la presunción de inocencia es que el acusado cuente con las mismas posibilidades que el acusador, pero no hay un derecho fundamental de la acusación que determine una regla simétrica a su favor. Por tanto, el equilibrio del proceso se satisface en la medida en que el acusado tenga la posibilidad efectiva de alegar y demostrar que la tesis de la acusación no está acreditada más allá de toda duda razonable. Pero no tiene obligación de hacer ese esfuerzo. Es la acusación, por el contrario, quien asume la obligación positiva de probar la culpabilidad en estos términos. De ahí que las “armas” de las que ambas partes disponen

no tengan las mismas características: por decirlo gráficamente, la acusación necesita armas “ofensivas”, mientras que la defensa solo precisa —aunque pueda disponer de otras— armas “defensivas”. Pero éstas deben ser objetivamente idóneas para neutralizar a aquéllas, cuando hay causa razonable para que así sea (y así ha de poder apreciarlo un árbitro imparcial).

Para ello, el Legislador debe configurar el procedimiento atendiendo a la naturaleza de cada fase y cada trámite, de forma que en cada uno de esos momentos se satisfaga la tutela de los derechos de las partes al mismo tiempo que el proceso cumple su función, que no es otra que decidir si un sujeto ha de responder penalmente por una conducta que se le atribuye. En atención a ese doble objetivo, el equilibrio entre las posiciones de acusación y defensa presenta una faz asimétrica. Por ejemplo, en determinadas fases del procedimiento tiene que articularse de manera secuencial, logrando que la ventaja interina que ha de concederse a una de las partes (las diversas prerrogativas unilaterales de las que disfruta la acusación en la fase investigación, por ejemplo, para que el legítimo ejercicio de la acción penal pueda hacerse posible), se compense después con la ventaja de la parte contraria (el derecho a que se practiquen, en contra del criterio del Fiscal, las diligencias de su interés que sean determinantes para abrir el juicio o para el fallo, el derecho a guardar silencio, el derecho a no revelar la estrategia de defensa renunciando al juicio de acusación, el derecho a no ser interrogado en el plenario, o el derecho a que se revise siempre y sin restricción de motivos el fallo condenatorio, etc.).

En otros momentos, sin embargo, el equilibrio del proceso “equitativo” se hace visible en la plena y simultánea igualdad de oportunidades de acusación y defensa. Ese es el escenario en que entra en juego la “igualdad de armas” en sentido clásico. Se trata del mecanismo instrumental —pero esencial— que rige, precisamente, aquellos hitos del proceso en que, por la naturaleza de la decisión que ha de tomarse, es necesario que las partes puedan presentar sus pretensiones a un tercero (un juez verdadera-

mente imparcial en tanto que independiente de las tesis de ambas) desde posiciones —aquí sí— escrupulosamente equidistantes, de modo que la decisión judicial no quede *a priori* condicionada por la preeminencia de los derechos de la acusación o la defensa, aunque obviamente el respeto de esos derechos sí deba condicionar el resultado de ese debate entre iguales, es decir, la resolución que se adopte. Así, igualdad de armas y contradicción aparecen estrechamente unidas, y se convierten en la regla de funcionamiento, como mínimo, de aquellos momentos del proceso en que hay que decidir un cambio sustancial de estatus del investigado o acusado.

En el presente trabajo se han examinado, acudiendo para ello al texto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, algunos ejemplos de cómo podría funcionar ese modelo de configuración basado, por una parte, en el equilibrio secuencial de las posibilidades y cargas de acusación y defensa, y por otra parte en la recuperación del estatus de estricta igualdad formal ante el juez cuando éste ha de adoptar, desde su imparcialidad, decisiones que afectan decisivamente a la posición procesal del acusado, en la medida en que van restringiendo progresivamente el juego de la presunción de inocencia hasta desembocar en un juicio oral del que podrá resultar una sentencia condenatoria. Y más allá, se ha visto cómo incluso producida la condena, el principio de presunción de inocencia y las garantías que derivan de él desplazan también el alcance de la noción clásica de “igualdad de armas” en favor de un régimen de “equidad” del proceso que se traduce en que las vías de acceso al recurso de apelación son distintas para la acusa-

