

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

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

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad personal. Derecho a la información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones en caso de detención y de prisión provisional*

«Los pronunciamientos ya citados sobre el derecho de información cuando está en juego (siquiera potencialmente) la libertad (SSTC 21/2018 y 83/2019) arrojan la siguiente configuración:

A) La información debe proporcionarse (i) por escrito, sin que baste una información verbal, forma que evita debates sobre el momento y contenido de la misma y favorece el control de su consistencia y suficiencia [SSTC 21/2018, FJ 6 a), y 83/2019, FJ 6 a)]; (ii) de forma inmediata, lo que, más allá del dato temporal, significa que se debe facilitar con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad del derecho de defensa del privado de libertad, donde destacan el momento de recibirle declaración cuando se trata de una detención y, en todo caso, el de decidir sobre la situación personal [SSTC 21/2018, FJ 6 b), y 83/2019, FJ 6 a)], y (iii) de oficio [STC 83/219, FJ 6 a)].

B) La información que debe ser facilitada a la persona detenida o presa solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que le asisten. La concreción de ese contenido atiende a la finalidad tuitiva de permitir la defensa frente a la medida cautelar y asegurar la legalidad de la privación de libertad, esto es, que se ha producido conforme a los casos y modos fijados en la previsión legislativa que habilite la privación en cuestión. Solo si el investigado, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado o puede ser privado de libertad, estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia mediante el acceso a las actuaciones que sostengan las razones aducidas y, si así lo estima, impugnar la legalidad de la medida cautelar (SSTC 21/2018, FJ 6, y 83/2019,

FJ 5). Hay que insistir en que ambos aspectos del derecho de información en sentido amplio, comunicación y acceso, resultan funcionalmente indisolubles.

a) Si se trata de un detenido por su supuesta participación en la comisión de un delito, la causa legal que justifica la detención se recoge en el artículo 492.4 LECrim y “el control de la adecuación a la ley de la detención gubernativa permite cuestionar tanto la existencia y suficiencia de los indicios en que se ha apoyado (los motivos de la detención), como su necesidad en el caso concreto” (STC 21/2018, FJ 5). En buena lógica, “[l]a información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no solo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención [con] obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o vídeo, u otras similares)” [SSTC 21/2018, FJ 6 c)].

b) En el caso de la prisión provisional, la información será asimismo la precisa para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, la que permita un “conocimiento de lo necesario para cuestionar las razones que habrían de justificar la medida cautelar” (STC 83/2019, FJ 7), pudiendo rebatirse los fundamentos de la medida cautelar solicitada por la acusación pública en la comparecencia (FJ 8). La prisión provisional solo puede ser decretada cuando concurren los requisitos fijados en el artículo 503.1 LECrim, que a su vez recoge las exigencias constitucionales al respecto: la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva como presupuesto y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como objetivo (por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). El control de su cumplimiento y, con ello, de la legalidad de la medida cautelar personal, presupone el conocimiento de qué hechos con apariencia de qué delito se investigan y cuál es la conexión del investigado con esos hechos que permite creerle responsable de los mismos, además de los elementos de los que quepa inferir los fines constitucionales de aseguramiento que la justifican, sea evitar el riesgo de fuga, el de obstrucción en la instrucción o el de reiteración delictiva [SSTC 29 y 30/2019, FJ 3 b) y c)]. Será preciso, en buena lógica, informar sobre los indicios de comisión del delito por parte del investigado capaces de sustentar la prisión provisional en el momento procesal de que se trate y la procedencia objetiva de tales indicios, lo que implica una referencia a las fuentes de prueba.

El derecho de acceso a los materiales de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad que se reconoce en los artículos 520.2 d) y 505.3 LECrim es el complemento inescindible del derecho a la información al que sirve como garantía instrumental. «Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial [...], solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas.» (STC 83/2019, FJ 5, con remisión a la STC 21/2018, FJ 7). Desde ese punto de partida, el fundamento

jurídico 7 de la STC 21/2018 esboza un primer diseño constitucional de este específico derecho de acceso, que identifica el momento y forma de ejercerlo y su contenido, en el que se avanza en el fundamento jurídico 6 de la STC 83/2019 respecto a la prisión provisional:

a) Habida cuenta de su carácter instrumental respecto al derecho de información, el momento lógico del acceso será posterior a su suministro o disponibilidad, para proporcionar aquello que recoja o documente las razones fácticas y jurídicas de la privación de libertad sin perjuicio de que el investigado o encausado pueda instar su derecho con anterioridad o al margen de esa información en aras del fin último de estar en posición de evaluar la legalidad de la medida privativa de libertad. Si es inescindible de la funcionalidad del derecho, dada la finalidad de hacer posible una defensa efectiva frente a la privación de libertad, que el acceso sea previo a los momentos decisivos para ese derecho.

En el caso de la detención, ese momento se sitúa “antes de ser interrogado policialmente por primera vez”, de modo que el detenido pueda “decidir fundamentadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando”. [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Algo diferente se plantea la cuestión en supuestos de prisión provisional, donde la finalidad de garantizar la efectividad de la defensa lleva a anticipar el acceso a un punto temporal previo a la privación cierta de libertad. El acceso se localiza en el intervalo entre el conocimiento de que se va a celebrar la comparecencia para decidir sobre la situación personal (artículo 505 LECrim) y el turno para alegar en la comparecencia convocada, para lograr así “tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones” antes de que el órgano judicial adopte una decisión. De este modo se da oportunidad al investigado potencialmente afectado de tener “acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican” [STC 83/2019, FJ 6 b)].

b) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación por el interesado. Una vez mostrada la voluntad de hacer uso del derecho, el acceso debe producirse de la forma más efectiva e inmediata posible, interrumpiéndose incluso la comparecencia del artículo 505 LECrim ya iniciada, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido o investigado un adecuado uso en términos de defensa [SSTC 21/2018, FJ 7 b), y 83/2019, FJ 6 b) y d)]. c) En lo que atañe al objeto del acceso, la conexión entre el derecho a la información y el derecho al acceso determina una influencia recíproca en la fijación de su contenido, siempre atento a su papel de garantías del derecho de defensa en los incidentes cautelares atinentes a la libertad. El material de que se disponga en cada caso ha de suministrar los fundamentos para acordar una medida cautelar privativa de libertad. Solo el informado sobre las razones de la (eventual) privación de libertad puede conocer qué actuaciones son relevantes e instar justificadamente el acceso al material que sustenta esas razones y que, por ello, es esencial para impugnarla. Esta garantía integrada de la libertad personal de información-acceso no otorga un derecho de acceso pleno al contenido de las actuaciones, policiales o judiciales, sino que, como expresan los artículos 505.3, 520.2 d), y 527 LECrim, se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad [SSTC 21/2018, FJ 8, y 83/2019, FJ 6 c)]. Esto es, las fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar

penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley y en la forma prevista en la ley.

La determinación de cuáles sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la privación de libertad (SSTC 21/2018, FJ 7, y 83/2019, FJ 5). A modo de ejemplo hemos señalado como posibles elementos esenciales en el caso de la detención policial, “la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas” [STC 21/2018, FJ 7 c)].

La decisión sobre el carácter fundamental de un determinado elemento en clave de privación de libertad o sobre la forma de acceso corresponderá a los agentes policiales en supuestos de detención y al juez de instrucción si se trata de prisión provisional. En caso de discrepancia, el detenido puede activar la garantía del *habeas corpus* para que la autoridad judicial dirima la controversia [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Asimismo, la idoneidad de la decisión judicial del instructor de entrega de datos y materiales es susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido [STC 83/2019, FJ 6 d)].

(STC 180/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 4194-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 26-1-2021).

### *Derecho a la libertad personal. Motivación*

«Como hemos puesto de manifiesto, entre otras, en la STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4 d) “[l]a falta de motivación, en los términos anteriormente expuestos, de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el art. 17 CE (128/1995, de 26 de julio FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 3). Conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (por todas, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7, y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2). Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resolu-

ciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad”.