ción y la defensa, y su posición y necesidad de intervención en la segunda instancia, también.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto cómo la posterior Propuesta de Anteproyecto de Código Procesal penal de 2013 presenta aspectos reveladores de un significativo retroceso en el tratamiento de esos principios, preocupante en la medida en que la consolidación normativa de algunas de las ideas que parecen inspirarlo podría volver a anquilosar durante décadas el modelo de proceso penal español, perpetuando un sistema de bases y hábitos netamente inquisitivos en contra de la historia —incluido el mensaje que nos legó en su famosa exposición de motivos el propio Alonso Martínez— y de los principios que en el plano internacional inspiran hoy la homogeneización global de la Justicia. El abandono de ese proyecto puede generar alivio, pero también implica la mala noticia de un nuevo aplazamiento *sine die*.

La conclusión es que un modelo como el que diseñaba el Anteproyecto de 2011, que evidentemente puede materializarse —o incluso mejorarse— a través de otras opciones técnicas concretas, responde mucho más adecuadamente a los valores constitucionales que el vigente en la actualidad y que su *recomposición estética* intentada en la Propuesta de 2013, y permitiría ofrecer soluciones factibles a los serios problemas que, en algunos ámbitos, presenta el sistema procesal español en materia de tutela efectiva de los derechos fundamentales en el proceso penal, como de vez en cuando ha venido advirtiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

NOTAS

1. Aunque podrían ponerse decenas de ejemplos, por su contundencia expresiva cabe citar la Introducción (pp. 17 a 43) de los catedráticos Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac a la obra colectiva *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2. “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave”. César de Beccaría: De los delitos y las penas, cap. 27.

3. Expresión textual de la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012. Pero hay multitud de ejemplos análogos.

4. El *Balance de la criminalidad 2013* del Ministerio del Interior (accesible en <http://www.interior.gob.es>), tras afirmar que “España es un país seguro” ofrece cifras estadísticas oficiales de quince países de la Unión Europea que reflejan, a partir de datos de EUROSTAT, que la tasa de criminalidad en nuestro país (46,1 infracciones por cada 1.000 habitantes) está solo por encima de la de Italia (43,4), Portugal (39,7) y Grecia (29,5) muy por debajo de la media de los quince (62,8) y de países como Suecia (146,7), Bélgica (96,6), Reino Unido (73,8) o Alemania (72,5). Si se atiende específicamente a los homicidios, los datos son más significativos: España ocupa el último lugar, con solo un 0,6 por mil, frente a la media de 1,00. Según la misma fuente, la evolución desde hace diez años ha sido descendente, pero las cifras ya entonces eran reducidas: en 2002, año en que se registró la cifra más alta de la década, el número de infracciones por 10.000 habitantes ya era de 52,2.

5. Así ocurrió, por ejemplo, con los juicios rápidos, concebidos para “descargar” la maquinaria judicial anticipando una sentencia condenatoria sin reparar excesivamente en los problemas de su ejecución, y menos aún en el de las garantías del imputado-acusado-condenado (todo en uno). Al respecto, CRESPO BARQUERO, P.: “*El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el juzgado de guardia de duración superior a veinticuatro horas*”. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Madrid, 2003.

6. Vid. FENECH NAVARRO, M.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Aagesa, León, 1980, p. 53.

7. Calderón de la Barca, P. *El Alcalde de Zalamea*. Jornada III.

8. Auto de 18 de junio de 1992, en el denominado *caso Naseiro*.

9. STC 145/2014, de 22 de septiembre.

10. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial*. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Tomo I, p. 739 y ss.

11. El artículo 20 de la Constitución mexicana, por citar un caso en que esa posición ha llegado a cristalizar nada menos que a nivel constitucional, dice: “*El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*”. El orden de enumeración de los objetivos, y la mención explícita a que “el culpable no quede impune” reflejan claramente esa concepción básicamente *funcional* orientada al *descubrimiento de la verdad*, con un mero *complemento garantista* (“proteger al inocente”), del proceso penal. Recuerda bastante a la definición del sumario que da el art. 299 de la vigente LECrim. española, agregándole quizá su mítico —y pobremente aplicado— artículo 2.

Por otra parte hay que advertir que la percepción de del binomio *eficiencia-garantías* en los modelos inquisitivo y acusatorio puede presentar aparentes paradojas según el punto de vista desde el que se aborde, al menos si no se repara en el significado ambivalente de algunos conceptos. Por ejemplo, en BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, puede leerse: “*no es que el sistema acusatorio fuera garantizador y el sistema inquisitivo fuera eficiente. Ambos, a su modo, eran una síntesis de esas dos fuerzas. No obstante, los sistemas acusatorios resolvían esa síntesis de un modo que protegía mejor a los individuos y su dignidad y el sistema inquisitivo lograba una mayor eficiencia con mengua del respeto a la libertad y dignidad de las personas*”. Para comprender que, pese a que parece lo contrario, ese análisis no es muy distinto del que ofrece Gómez Colomer en el texto que se ha transcrito, hay que tener presente que la “eficiencia” a la que se refiere Binder no es la que antepone la solución del conflicto a la búsqueda de la verdad, sino la que prioriza el objetivo de condenar al acusado precisamente declarando probada una “verdad” aunque sea a costa —o gracias a la restricción— de las posibilidades de defensa de aquél, que en efecto es lo característico del paradigma *inquisitivo*.

12. VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. 2ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 871 y ss.

13. La perspectiva garantista del proceso penal no es ni novedosa ni original a estas alturas en la doctrina procesalista española. La decisiva e icónica aportación de Luigi FERRAJOLI (*vid.* bibliografía complementaria) y su potente impacto en un sector importante de la academia y también del foro, constituyen razones inexcusables para la lectura atenta de su obra; pero quizá existan también motivos para una *relectura* no necesariamente conducente a las conclusiones obtenidas por algunos de los mejores conocedores y más fieles seguidores del pensamiento del maestro

italiano respecto de algunos aspectos concretos de la configuración y el funcionamiento del sistema judicial español. La resistencia a la evolución de nuestro modelo *judicialista inquisitivo* hacia el paradigma acusatorio cuenta con aportaciones (vid. *infra*, nota 24) como la de ANDRÉS IBÁÑEZ, traductor y pionero de la —sin duda meritoria— proyección judicial de la obra de Ferrajoli en España, básicamente cimentadas en la desconfianza que, en ese plano de las garantías procesales, suscita la figura *no independiente* del fiscal. Pero si, como se sugerirá a lo largo de estas páginas, no se trata de sustituir jueces por fiscales en esa función “instructora” inquisitiva, sino de eliminar ésta reordenando por completo la actividad de juez y partes, quizá el objetivo fundamental no sea la independencia —sí la objetividad— del fiscal, sino la verdadera imparcialidad del juez que, reubicado en su debida posición de árbitro, pase de ser el *autohomologador* jurídico de su propia función *policial* a controlar —entre otras cosas— la legalidad de lo que hacen los acusadores (y no al revés, como propone el vigente artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De ahí la posible conveniencia de esa *relectura*, que por evidentes razones queda fuera del alcance —y de la modesta finalidad— de este trabajo.

14. FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*, GEDISA, Barcelona, 1980, pp. 82-83.

15. VIADA BARDAJÍ, Salvador: *Los fines del proceso penal*. La Ley Penal, nº 75. Sección Estudios (La Ley 12919/2010), Ed. La Ley, 2010.