Por otro lado, también debemos descartar la lesión del derecho a la presunción de inocencia. Este Tribunal ha sostenido que este derecho “no puede resultar vulnerado por unas resoluciones judiciales que se limitan a imponer una medida cautelar en el seno de un proceso penal en el que el demandante de amparo no había sido aún juzgado, ni se había producido ninguna declaración de culpabilidad, por lo que falta el presupuesto para considerar conculcado el referido derecho (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 2; 127/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 179/2005, de 4 de julio, FJ 2). Y si lo que se cuestiona con la invocación de este derecho fundamental es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada –la existencia de indicios racionales de criminalidad–, la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad (SSTC 66/1997, de 7 de abril, FJ 4, y 47/2000, de 17 de febrero, FJ 6)” (STC 65/2008, de 29 de mayo FJ 2)».

(STC Pleno 3/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2226-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 14-2-2020).

### *Plazo de la detención*

«Este tribunal ha recordado que “el artículo 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3) [...]. Este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada [...]. En consecuencia, la vulneración del citado artículo 17.2 CE se puede producir, no solo por rebasarse el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2)” (STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváz Rodríguez. BOE 26-1-2021).

### *Prisión provisional. No vulneración por el hecho de que el Juez que la acuerda realice funciones instructoras*

«Ha de advertirse que una decisión de prisión provisional no es una resolución que agote su finalidad en conseguir que se atienda a un concreto llamamiento o cita-

ción judicial, sino que exige la formulación de un pronóstico de comportamiento futuro que va más allá, en cuanto que lo que se trata de asegurar es la íntegra tramitación del proceso, en sus sucesivas fases. Por ello, el dato de la comparecencia voluntaria no puede tener la misma fuerza argumental que sí puede adquirir en relación con una concreta medida de detención personal que trate de asegurar una específica comparecencia ante la autoridad judicial.

(.../...)

Como señalamos en la STC 50/2019, de 9 de abril, FJ 5 c), lo que valora el instructor es que el arraigo de los recurrentes no tiene “relevancia suficiente como para enervar el riesgo de fuga.

(.../...)

En la STC 29/2019, de 28 de febrero, se ha establecido la doctrina general sobre las exigencias de imparcialidad judicial en el incidente relativo a la medida cautelar de prisión provisional. Señalamos entonces que la garantía de imparcialidad judicial es tributaria del más general ‘principio de adopción judicial de la medida’, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica tanto ‘el acceso a una determinada institución u órgano como un procedimiento de carácter judicial’ que ha de estar a cargo de ‘una autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales’”.

(.../...)

b) Constatamos, asimismo, en la citada STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4, que el art. 5.3 CEDH tiene plena correlación con el art. 17.2 de nuestra Constitución, precepto cuya virtualidad excede, en consecuencia, de la mera previsión de un plazo máximo de duración para la detención policial. En la regulación contenida en el art. 17.2 CE se encuentra implícita, en cuanto medida cautelar penal que, dentro de los límites máximos fijados por el legislador (art. 17.4 CE), excede virtualmente del plazo y los fines perentorios que son propios de una detención puramente gubernativa (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4). De este modo, la garantía de control judicial de la prisión provisional que el art. 17.2 CE establece, y las exigencias procedimentales inherentes a la misma, son exigibles siempre, haya o no existido una detención policial previa. Sea a través de la orden judicial de comparecer (como ha ocurrido en este caso) o de una conducción policial coactiva –esto es, sea a través de la coacción puramente jurídica de la citación o de la coerción física inherente a la detención policial–, de lo que se trata es, en definitiva, de lograr un mismo fin: la puesta del investigado a disposición de la autoridad judicial competente para que sea esta la que adopte, a través del «procedimiento judicial» que exige el art. 5.3 CEDH, la decisión pertinente acerca de la prisión preventiva.

c) La STC 29/2019, FJ 4, ha señalado que, tal y como establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 5.3 CEDH (STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza, § 28), la autoridad judicial encargada del control de la prisión provisional conforme al art. 17.2 CE puede ejercer funciones que no se identifican estrictamente con las de «administrar justicia», como es el caso de las funciones de dirección del procedimiento investigador. Hemos advertido, no obstante, también en coherencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49, de 18 de enero de 2007, asunto Estrikh c. Letonia, § 116, de 22 de mayo de 2007, asunto

Bülbü l c. Turquía, § 22), que dicha autoridad ha de poseer, en todo caso, ciertas cualidades propias de un órgano judicial en sentido estricto, concretamente “la independencia hacia el ejecutivo y las partes”, y que para que la autoridad que realiza el control judicial de la prisión pueda ser considerada “independiente” e “imparcial” hay «apariencias objetivas» que deben ser tenidas en cuenta, como, por ejemplo, que no pueda intervenir en un estadio ulterior del procedimiento penal ejerciendo funciones de acusación, supuesto en el cual su independencia e imparcialidad pueden ser objeto de sospecha. Además, la autoridad judicial debe escuchar personalmente al afectado y decidir conforme a criterios jurídicos la procedencia de la privación cautelar de libertad (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49).

d) Esta doctrina general ha llevado a afirmar, en coherencia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no resulta, en definitiva, incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad judicial que ha de decidir sobre la prisión provisional que esta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial, pero sí que acumule tales tareas con “funciones de acusación” y más concretamente que no se deduce de la Constitución que “la autoridad judicial que ejerce el rol de instructora del procedimiento deba quedar excluida de las funciones de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad (art. 17.2 CE en relación con el art. 505 LECrim), en tanto tenga efectivamente garantizado un estatus de independencia respecto del poder ejecutivo y de las propias partes, de suerte tal que no esté llamado a asumir funciones acusatorias”, rasgos básicos estos que “están garantizados en nuestro vigente sistema procesal penal, en la medida en que el juez de instrucción goza de las garantías de independencia e inamovilidad propias de los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 CE), y habida cuenta que no formula posteriormente acusación alguna contra el investigado, ni puede obligar al fiscal a formularla” (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4)».

(STC Pleno 37/2020, de 25 de febrero. Recurso de amparo 2971-2018. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. BOE 26-3-2020).

## ARTÍCULO 17.4

### *Habeas corpus*

«Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 24/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 29/2006, de 30 de enero, FJ 3; 46/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3;

88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 12/2014, de 27 de enero, FJ 3; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

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

No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional” (STC 72/2019, FJ 2, ya citado)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 26-1-2021).

## ARTÍCULO 20.1

### *Conflicto entre libertad de expresión y de información y derecho al honor y a la intimidad*

«La reciente STC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 2 a), recoge nuestra jurisprudencia consolidada respecto al primero de esos derechos, recordando que tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside c. Reino Unido, § 49 y de 8 de julio de 1986, asunto Lingens c. Austria § 41), pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’. (SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42; de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43, y de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 30)”.

Junto a ello, también hemos señalado que “la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquella el límite interno



de veracidad que es aplicable a esta” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2), lo que se justifica en que “tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud” (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2). En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3; 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). En este sentido, merece especial protección constitucional la difusión de ideas que colaboren a la formación de la opinión pública y facilita que “el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). Entre ellas, hemos incluido no solo los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas (STEDH de 13 de noviembre de 2003, asunto *Scharsach y News Verlagsgesellschaft c. Austria*, § 30), sino también los que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución. En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en los ámbitos del discurso político y de las cuestiones de interés general, el art. 10.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) no queda apenas espacio para la restricción de la libertad de expresión, que prevalecerá frente a posibles afectaciones del derecho al honor (SSTEDH de 29 de marzo de 2016, asunto *Bédat c. Suiza*, § 49 y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 32 y jurisprudencia en ellas citada).

En concreto –y por lo que aquí interesa–, sobre la crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad, hemos advertido que esta no ha de confundirse, sin más, con un “atentado al honor” (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero). Solo escapan a la protección del art. 18.1 CE “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” (STC 180/1999, FJ 5).