16. Para hacerse una idea de hasta qué punto ha lastrado nuestra tradición jurídica el tópic de que la prueba, fuente de “la verdad”, es patrimonio exclusivo de un “Juez independiente” que la aprecia “en conciencia”, basta leer con atención el voto particular del magistrado Escudero del Corral a la pionera STC 31/1981, de 28 de julio.

17. Esto no quiere decir que las reglas de juego acerca de quién debe probar qué y cómo debe hacerlo sean ciertas e inmutables. Señala Fletcher, en su intento de revisión del sistema norteamericano desde una perspectiva sistemática europea: “Generalmente se dice que es la acusación la que debe probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. pero, ¿qué se entiende por culpabilidad? ¿Incluye este concepto todos los elementos que determinan la responsabilidad o sólo los elementos del delito? La respuesta de los jueces del Common Law era muy restrictiva; para ellos la culpabilidad se refería sólo a la constatación de los elementos del delito, considerando, por tanto, que las eximentes no tenían nada que ver con este problema. Esta es la forma en la que los jueces y teóricos el Derecho penal exponían la estructura del delito en el siglo XIX. y justamente en base a esa estructura son muchos los jueces de los países del Common Law que todavía hoy consideran que corresponde a la defensa probar cuestiones como la legítima defensa o la enajenación mental del acusado. Sin embargo, en la tradición jurídica europea occidental, los tribunales son más propensos a interpretar el concepto de culpabilidad en un sentido amplio incluyendo en él todos los problemas sustantivos que tienen que ver con la responsabilidad. Una vez alcanzada esta posición, como sucedió con claridad en Alemania, la distinción entre elementos del delito y eximentes desaparece del vocabulario de los penalistas” (FLETCHER, George: *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pag. 147).

18. MONTAÑÉS PARDO, M.A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La presunción de inocencia*. Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008. P. 686.

19. STC 81/1998 de 2 de abril, FJ 3.

20. Sobre los problemas de entendimiento del concepto de independencia judicial en España y la legitimidad del poder del juez resulta especialmente lúcido JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *Un poder efectivo y visible. El de los jueces del estado constitucional de nuestro tiempo*. En *La sociedad, teoría e investigación empírica: estudios en homenaje a José Jiménez Blanco*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2002. P. 409 y ss.

21. STEDH de 28 de octubre de 1998, *Castillo Algar c. España*; STEDH de 6 de febrero de 2010, *Vera Fernández-Huidobro c. España*

22. El desarrollo argumental de esta afirmación se alejaría demasiado de la línea troncal de este trabajo. Pero si se observa que el artículo 124 de la Constitución fija como objetivos materiales de la acción del Fiscal la satisfacción del interés social y la defensa del interés público tutelado por la ley, parece obvio que esa misión incluye la necesidad de concretar previamente los conceptos de *interés social* e *interés público*; tarea de obvia e inequívoca naturaleza política que en un Estado de Derecho exige una fuente clara de legitimación democrática. El problema de la legitimación democrática del Ministerio Fiscal español tiene mucho que ver, seguramente, con las circunstancias del momento constituyente. El 1978 la idea de un Fiscal vinculado al Ejecutivo arrastraba la imagen —y la realidad— insoslayable de una institución larga y estrechamente subordinada a gobiernos dictatoriales. Piénsese que el Estatuto del Ministerio Fiscal entonces vigente, de 1926, provenía de la dictadura de Primo de Rivera, y que la Ley Orgánica del Estado de 1967 de la que deriva el Reglamento de 1969 —¡hoy todavía formalmente en vigor!— había definido al Fiscal como

“órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales”. Apartar al Fiscal del Gobierno era para un sector importante de los constituyentes una prioridad en ese singular contexto. Ese lastre histórico ha pesado enormemente en la evolución de la institución, y, es más, se ha convertido es uno de los obstáculos más importantes para la evolución del sistema procesal penal en su conjunto. Sobre esta cuestión, *vid.* CRESPO BARQUERO, Pedro: *La reforma orgánica del Ministerio Fiscal: la Fiscalía General del Estado. Relaciones institucionales y órganos centrales*. Formación continuada del Ministerio Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2014.