En supuestos en los que las frases proferidas constituyen una crítica referida específicamente a la labor profesional de un funcionario público, el Tribunal ha dicho que se amplían los límites permisibles. El canon de análisis correspondiente exige prestar especial atención, entre otras cosas, a las circunstancias concretas o contexto en que las expresiones debatidas se vierten, su contenido, la mayor o menor intensidad de las frases; su tono humorístico o mordaz; el hecho de afectar al honor del titular del cargo no en su faceta íntima y privada, sino en relación con su comportamiento como titular de una función pública; la existencia o inexistencia de *animus iniuriandi*; el interés general o la relevancia pública de las manifestaciones, expresiones o ideas exteriorizadas, y, por encima de todo, si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 85/1992, de 8 de junio; 15/1993, de 18 de enero, y 3/1997, de 13 de enero entre otras). En el caso de que el objeto de las críticas sea alguna institución pública o una clase del Estado, sin minusvalorar la importancia de su dignidad, reputación o autoridad moral, gozan frente a estas libertades de un nivel de garantía más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino inde-

terminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2), siempre que no se ponga en cuestión su probidad pública (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 8). Así, por ejemplo, hemos considerado cubierta por la libertad de expresión la crítica de la desidia municipal, al no existir una intención de injuria o de menosprecio, sino ejercicio legítimo del derecho a la crítica del funcionamiento de las instituciones públicas (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4).

En cuanto a la libertad de información y su posible colisión con el derecho a la intimidad de terceros, para que la emisión de una noticia o información goce de la máxima protección del art. 20.1 d) CE y prevalezca, por ello, sobre este último, hemos establecido dos condiciones, que también han sido exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras muchas, en las sentencias de 17 de diciembre de 2004 (asunto *Cumpână y Mazârê c. Rumanía*) y 31 de enero de 2006 (asunto *Stângu y Scutelnicu c. Rumania*).

La primera de dichas condiciones consiste en que lo transmitido sean hechos «veraces», que en nuestra doctrina hemos hecho equivalentes a hechos «contrastados» con la debida diligencia profesional, por todas, STC 107/1988. Así, este Tribunal ha hecho recaer sobre los autores de la noticia un “deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información [que] no se satisface con la pura remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume la veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador” (STC 172/1990, de 12 de diciembre; y en parecidos términos, SSTC 6/1996, de 16 de enero, y 21/2000, de 31 de enero).

La otra condición para que la información goce de la protección constitucional consiste en que recaiga sobre «hechos noticiables», esto es, sobre materias de relevancia pública que sean de interés general, ya sean por las materias a que se refiere o por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (por todas, STC 18/2015, de 16 de febrero, FFJJ 4 y 5).

Respecto de ambas libertades, ha de recalarse, pues, que es precisamente cuando su ejercicio versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre cuando su protección constitucional opera con la mayor eficacia, máxime cuando se ejercitan por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4). Y ello porque, de acuerdo también con nuestra constante jurisprudencia, el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza el interés constitucional de la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6). En la misma línea se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, al afirmar que estas libertades, reconocidas en el art. 10.1 CEDH, constituyen uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso, por lo que, si bien

dichas libertades pueden estar sometidas a restricciones “previstas por la ley”, estas han de venir justificadas por una “necesidad social acuciante” (STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 31, interpretando el sentido del art. 10 § 2 CEDH ) y han de ser interpretadas siempre de forma restrictiva (en el mismo sentido SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42; de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43; de 10 de diciembre de 2007, asunto Stoll c. Suiza, § 101; de 13 de julio de 2012, asunto Movimiento raeliano suizo c. Suiza, § 48; y de 23 de abril de 2015, asunto Morice c. Francia, § 124). Esta dimensión objetiva o institucional de estos derechos-libertad les dota de una preeminencia en nuestro ordenamiento jurídico frente a otros derechos o bienes jurídicos en conflicto, que ha vuelto a ser recordada de forma explícita, entre otras, en la STC 18/2015, de 16 de febrero, FJ 4).

Estas libertades aparecen, así, como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocadas en una posición preferente y objeto de especial protección (STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3), y necesitadas de un «amplio espacio» (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de informaciones y de opiniones constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a todos los poderes públicos y, en particular, al juez penal en nuestro Estado democrático [en esta línea, por todas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 d); asimismo, STEDH, de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 46]. Ese valor preferente cuando las libertades de expresión e información acercan al conocimiento general hechos u opiniones relevantes para la comunidad, tiene una especial manifestación respecto a las personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, pues deben soportar un mayor riesgo de interferencia en sus derechos que las personas privadas, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos, situaciones u opiniones que interesan a la comunidad, residiendo en tal criterio el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de expresión o información y otros derechos fundamentales (en sentido parecido, STC 127/2003, de 30 de junio y las que allí se citan). Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que, en estos casos, el factor decisivo en la ponderación entre la protección de los derechos ajenos y estas libertades estriba en la contribución de lo publicado a un debate de interés general (por todas, STEDH de 24 de junio de 2004, asunto Von Hannover c. Alemania, § 65 y 76)».

(STC 6/2020, de 27 de enero. Recurso de amparo 6354-2017. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 29-2-2020).

### *Derecho a la libertad de expresión del Abogado en ejercicio del derecho de defensa*

«La libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, hemos reiterado que cuando la ejercen los abogados se trata de una

manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los Tribunales de Justicia se expongan. Por ello su ejercicio ha de valorarse en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la “autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”, que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989, asunto Barfod). Así hemos tenido oportunidad de señalar que excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5).

Los abogados tienen entre otros el derecho a comentar las actuaciones de la administración de justicia. Los límites de una crítica admisible son distintos cuando se trata de los magistrados que actúan en el ejercicio de sus poderes, a cuando es un particular. No obstante, su situación como servidores públicos no es la misma que la de los políticos y no cabe por ello someterles a un control “atento de sus actos y de sus gestos” como sucede con aquellos. Los jueces deben “beneficiarse de la confianza del público sin perturbaciones indebidas y por tanto puede ser necesario protegerlos contra los ataques verbales ofensivos cuando están en servicio”: STEDH de 30 de junio de 2015, asunto Peruzzi contra Italia, parágrafo 52.

(.../...)

Un límite al ejercicio legítimo de la libertad de expresión del abogado es el insulto: “debe hacerse una clara distinción entre crítica e insulto. Si la única intención de cualquier forma de expresión es insultar a un tribunal o a sus miembros, una sanción apropiada podría, en principio, no constituir una violación del artículo 10 de la Convención” (STEDH asunto Bagirov contra Azerbaiyán, parágrafo 78)».

(STC 142/2020, de 19 de octubre. Recurso de amparo 3406-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 20-11-2020).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Declaración de inconstitucional del artículo 454 bis. 1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

«El precepto cuestionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que ha creado un régimen de impugnación de las decisiones de los letrados de la administración de justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional. En coherencia con ello, se debe declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado, precisando, al igual que se hizo en las SSTC 58/2016, FJ 7; 72/2018, FJ 4, y 34/2019, FJ 7, que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto,

el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 454 bis LEC».

(STC Pleno 15/2020, de 28 de enero. Cuestión interna de inconstitucionalidad 2754-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. Trías. BOE 29-2-2020).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal*

« A) El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un *ius ut procedatur*, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del art. 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5).

Son sus notas características las que siguen:

a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la

gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semjante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la Administración de Justicia (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre).

(.../...)

A partir de las consideraciones expuestas, hemos de señalar ya que, para que la investigación penal concretamente desplegada satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se encuentra en posición de víctima en supuestos de violencia de género o cometida en un entorno familiar o afectivo, será necesario no solo activar sin demoras –cuando corresponda– las medidas de protección personal adecuadas al caso, sino también desplegar una instrucción que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito.

El comportamiento exigible del órgano judicial en modo alguno implica la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación.

(.../...)

La investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria».

(STC 87/2020, de 20 de julio. Recurso de amparo 6127-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 15-8-2020).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración del principio acusatorio en segunda instancia*

«La pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye –al igual que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquella se sustenta– un elemento esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante por ello de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a este ha de informársele ex art. 24.2 CE no solo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquella pretende por la comisión de dichos hechos; esto

es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado, ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación, por los hechos imputados y la calificación jurídica que estos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario, giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquel ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este Tribunal no se refiere con ello a supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el Tribunal ad quem agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992)».

(STC 47/2020, de 15 de junio. Recurso de amparo 3774-2017. Ponente: D.<sup>a</sup> María Luisa Balaguer Callejón. BOE 18-7-2020).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

«[La] Constitución reconoce el derecho a no ser obligado a declarar en el artículo 17.3, en relación con la persona detenida y [...] en el artículo 24.2, con especial referencia, por tanto, al proceso penal, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos estrechamente relacionados con los de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituyen una manifestación concreta (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8).

En cuanto al origen y contenido de ambos derechos, hemos explicado que frente al viejo proceso penal inquisitivo (regido por el sistema de prueba tasada en el que el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo de la tortura, la confesión de los cargos que se le

imputaban), en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso, sino sujeto del mismo y, en cuanto tal, 'ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo restricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable' (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8).

Por otra parte, los derechos alegados entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). O, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse 'presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada' (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Servs c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; y de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39).

Pero, con una u otra perspectiva, puede afirmarse que el contenido esencial de tales derechos es 'la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo' (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6) y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que se estime más conveniente" (STC 142/2009, de 15 de junio, FJ 3).

Por otro lado, estos derechos vienen reconocidos en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 que, al recoger las «garantías mínimas» de las personas acusadas de un delito en su artículo 14.3, cita entre ellas el derecho «[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable» [letra g)]. Y, aunque es verdad que "este derecho no viene consagrado en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el 'derecho a un proceso equitativo' a que hace referencia el artículo 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia). Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho este que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras,



SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8, entre otras).

En suma, [...] es constitucionalmente inadmisibile que [la] falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal” (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 26-1-2021).

### *Presunción de inocencia. Valoración en segunda instancia de agravantes y tipos cualificados*

«Se ha consolidado una jurisprudencia constitucional que puede quedar resumida, a los efectos que interesan en este recurso de amparo acumulado, en los siguientes elementos esenciales: (i) es contrario a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de un recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados, para establecer su responsabilidad penal o una agravación de la misma, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse, exponiendo su testimonio personal; (ii) no cabe efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia, en que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado y, (iii) por lo que se refiere a los concretos supuestos en que la controversia o discrepancias se producen en relación con la concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para establecer o agravar la responsabilidad penal, tal enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

En relación con esta última cuestión, es de destacar que este Tribunal ha afirmado que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, como aquí sucede, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España;

20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España, o 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España. Estas mismas resoluciones señalan que el derecho a la inmediación supone una vista con práctica de esa prueba personal. Así se afirma que ‘no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan’ (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 47; o 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España; § 38); que ‘las cuestiones que deben ser examinadas por el Tribunal Supremo necesitan la valoración directa del testimonio del imputado o de otros testigos’ (STEDH 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 40); o que ‘el imputado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su credibilidad’ (SSTEDH 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España; § 41, o 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España, § 35)” (STC 172/2016, de 17 de octubre).

Igualmente, las SSTC 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 7; 36/2018, de 23 de abril, FJ 6; 37/2018, de 23 de abril, FJ 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 73/2019, de 20 de mayo, FJ 2, inciden en que “en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó ‘que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado’ (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado ‘de manera consciente y deliberada’ a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la

ilegalidad de sus actos. La sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)”.

Por último, el Pleno de este Tribunal también ha establecido en la STC 88/2013, de 11 de abril, que si bien la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías –esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído– no necesariamente tiene una repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; sin embargo, cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena o agravación de la responsabilidad penal se ha basado de manera exclusiva o esencial en una valoración o reconsideración de hechos obtenidos a partir de una actividad probatoria practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, “ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia” (FJ 12). En aplicación de este criterio, en supuestos en que la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se ha afirmado con motivo de que en la segunda instancia penal se ha establecido o agravado la responsabilidad penal por considerar concurrente elementos subjetivos no apreciados en la instancia, la jurisprudencia constitucional más reciente –incidiendo en que forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia la obligación de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada y ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2)– ha concluido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando la concurrencia de dicho elemento subjetivo “solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de los acusados con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de dichos testimonios es absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatario, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por aquellos” (SSTC 59/2018, de 4 de junio, FJ 5; 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4, o 88/2019, de 1 de julio, FJ 4).

5. Los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia en la aplicación de la agravante de cometer el delito por discriminación ideológica y del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público en la sentencia de casación. En aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta este Tribunal considera que la agravación de la responsabilidad penal en las resoluciones de casación, derivada de la apreciación de (i) la agravante genérica, aplicada a todos los ilícitos, de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP) y (ii) del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público (art. 263.2.4 CP), ha vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no haberse posibilitado un trámite de

audiencia a los acusados que les hubiera permitido exponer su testimonio exculpatorio con el fin de que fuera debidamente ponderado por el órgano judicial de segunda instancia.

a) Por lo que respecta a la aplicación de la agravante genérica de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP), en las actuaciones queda acreditado, como se ha expuesto ampliamente en los antecedentes, que el órgano judicial de instancia, ante el que se había practicado la prueba y tuvo la oportunidad de oír directamente las declaraciones de los acusados, desestimó la aplicación de la agravante genérica de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP), argumentando que (i) la pertenencia a diferentes grupos políticos de los autores y las víctimas no permite su aplicación automática, (ii) se exige la prueba de la intencionalidad del autor, elemento de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y (iii) que en los relatos fácticos de acusaciones no se recoge referencia alguna a que en los hechos objeto de enjuiciamiento se hubiera producido por discriminación ideológica o política.

Por su parte, el órgano judicial de casación, en virtud de los recursos planteados por las acusaciones y sin previa celebración de audiencia en que pudiera tomar conocimiento directo de lo declarado por los acusados sobre el particular, consideró aplicable esta agravante genérica respecto de todos los ilícitos cometidos por los acusados, argumentando que la conducta desarrollada por estos, tal como se exponía en el relato de hechos probados, lo fue en relación con lo que consideraban un acto de exaltación del movimiento independentista catalán, como se derivaba de las consignas coreadas y de los insultos referidos a la condición de catalanes, “por lo que indudablemente debe inferirse el móvil ideológico como factor guía de la conducta de los acusados” (fundamento de Derecho primero).

Estos antecedentes ponen de manifiesto que (i) las sentencias de instancia y de casación coinciden en considerar necesario para la aplicación de la citada agravante que concurriera un específico móvil en la conducta de los acusados; (ii) la controversia entre los órganos judiciales de instancia y de casación versaba exclusivamente sobre si concurría ese específico elemento subjetivo de actuar con un ánimo de discriminatorio política; (iii) la sentencia de instancia, que había tenido un contacto directo e inmediato con el testimonio de los acusados y con todo el acervo probatorio, negó que hubiera quedado acreditada la existencia de ese ánimo en la conducta de los acusados y (iv) la sentencia de casación, por el contrario, afirmó la existencia de ese ánimo en los acusados, sin haberles dado la posibilidad efectiva de ser escuchados y sin haber tenido contacto directo con cualquier otro acervo probatorio de naturaleza personal. Por tanto, es preciso concluir, de conformidad con lo también interesado por el ministerio fiscal, que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que esa agravación en la sentencia de casación, aunque se hiciera sin una modificación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, toma como fundamento para afirmar la necesaria concurrencia del específico móvil discriminatorio en la conducta de los acusados, una revaloración de esos hechos declarados probados, que le estaba constitucionalmente vedada sin un previo trámite de audiencia en que los acusados pudieran dirigirse al tribunal que agravó su responsabilidad penal. En conexión con ello, también debe concluirse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que la concurrencia de dicho elemento subjetivo del ánimo de cometer el delito por discriminación ideológica no ha sido inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio exculpatorio de los acusados, incumpliendo con ello la obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados.

b Por lo que respecta a la aplicación del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público (art. 263.2.4 CP), en las actuaciones queda acreditado, como se ha expuesto ampliamente en los antecedentes, que el órgano judicial de instancia condenó por el tipo básico del delito de daños (art. 263.1 CP), al considerar probado que se produjeron daños en la puerta automática de acceso al local en que se estaba desarrollando el acto conmemorativo de la Diada, pero sin hacer ningún tipo de consideración respecto de la naturaleza de ese bien como de uso público a pesar de que había sido expresamente solicitada la aplicación del subtipo agravado por las acusaciones.