23. *Vid.* ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso*. La reforma del Proceso Penal. Ed. Tecnos, Madrid, 1990. P. 81 y ss. Como se sugirió más arriba, al mencionar el fenómeno de la recepción en España de la renovadora formulación garantista del proceso sobre todo a través de la obra de Ferrajoli, la visión *judicialista* —característicamente italiana— ya reflejada en la inserción constitucional del Fiscal en el ámbito del Poder Judicial (Título VI de la Constitución), ha pesado y pesa enormemente en la concepción del papel que puede y debe representar el Fiscal en el modelo procesal español.

24. Sobre esta materia es de lectura imprescindible la obra de MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. (*Vid.* también, *infra*, bibliografía complementaria)

25. *Cfr.* Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, de 30 de diciembre, sobre diligencias de investigación.

26. Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

27. En un contexto como ese sí tienen pleno sentido las reticencias que frente a la figura de un fiscal sujeto jerárquicamente formulan autores de tan dispar condición como ANDRÉS IBÁÑEZ (*vid. supra*, nota 24), DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ o DE LA OLIVA SANTOS (*vid.* bibliografía complementaria). Es más, realidad la objeción sería sostenible frente a la figura misma del fiscal, con independencia de su régimen orgánico o funcional, porque se trata de un problema *interno* del proceso: no se puede ser juez y parte, escudo y espada, al mismo tiempo. Si eso vale para el juez, con mayor razón para las partes.

28. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *La jurisprudencia del TEDH sobre las garantías de la segunda instancia y su influencia sobre la apelación y la casación*. Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

29. Como es de sobra sabido, la negación de un pretendido derecho al trato igual de situaciones desiguales abona las más profundas raíces de la jurisprudencia relativa al art. 14 C.E., desde los orígenes del Tribunal Constitucional hasta nuestros días. *Vid.*, a título de ejemplo, SSTC 122/1984, de 14 de diciembre, y 19/2012, de 15 de febrero.

30. No es necesario explicar, tras lo que se ha dicho unas páginas más atrás acerca del concepto de imparcialidad judicial, que el escenario descrito en este punto exige el *acto de fe* al que se hacía referencia. Es evidente la dificultad conceptual y hasta ontológica, rayana en el cinismo léxico, que encierra el uso de los calificativos *independiente* y *externo* cuando se trata de aplicarlos al control de legalidad que un Juez pueda ejercer sobre *su propia decisión* de intervenir un teléfono o registrar un domicilio. Sobre todo si se tiene en cuenta que la valoración que en la práctica realiza sobre la solicitud de la policía se mueve en el más absoluto vacío legal: la policía no es parte legitimada en el proceso, no puede *instar* diligencias ni recurrir su denegación, de modo que ese acto de aprobación o rechazo solo puede ser examinado bajo la lente de la ley como una actuación *de oficio*. Este es uno de los ejemplos más patentes —no el único— de cómo el Juez de instrucción se erige en juez de sí mismo, conforme a la más pura ortodoxia inquisitiva.

31. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

32. Sobre la desafortunada traducción al castellano de esta expresión, *fair trial*, como “proceso equitativo”, *vid.* CRESPO BARQUERO, P.: *Actualización de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derecho de defensa*. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2006. No hay más remedio, sin embargo, que emplearla, porque España ha aceptado esa fórmula no solo en las traducciones oficiales de las sentencias del Tribunal, sino también en la versión castellana del propio texto del CEDH, donde fue introducida, precisamente en el *titulillo* de este artículo 6, mediante la reforma operada por el Protocolo nº 11, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994.