Por su parte, el órgano judicial de casación, ante la alegación de la omisión de pronunciamiento sobre esta acusación, en su sentencia consideró concurrente este subtipo agravado, argumentando que el carácter público del inmueble resultaba de diversos textos normativos, siendo también recogido ese carácter público del inmueble y la rotura de la cerradura y daños ocasionados en la puerta de acceso en la sentencia de instancia, lo que aboca a la aplicación del subtipo agravado, ya que el fundamento de esa agravación se halla en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los locales o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos. En el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, el órgano judicial de casación, ante la alegación de que la sentencia de casación había omitido valorar la concurrencia de elemento subjetivo relativo al conocimiento por parte de los condenados del carácter público de ese bien, se afirma que “el elemento subjetivo rezumaba en el *factum*”, añadiendo que “es evidente que todos conocían la cualificación del art. 263.2.4: que los daños ‘afecten a bienes de dominio o uso público o comunal’” y “podrían ignorar si el edificio sede de la Delegación del Gobierno de Cataluña, era propiedad de la Generalitat o lo poseía en arrendamiento, pero lo que no podían desconocer es que se estaba dando un ‘uso público’ al inmueble” (fundamento de Derecho primero). Estos antecedentes ponen de manifiesto que (i) el órgano judicial de instancia, que había tenido un contacto directo e inmediato con el testimonio de los acusados y con todo el acervo probatorio, omitió pronunciarse en su sentencia sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para poder aplicar el subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público, limitándose a constatar la de los elementos constitutivos del tipo básico; (ii) el órgano judicial de casación, por el contrario, en su sentencia aplicó este subtipo agravado justificando la concurrencia de sus elementos objetivos y en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, la del elemento subjetivo referido al conocimiento que tenían los acusados de que el bien dañado era un bien de uso público, y (iii) que la concurrencia de este específico conocimiento por parte de los acusados se afirmó sin haberles dado la posibilidad efectiva de ser escuchados y sin haber tenido contacto directo con cualquier otro acervo probatorio de naturaleza personal. Por tanto, de conformidad con lo también interesado por el ministerio fiscal, es preciso concluir que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la aplicación de este subtipo agravado en la sentencia de casación, aunque se hiciera sin una modificación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, toma como fundamento para afirmar la necesaria concurrencia del conocimiento de la cualidad de los bienes dañados como de uso público por parte de los acusados, una revaloración de esos hechos declarados probados, que le estaba constitucionalmente vedada, sin un previo trámite de audiencia en que los acusados pudieran dirigirse al tribunal que agravó su responsabilidad penal. En conexión con ello, también debe concluirse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que la concurrencia de dicho elemento subjetivo del conocimiento de la cualidad del bien dañado como de

uso público no ha sido inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio exculpatorio de los acusados, incumpliendo con ello la obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados».

(STC 1/2020, de 14 de enero. Recursos de amparo 3218-2017, 3313-2017, 3331-2017, 3358-2017, 3362-2017 y 3376-2017 (acumulados). Ponente: D.ª. Encarnación Roca Trías. BOE 14-2-2020).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 578

#### *Delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. Vulneración del derecho a la libertad de expresión*

«Desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia.

(.../...)

El Tribunal considera que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7, y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)».

(STC 35/2020, de 25 de febrero. Recurso de amparo 2476-2017. Ponente: D.ª. María Luisa Balaguer Callejón. BOE 26-3-2020).

**LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE,  
GENERAL PENITENCIARIA****ARTÍCULO 47***Denegación de permiso de salida extraordinario de preso preventivo para ejercer funciones de cargo representativo*

«a) La condición parlamentaria del recurrente y, por tanto, el derecho de representación política que conlleva, no son obstáculo para que, cuando concurren las condiciones constitucionales y legales necesarias, pueda acordarse y mantenerse en el tiempo su prisión provisional, pese a las restricciones de diversa naturaleza que le son inherentes [STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 20 A)].

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que los derechos garantizados por el art. 3 del protocolo núm. 1 CEDH no son absolutos (STEDH de 30 de junio de 2009, asunto Etxebarria y otros c. España, § 40), sino que pueden estar sometidos a «limitaciones implícitas», disponiendo los Estados de un amplio margen de apreciación al respecto (STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica § 52). Descendiendo al concreto supuesto que nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene manifestado que el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no prohíbe la aplicación de la medida de privación cautelar de libertad a un diputado o candidato en unas elecciones legislativas ni su mantenimiento en prisión provisional, así como que estas decisiones no implican automáticamente una violación del art. 3 del protocolo núm. 1 CEDH, ni siquiera en el caso de que la privación de libertad fuera considerada contraria al art. 5.3 CEDH (STEDH de 20 de noviembre de 2018, asunto Selahattin Demirtas c. Turquía, § 231).

En aplicación de dicha doctrina, en sentencia de esta misma fecha hemos declarado constitucionalmente legítimo el mantenimiento de la prisión cautelar del demandante (ratificada en auto de 6 de febrero de 2018 por el magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017 y, al desestimar su apelación, por auto de 20 de marzo de 2018 de la sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) lo que ha dado lugar, en la STC 3/2020, a acordar la desestimación del recurso de amparo núm. 2226-2018. En nuestra resolución hemos apreciado que el mantenimiento de la prisión provisional decretada vino apoyado en indicios de criminalidad basados en datos objetivos, se fundamentó en una finalidad constitucionalmente legítima razonadamente apreciada (conjurar el riesgo de reiteración delictiva concurrente) y supera el juicio de proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales en juego, tanto la libertad personal como el derecho de representación política que derivaba de su condición de diputado autonómico electo.

Sirva esta primera aproximación para poner de relieve que, pese a que es indudable que la decisión denegatoria de un permiso de salida solicitado por un cargo público para ejercer funciones propias del mismo supone una injerencia en el contenido de su derecho, tal injerencia no puede considerarse en sí misma una vulneración si responde a una finalidad legítima y ha sido exteriorizada en una resolución motivada que tome en consideración los intereses concernidos concluyendo razonadamente en la proporcionalidad de la decisión denegatoria adoptada.

b) Como acabamos de exponer, es la ley la que configura el ejercicio de los derechos aludidos, pero, en términos de ciudadanía, pese a la indudable relevancia

que en una sociedad democrática presenta la representación parlamentaria, no es admisible pretender un régimen legal privilegiado e inmune de los cargos públicos representativos frente a la aplicación de la ley penal, cuando esta actúa en defensa y tutela de intereses dignos de protección.

A lo que se ha de añadir que la situación cautelar privativa de libertad en la que el demandante se encontraba al concurrir a las elecciones autonómicas (lo que se proyectó sobre su pretensión de participar presencialmente en la campaña electoral) y en la que continuaba, una vez elegido, al solicitar los permisos penitenciarios, no le ha supuesto al recurrente la pérdida de su condición de parlamentario ni le ha suspendido en el ejercicio de sus funciones, que en parte ha podido seguir ejerciendo a través del voto delegado, por más que haya introducido severas restricciones en el modo de ejercicio de algunas otras que son características del cargo obtenido, singularmente, las que solo pueden ejercerse de forma presencial, fuera del centro penitenciario. Pero estas últimas restricciones son consecuencia directa de la pérdida de la libertad deambulatoria en que la medida cautelar consiste.

Por tanto, tal y como expresamos en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, FJ 5, hemos de reiterar que de la situación cautelar de prisión provisional derivan, de forma indefectible, limitaciones del contenido del derecho a ejercer el cargo público representativo obtenido. Así, pusimos entonces de relieve cómo “parte de las facultades de representación política anejas al cargo, singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal, quedan afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente, por la situación de prisión provisional” [STC 155/2019, FJ 20 B)].

(.../...)

En la STC 155/2019, FJ 20, al valorar la proporcionalidad de la prisión provisional, destacamos cómo la posibilidad legal de adoptar en momentos puntuales, y en función de las circunstancias concurrentes, medidas penitenciarias de excarcelación como la solicitada, permite hacer menos gravosa la injerencia de la prisión provisional en el ejercicio de su derecho al cargo representativo. Tal posibilidad fue evaluada como favorable por la sala de recursos del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el mantenimiento de la prisión provisional del demandante y otros investigados en la misma causa penal (auto de 5 de enero de 2018). Pero, como entonces expusimos y hemos reiterado en la sentencia 3/2020 de esta misma fecha al justificar la desestimación del recurso de amparo formulado por el recurrente contra el mantenimiento de su prisión provisional (recurso de amparo 2226-2018), se trata de una facultad legal que ha de ser valorada judicialmente en función de las circunstancias concurrentes en el momento en el que la petición de excarcelación se solicita y de la finalidad que justifica la privación cautelar de libertad. Por ello, como veremos, no son consideraciones de tipo penitenciario, sino procesales y de tutela de los bienes jurídicos afectados por los hechos investigados, las que han de ser valoradas caso a caso para activar este régimen menos restrictivo de protección cautelar del proceso.

(.../...)

5. bre los permisos penitenciarios y su relación con los derechos fundamentales afectados por la privación de libertad. a) Conformando uno de los principios generales que caracterizan nuestro ordenamiento jurídico penitenciario, su ley reguladora [Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP)] establece un mandato, dirigido a sus aplicadores, según el cual la actividad penitenciaria se ha de ejercer “respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los



derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza” (art. 3 LOGP). Como consecuencia, con mayor concreción, el mismo precepto establece como corolario que los internos pueden “ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

La norma extiende así su mandato de optimización a los presos preventivos objeto de detención y, al mismo tiempo, establece un límite específico: el ejercicio de estos derechos no será posible cuando no resulte conciliable con la finalidad que ha justificado la privación de libertad.

De su enunciado cabe colegir que, en la medida en que sea materialmente posible, la norma se dirige a hacer compatibles la finalidad de las medidas cautelares y penas privativas de libertad con el resto de los derechos que definen el estatus jurídico en prisión de los internos. No cabe duda de que dichos principios y reglas no son sino expresión legal del art. 25.2 CE, conforme al cual “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

b) Salvo en la STC 87/2005, de 18 de abril –que abordó exclusivamente el derecho de acceso a los recursos en esta materia– este Tribunal no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relevancia constitucional de los permisos extraordinarios de salida previstos en el art. 47.1 LOGP y regulados en el art. 155 de su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

Sin embargo, en el ámbito del cumplimiento de las penas privativas de libertad, la jurisprudencia constitucional sí ha abordado diversas quejas relacionadas con los beneficios penitenciarios que, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, significan acortamiento de condena –ya sea la redención de penas por el trabajo, el adelantamiento de la libertad condicional o la petición de un indulto particular–, o se refieren a la aplicación de previsiones legales que permiten modular la forma en que la ejecución de una privación de libertad se llevará a cabo –permisos ordinarios de salida, clasificación en grado o concesión de la libertad condicional (SSTC 48/1996, de 25 de marzo, 112/1996, de 24 de junio; 2/1997 de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 79/1998, de 1 de abril; 163/2002, de 16 de septiembre; 167/2005, de 20 de junio; 320/2006, de 15 de noviembre, y 226/2015, de 2 de noviembre).

En las resoluciones citadas hemos descartado que las vulneraciones denunciadas expresen en sentido propio una vulneración del derecho a la libertad personal establecido en el art. 17 CE, pues existe ya un título legítimo previo que ha justificado su limitación. No obstante, hemos afirmado que, en esos casos que modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se lleva a cabo, debe entenderse reforzado el canon de motivación exigible en relación con el general, que deriva del derecho recogido en el art. 24.1 CE (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4). De esta manera, no es suficiente la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión, sino que la motivación debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Son exigibles, por tanto, motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de la libertad contemplada como valor superior del ordenamiento (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3).

Dicho parámetro constitucional de motivación particularmente riguroso es trasladable por entero a los permisos penitenciarios de salida extraordinarios a través de los que se pretende ejercer funciones propias de un cargo representativo. En atención a la finalidad perseguida en este caso, las decisiones judiciales no pueden dejar de tomar en consideración los intereses concernidos, tanto los que, relacionados con su derecho de participación política trata de satisfacer el solicitante (art. 23 CE), como aquellos otros que justificaron su privación cautelar de libertad.

En todo caso, tanto la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos como los requisitos y condiciones de su disfrute dependen, ante todo, de los términos en que dicha institución está regulada en la norma legal aplicada. De esta forma, resulta oportuno recoger ahora la dicción literal de los preceptos reguladores: el art. 47.1 LOGP dispone que “en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales”. Por su parte, el art. 155.1 del Reglamento reproduce el enunciado al establecer que “en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurren circunstancias excepcionales que lo impidan”. A las finalidades expuestas se une la asistencia médica extrapenitenciaria, cuando sea precisa (art. 155.4 del Reglamento).

La propia calificación como extraordinarios de este tipo de permisos, su regulación y la puesta en relación con los permisos ordinarios orientados a favorecer la preparación de la vida en libertad de los penados, dan cuenta de una previsión legal dirigida a atender necesidades excepcionales en casos en los que, conforme a los usos sociales, se considera relevante facilitar que, con o sin medidas de seguridad, el interno asista presencialmente a determinados actos de la vida ordinaria.

Tal excepcionalidad no se corresponde con la pretensión de ejercicio continuado de funciones que hayan de realizarse en régimen de excarcelación, pues tal finalidad de ejercicio continuado en el tiempo de funciones, aún si no fuera incompatible con los bienes que la reacción penal protege a través del proceso, habrá de canalizarse, en caso de prisión preventiva, reclamando una atenuación de la tutela cautelar impuesta; o, en caso de cumplimiento de condena, solicitando la progresión de grado con acceso a un régimen de cumplimiento en semilibertad.

No obstante, no es este Tribunal sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria a quienes en primer lugar compete determinar en cada caso, atendidas las circunstancias concurrentes, cuáles sean esos otros “importantes y comprobados motivos” que pueden dar lugar a la concesión de permisos extraordinarios. En este aspecto particular, conviene destacar que las resoluciones judiciales impugnadas no niegan la posibilidad abstracta de obtener permisos extraordinarios de salida para ejercer funciones propias del cargo representativo obtenido, sino que, en este caso, la denegación de su autorización se fundamenta en atención a las circunstancias objetivas concurrentes, a la naturaleza de los delitos que se imputan al recurrente y a la apreciación actualizada de riesgo de reiteración delictiva.

A los efectos de nuestro análisis, interesa ahora destacar que, la regulación legal contempla la posibilidad de extender los permisos extraordinarios a los internos preventivos (art. 48 LOGP y art. 159 del Reglamento), pero con un relevante requisito adicional: no es el juez de vigilancia penitenciaria sino el órgano judicial a cuya dis-

posición procesal se encuentre el preso preventivo, quien deberá aprobar dichos permisos con carácter previo a su disfrute.