33. Acerca de esta materia, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: *La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

34. Barberá..., § 68; Schenk, § 46.

35. STS, Sala Segunda, 11 de septiembre de 2000, RC 801/99P

36. Un estudio comparativo detallado y completo del Anteproyecto de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal puede hallarse en LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: *El proceso penal como sistema de garantías*. Diario La Ley, núms. 8068, 8091, 8111 y 8121, mayo, junio y julio de 2013. El análisis elaborado por estos autores —que formaron parte del equipo redactor del Anteproyecto de 2011- nace del mismo esfuerzo que inspira la redacción de estas páginas, aunque con un alcance mucho más amplio: la revisión del proceso penal y de cada una de sus instituciones desde la perspectiva del papel nuclear, no complementario o accesorio, de los derechos y garantías fundamentales. Conviene advertir que su texto no solo ofrece un espléndido estudio de la materia, sino que, en lo que al presente trabajo concierne, constituye la fuente directa de la mayor parte de las apreciaciones que se realizan a continuación, por lo que procede recomendar vivamente su lectura completa, evitando de paso la incomodidad de una abrumadora reiteración de remisiones y citas.

37. Caducidad que, además, no sitúa su *dies a quo* en la formulación de cargos que abre paso a la investigación —y por tanto al ejercicio viable de derecho de defensa- como ocurría en el Anteproyecto de 2011, sino que se inicia en la génesis misma del procedimiento, al dictarse el Decreto de apertura inmediatamente subsiguiente a la mera recepción de la notitia criminis (arts. 127 y 242 dla Propuesta). Sobre las implicaciones de esta diferencia en el plano de las garantías de la investigación, *vid.* LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La Ley*, num 8091, *cit.*, p. 9.

38. Quizá se trate de un error material del texto, que en realidad se estaría refiriendo al decreto de *conclusión* del art. 422.

39. Art. 137 del Code de procédure pénale: “Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre”.

40. La controvertida cuestión de la valoración del silencio del acusado tiene algunas páginas oscuras incluso en la reciente jurisprudencia del TEDH. Y sobre todo en su utilización para supuestos distintos de los contemplados en ellas. La STEDH de 8 de febrero de 1996 *John Murray c. Gran Bretaña*, pese a la absoluta excepcionalidad del supuesto a que se refiere y la singularidad de la solución que ofrece, es frecuentemente invocada por los tribunales españoles para hacer valer el silencio del acusado como prueba de cargo en casos que nada tienen que ver con esos presupuestos excepcionales.

41. El propósito de eludir el término “*imputado*”, que también inspiró un cambio terminológico en el Anteproyecto de 2011 (que opta por la expresión “investigado” o “persona investigada”), lleva en el texto de 2013 al empleo de un concepto con resonancias algo arcaizantes y muy *judicialistas* (según el DRAE *encausar* es *formar causa a alguien, proceder contra él judicialmente*), lo que no deja de ser coherente con su concepción de la fase investigadora como una auténtica *instrucción*. Menos comprensible resulta, sin embargo, que se renuncie a la terminología usual y clásica para

designar al *acusado*, aun cuando solo sea para marcar una sustancial diferencia de estatus procesal. La identificación nominal entre ambas situaciones, más allá de una cuestión estética, podría interpretarse como síntoma —una vez más— de cierta falta de convicción acerca de los principios garantistas que supuestamente inspiran, según su exposición de motivos, la intención del texto.

42. *Vid.* los comentarios de Alcácer a la STS 670/212 de 19 de julio en su trabajo ya citado (*La jurisprudencia del TEDH sobre las garantías...*) y en la obra que se reseña en la nota siguiente.

43. Hay muchísimas publicaciones sobre esta tema, pero para un abordaje inicial son excepcionalmente esclarecedores, en la línea de entendimiento del problema que aquí se sostiene, el trabajo de Rafael ALCÁCER GUIRAO ya mencionado, y sobre todo su obra posterior *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, 2013; así como la aportaciones de LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Fundamento y límites de la segunda instancia penal (a propósito del control de los hechos en el juicio de apelación)*. Madrid, 2009, siendo de especial interés la bibliografía básica que cita; y, asimismo, PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*. La Ley. Año XXVII. Número 6566. 9 de octubre de 2006. Y de la misma autora, *Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados*, Revista del Poder Judicial, nº especial XIX, 2006.