Dicho requisito adicional pone de manifiesto que las consideraciones de carácter penitenciario no son en sí mismas suficientes para hacer efectivo un permiso extraordinario de salida, sino que, en concordancia con el art. 3.1 LOGP, cualquiera que sea la finalidad que justifique la petición, también cuando se halle conectada con el ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, es el Juez o Tribunal de la causa penal en la que se ha decretado la prisión provisional del interno quien ha de valorar si el permiso es o no compatible con el objeto de su detención; esto es, con las finalidades que la legitiman, pues son estos órganos judiciales quienes, por su relación con el proceso de investigación, son también responsables de su tutela.

c En definitiva, el análisis de la queja planteada en amparo debe iniciarse descartando que la obtención de un permiso de salida ordinario o extraordinario constituya parte del contenido de cualquiera de los derechos fundamentales que se ven afectados por la prisión provisional.

No obstante, en la medida en que la autorización de tales permisos a un preso preventivo permite ampliar el status libertatis de sus beneficiarios –siquiera puntual y temporalmente– permitiéndoles con mayor extensión el ejercicio de sus derechos (también el de representación política que ha sido expresamente alegado), su denegación ha de estar fundada en criterios que resulten conformes con el contenido de los mismos y los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución, de forma que pueda ser calificada como proporcionada al interés que la justifica>>.

(STC Pleno -con voto particular- 4/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2228-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, y con el mismo voto particular, SSTC Pleno 3/2020, de 15 de enero, 9/2020, de 28 de enero, 23/2020, de 13 de febrero y 36/2020, de 25 de febrero).

## ARTÍCULO 51

### *Derecho de los reclusos a comunicarse con periodistas. Necesidad de motivar la resolución que desestime la solicitud*

«El derecho a expresarse y a comunicar información de los reclusos viene determinado, no solo por el art. 20 CE, sino también por el art. 25.2 CE. Este no constituye únicamente una fuente de limitación o restricción de los derechos fundamentales de los presos, sino que incorpora, además, una cláusula de garantía “que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí ‘con las modulaciones y matices’ recogidas en dicho precepto constitucional” [STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3 y, en el mismo sentido, STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 b)]. Así, por lo que ahora interesa, dicho precepto exige, según señalábamos en la STC 58/1998, de 16 de marzo (FJ 3) que, cuando de la limitación de un derecho fundamental de un preso se trata y su ejercicio no se encuentra restringido expresa o implícitamente en el fallo condenatorio que condujo a la prisión (como es este el caso), tal limitación se prevea en la ley penitenciaria, que, a su vez, ha de dictarse –no ha de olvidarse– “de acuerdo con la Constitución” (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2).

La reserva de ley prevista en el art. 25.2 CE ha de entenderse en sentido formal, de manera que toda limitación de derechos fundamentales consignada de forma independiente en el reglamento penitenciario ha de considerarse inconstitucional por contraria a la previsión del art. 25.2 CE. Con mayor razón, entonces, a la administración penitenciaria no le está permitido restringir a voluntad los derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, pues solo pueden ser limitados mediante ley o sobre la base de una ley.

Esta vinculación positiva de la administración penitenciaria a la legislación en la materia derivada de la garantía contenida en el art. 25.2 CE, viene recogida en el art. 3 RP, en el que se recuerda que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (apartado primero) y, en cuanto a los derechos de los internos, que estos “solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” (apartado segundo).

Tales exigencias resultan aplicables a la denegación de las comunicaciones con profesionales acreditados de la prensa “en lo relacionado con su actividad”, en cuanto que esta supone una limitación de los derechos de expresión e información de los presos, por lo que resulta un presupuesto habilitante inexcusable de dicha denegación una previsión clara y terminante en la legislación penitenciaria, tal y como disponen, respecto a todos los derechos, los arts. 25.2 CE y el 8.2 CEDH (en parecidos términos, en relación con los derechos a la intimidad y a la defensa, STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5). Dicha previsión legislativa ha de venir justificada, además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por una “necesidad social acuciante” (STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 31).

(.../...)

Las resoluciones que limiten los derechos de los reclusos, aparte de respetar los límites constitucionales y legales, deberán estar motivadas de manera suficiente y razonable. En la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4 se insiste en la importancia y necesidad de la motivación de los acuerdos restrictivos de derechos en el ámbito penitenciario, no solo porque ello permite acreditar las razones que justificaron la medida sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva. De este modo, la falta, insuficiencia o irrazonabilidad de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la restricción del derecho.

También apuntaba dicha resolución que, la exigencia constitucional de proporcionalidad de la medida, se encuentra en estrecha relación con la exigencia de motivación, cuya importancia recuerda también el art. 71.1 RP a la administración penitenciaria a la hora de adoptar medidas de seguridad. La valoración de la proporcionalidad se descompone, a su vez, en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto (que ha de ser constitucionalmente legítimo y estar previsto por la Ley); el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En definitiva, se trata de averiguar si las razones esgrimidas justifican realmente la restricción del derecho.

(.../...)

Hemos declarado también (por todas, STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6) que la apelación a un interés general como es el buen orden y la seguridad del establecimiento penitenciario no puede, por sí sola, legitimar una medida limitativa de derechos, pues «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del

derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia» (STC 37/1989, FJ 7). Para que la limitación de derechos sea constitucionalmente admisible es precisa la existencia de motivos específicos que justifiquen, en el caso concreto, que el interés general se hallaba en peligro, es decir, que existe un conflicto real de intereses entre el ejercicio del derecho por parte del preso y el orden y la seguridad del centro.

(.../...)

Y esto es precisamente de lo que carece la resolución recurrida, en la que no se explicitan motivos “relevantes y suficientes” por los cuales se considera que la seguridad y el buen orden del centro penitenciario se pondrían en peligro de realizarse una nueva comunicación por parte del interno con un profesional de la prensa (en este sentido, STEDH de 21 de junio de 2012, asunto Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG c. Suiza). Tampoco se justifica cómo la falta de explicación por el interno de la finalidad de la entrevista que pretendía llevar a cabo con un periodista podía afectar a dichos bienes jurídicos, ni se hace ninguna mención a los concretos problemas de seguridad que pudieran justificar la finalidad de la medida, ni de las circunstancias individualizadas que permitirían cumplir con dicha finalidad. Se alude, en definitiva, a genéricos motivos de seguridad y buen orden, que no se concretan en relación con las circunstancias particulares del recluso y del centro, de manera que no se aportan los elementos necesarios para hacer posible el juicio de proporcionalidad».

(STC 6/2020, de 27 de enero. Recurso de amparo 6354-2017. Ponente: D.ª. Encarnación Roca Trías. BOE 29-2-2020).

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

### **ARTÍCULO 44**

*Necesidad de que las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.*

«El art. 44.1 LOTC exige, en efecto, identificar el acto que constituye el origen “inmediato y directo” de las “violaciones” de derechos fundamentales que han sido alegadas por los recurrentes (art. 44.1 LOTC). Utiliza, para ello, unos términos literales (“violaciones de los derechos y libertades [...] que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”) que resultan de la máxima importancia ya que apuntan, con toda evidencia, a que es el acto del poder público el que infringe por sí mismo el derecho fundamental (esto es, el que origina la violación y no el que consuma el perjuicio) el que rige la calificación jurídica del recurso. De ahí que los actos posteriores que contribuyen causalmente a la consumación del gravamen no puedan considerarse el origen inmediato y directo de la violación alegada cuando carecen de contenido decisorio propio o cuando contraen su ámbito de decisión a la no reparación de una violación ya verificada previamente (sin incurrir en ninguna vulneración ex novo). Esto tiene diversas consecuencias en la doctrina de este Tribunal. Así:

a) Cuando, en los hechos de los que trae causa el recurso de amparo, las actuaciones administrativas preceden a las jurisdiccionales, este Tribunal ha declarado que la

violación del derecho fundamental no deja de tener su origen inmediato y directo en el acto u omisión de la administración pública (art. 43 LOTC) por el mero hecho de que los órganos judiciales que intervienen posteriormente en el proceso judicial no hayan procedido a repararla (SSTC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 3; 45/1982, de 12 de julio, FJ 1; 67/1982, de 15 de noviembre, FJ 2; 21/1983, de 22 de marzo, FJ 1; 112/1983, de 5 de diciembre, FJ 1; 63/1989, de 5 de abril, FJ 1; 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 1; 26/1994, de 27 de febrero, FJ 2; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 1).