44. *Vid.* entre otras muchísimas, SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 63/1993, de 1 de marzo; 148/1994, de 12 de mayo; 244/1994, de 15 de septiembre; 81/1998, de 2 de abril; 96/2000, de 10 de abril; 57/2002, de 11 de marzo; 213/2002, de 11 de noviembre; 26/2006, de 30 de enero; 180/2006, de 19 de junio, etc.

45. Es art. 14.7 PIDCP dice textualmente que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”, y toda sentencia recurrible, por esencia, no es firme.

46. Artículo 2.

Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

47. PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma...* (cit.)

48. Sobre la distinción conceptual entre *impugnación* y *medio de gravamen*, *vid.* GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. 3ª edición. Colex, 1999. Pág 725 y ss.

49. Cabe remitir de nuevo a los trabajos de ALCÁCER y LÓPEZ ORTEGA que ya se han citado.

50. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 69-1, de 27/01/2006.

51. ALCÁCER GUIRAO, R.: El derecho a una segunda instancia..., cit., p. 85.

52. Se trataba de un impago de pensiones, en el que la Audiencia Provincial había aceptado los hechos “base” probados en la instancia, para extraer de ellos conclusiones probatorias diferentes. En concreto, aparte de poner de manifiesto que el juez *a quo* se había confundido en algunos cálculos, la sentencia de apelación decía que de los hechos declarados probados en primera instancia cabía inferir razonablemente la capacidad de pago del acusado, entre otras razones por su alta cualificación profesional (era ingeniero), y por tanto la Sala entendía, frente al criterio del juez de instancia, que si no había pagado la pensión era porque no quería, y no porque no podía. El TEDH, a este respecto, “*constata que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta solamente el elemento objetivo del delito, en este caso la falta de pago de la pensión, sino que ha examinado también las intenciones y el comportamiento del demandante, así como las posibilidades de obtener ingresos más elevados en razón de su formación profesional. A los ojos del Tribunal, un examen semejante difícilmente puede ser considerado como atinente solamente a cuestiones de derecho. Implica, en efecto, por sus características, una toma de postura sobre los hechos decisiva para la determinación de la culpabilidad del demandante*”.

53. Véase, sin embargo, el sorprendente *salto atrás* de la STC 157/2013, de 23 de septiembre de 2013, cuya mejor aportación se encuentra en el magnífico voto particular que la acompaña, cuya lectura permite obtener un conciso y claro resumen de la evolución de esta doctrina.

54. Eso es exactamente lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *Igual Coll c. España* (STEDH de 11 de marzo de 2009). No se practicó prueba en la segunda instancia, sino que la Audiencia Provincial valoró de distinta manera que el Juez de lo Penal los hechos-base que sustentaban la prueba de indicios acerca de falta de voluntad del acusado —y no imposibilidad, como había entendido el juez a quo— de pagar una pensión de alimentos. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo entendiendo que no se había planteado un problema de *inmediación*, puesto que no había existido prueba personal en la segunda instancia. El TEDH condenó a España aplicando la que era su verdadera doctrina, mal interpretada desde la STC 167/2002, como ya se ha expuesto.

55. Por todas, STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Valbuena Redondo c. España*.

Vid. asimismo ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a una segunda instancia...* cit., p. 33 y ss.

56. *Vid.*, a título de simple muestra —pues como queda dicho, hay centenares, si no miles, de resoluciones semejantes en el tratamiento de esta cuestión— SAP Badajoz 3 de septiembre de 2012 (Roj: SAP BA 994/2012), SAP Sevilla 31 de julio de 2012 (Roj: SAP SE 2808/2012), SAP Madrid 26 de julio de 2012 (Roj: SAP M 14895/2012).

57. También como simple botón de muestra, SAP Burgos de 10 de septiembre de 2012 (Roj: SAP BU 866/2012).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y otros: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso*. La reforma del Proceso Penal. Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

BECCARÍA, Cesare: *De los delitos y las penas*. Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999

CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro: *El Alcalde de Zalamea*. Austral. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1988.

CRESPO BARQUERO, P.: *Actualización de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derecho de defensa*. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2006.

CRESPO BARQUERO, Pedro: *“El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el juzgado de guardia de duración superior a veinticuatro horas”*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Madrid, 2003.

CRESPO BARQUERO, Pedro: *La reforma orgánica del Ministerio Fiscal: la Fiscalía General del Estado. Relaciones institucionales y órganos centrales*. Formación continuada del Ministerio Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2014.

FENECH NAVARRO, M.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Aagesa, León, 1980

FLETCHER, George P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*, GEDISA, Barcelona, 1980

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. 3ª edición. Colex, Madrid, 1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial*. Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *Un poder efectivo y visible. El de los jueces del estado constitucional de nuestro tiempo*. En *La sociedad, teoría e investigación empírica: estudios en homenaje a José Jiménez Blanco*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2002.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: *El proceso penal como sistema de garantías*. Diario La Ley, núms. 8068, 8091, 8111 y 8121, mayo, junio y julio de 2013.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Fundamento y límites de la segunda instancia penal (a propósito del control de los hechos en el juicio de apelación)*. Madrid, 2009

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: *La presunción de inocencia*. Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*. La Ley. Año XXVII. Número 6566. 9 de octubre de 2006.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados*, Revista del Poder Judicial, nº especial XIX, 2006.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: *La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

VIADA BARDAJÍ, Salvador: *Los fines del proceso penal*. La Ley Penal, nº 75. Sección Estudios (La Ley 12919/2010), Ed. La Ley, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal*. 2ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA:

AGUILERA MORALES, Marien: *Proceso penal y causa general*. Ed. Civitas, Madrid, 2008.

BROWN CELLINO, Sergio: *Tópicos sobre motivación de la sentencia penal*. En Ciencias Penales, Temas actuales: homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004. P. 537 y ss,

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Los verdaderos Tribunales en España: Legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1992.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y PEITEADO MARISCAL, Pilar: *Sistema de la tutela judicial efectiva*. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2011.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *El Poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. Ed. Ariel, Madrid, 2000.

FERRAJOLI, Luigi: *Estado y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. 4ª edición. Madrid, 2004.

GUERRERO PALOMARES, Salvador: *La imparcialidad objetiva del Juez Penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica*. Ed. Aranzadi, 2009.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: *Acusación y defensa en el proceso penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*. Ed. Taurus, Barcelona, 1999.

ISRAEL, J., KAMISAR, Y., LAFAVE, W., KING, N.: *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de América*. E. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

LARA LÓPEZ, Antonio María: *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*. Ed. Aranzadi, 2014.

LÓPEZ AGUILAR, Fernando: *El Ministerio Fiscal como problema*. Revista Sistema, nº 130/1996.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal*. AKAL, 1999.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *La cláusula de confrontación en el proceso penal*. Ed. Civitas, 2013.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo: *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz: *La independencia judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO CATENA, Víctor: *Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales*. Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, nº 8/2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. El País, 23 de septiembre de 2003.

NIEVA FENOLL, Jordi: *La duda en el proceso penal*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

PEREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J. *El interrogatorio del acusado: reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Ed. Civitas, Madrid, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*. Ed. Aranzadi, 2013.

PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español*. COLEX, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *¿Inferioridad de armas en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)*. Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, nº 8/2010.

SUAU MOREY, Jaime: *Inmediación y apelación en el proceso penal*. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2010.

TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2014

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014