b) A la misma conclusión ha llegado este Tribunal en los casos en los que, a la inversa, son las actuaciones judiciales las que se ven seguidas de actos administrativos posteriores, necesarios para la consumación del gravamen. Así, por ejemplo, tal y como hemos destacado recientemente, el déficit de control judicial de las garantías jurídicas de la extradición debe ser considerada una vulneración con origen inmediato y directo en la decisión judicial que autoriza la entrega extradicional, resolución que ha de ser, por ello, autónomamente impugnada por el cauce del art. 44 LOTC, por más que sea todavía necesario, para la verificación efectiva de la entrega extradicional (como gravamen material en la esfera del afectado), un acto posterior del Consejo de Ministros (STC 104/2019, de 16 de septiembre, FJ 5). Y ello porque, en ese caso, el margen de decisión autónoma y discrecional del Gobierno se sitúa en un ámbito, el político, diverso del puro control jurídico del cumplimiento normativo de las garantías jurídicas de la extradición.

c) Finalmente, cuando la lesión se produce en el ámbito de las actuaciones judiciales, es igualmente el acto que, por su contenido decisorio, “atenta contra los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional por sí mismo” (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 3) el que resulta relevante para determinar el cumplimiento de las exigencias de oportuna denuncia y debido agotamiento consignadas en el art. 44.1 a) y c) LOTC. También en estos casos hemos considerado, en definitiva, que es la resolución judicial que infringe ab origine el derecho fundamental (y no las resoluciones judiciales desestimatorias de los diversos medios de impugnación utilizados contra ella) la que constituye el “origen inmediato y directo” de la violación alegada (por todos, ATC 200/2010, de 21 de diciembre, FJ 2).

De todo ello se infiere que el nexo jurídico, directo e inmediato, existente entre una decisión judicial y la “violación” que esta causa por sí misma en un derecho fundamental no se ve afectado por la intervención posterior de otro poder público (incardinado en el mismo o en distinto ámbito institucional) que, pese a tener la oportunidad de repararla, nada añade en su decisión a la vulneración ya verificada. Con más motivo todavía queda intacto dicho nexo originario cuando esa intervención posterior constituye un acto debido, puramente reglado».

(STC Pleno 2/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2115-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, STC Pleno 21/2020, de 11 de febrero. BOE 9-3-2020).

## ARTÍCULO 44.1A)

### *Inadmisión del recurso de amparo prematuramente interpuesto contra la decisión que inadmite una recusación*

«Este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agota-

miento de la vía judicial previa. No solo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que “contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de esta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada”, sino porque además, en la fase preliminar del juicio oral, tanto en el procedimiento abreviado como en el proceso ordinario por delito, a través de las cuestiones de previo pronunciamiento —según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982—, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2). Desde entonces, en numerosas resoluciones, hemos apreciado la falta de agotamiento de la vía judicial como causa de inadmisión de las pretensiones de amparo que cuestionan directamente la inadmisión o desestimación de los incidentes de recusación planteados, ya sea contra el juez instructor de la causa o contra alguno de los magistrados que integran la Sala de enjuiciamiento (entre otras muchas, SSTC 32/1994, de 31 de enero; 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 205/1997, de 25 de noviembre; 18/2000, de 31 de enero, FJ 5; así como en los AATC 168/1995 y 173/1995, de 6 y 7 de junio)».

(STC Pleno 10/2020, de 28 de enero. Recurso de amparo 4716-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 29-2-2020).

## ARTÍCULO 44.1C)

### *Carácter subsidiario del recurso de amparo. Inadmisión por acudir directamente al recurso de amparo y la falta de invocación previa ante los Tribunales ordinarios*

«El hecho de que la resolución judicial pueda ser considerada origen inmediato y directo de la vulneración de un derecho fundamental que los actores invocan como propio (su *ius in officium* previsto en el art. 23.2 CE) lleva únicamente implícita una valoración preliminar positiva de su legitimación *ad causam*, en cuanto “vínculo especial y concreto” entre la posición jurídica que los recurrentes invocan como propia y la resolución judicial que impugnan en amparo (por todas, STC 58/2011, de 3 de mayo, FJ 3). Desde la perspectiva de la demanda, la decisión de prisión provisional constituye, como ya se ha dicho, la única fuente jurídica del menoscabo de las facultades que les asisten como diputados, en particular la de participar personalmente en el debate de investidura cuya celebración estaba prevista para el día 24 de marzo de 2018. Solo la autoridad judicial, al resolver la prisión provisional, pudo valorar, según alegan, la pendencia de dicho debate como circunstancia relevante. Obviamente, si la frustración de ese acto parlamentario afectó a sus facultades más esenciales como diputados, constituyendo un elemento de su *ius in officium*, y si la decisión del órgano judicial constituyó una injerencia ilegítima en este, es una cuestión que pertenece ya al fondo del recurso. A priori, sin embargo, la merma en la esfera jurídica de los actores puede considerarse directamente derivada del acto impugnado, como situación activa suficiente para sustentar la legitimación *ad causam* de los recurrentes.

Cuestión distinta es, sin embargo, la de determinar si quien invoca válidamente un derecho o interés legítimo, como situación jurídica activa, ha debido actuar previamente en el proceso judicial para poder interponer válidamente el recurso previsto en el art. 44 LOTC, evaluación esta (de la llamada legitimación *ad procesum*) que viene determi-

nada por lo preceptuado en el art. 46.1 b) LOTC, según el cual están legitimados “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”, dicción legal que la doctrina de este Tribunal viene interpretando inequívocamente, ya desde la temprana STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 1, que comprende también a quienes, habiendo debido ser parte en el proceso judicial, no han llegado a serlo por causa que no les sea imputable (*ex multis*, SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 4; 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3; 86/1984, de 27 de julio, FJ 1; 83/1985, de 8 de julio, FJ 2; 67/1986, de 27 de mayo, FJ 3; 38/1987, de 1 de abril, FJ 1, y 235/1997, de 19 de diciembre, FJ 2). Esto supone, más concretamente, que la falta de intervención previa en el proceso judicial antecedente no puede resultar de la inactividad o negligencia de los propios recurrentes (por todos, ATC 53/1981, de 3 de junio).

La exigencia de legitimación procesal prevista en el art. 46.1 b) LOTC, según la cual solo pueden acceder al recurso de amparo quienes hayan sido “parte” en el proceso judicial previo, se solapa, en el caso que nos ocupa, con el deber que pesa sobre los recurrentes de cumplir con ciertas cargas que aseguran la subsidiariedad del recurso de amparo. La regla especial de legitimación procesal prevista en el art. 46.1 b) LOTC conecta, en efecto, con las letras a) y c) del art. 44.1 LOTC, que expresan el principio general de subsidiariedad del recurso de amparo, pues, si no se ha intervenido o no se ha intentado intervenir en el proceso judicial previo, va de suyo que la vulneración del derecho fundamental no ha sido denunciada, ni se ha combatido esta a través de los medios de impugnación pertinentes.

Hay que tener en cuenta que la letra c) del art. 44.1 LOTC exige, en particular, la denuncia temporánea de la vulneración del derecho fundamental. Y a ella se suma la exigencia del art. 44.1 a) LOTC de que “se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”, requisito este que se desdobra, a su vez, en dos cargas procesales: (i) la de utilizar las diversas impugnaciones previstas en la legislación procesal aplicable para combatir la resolución judicial a la que se atribuye la vulneración del derecho fundamental, de suerte tal que no basta con denunciar [art. 44.1 c)] dicha violación sino que esta debe, además, combatirse siguiendo el iter procedimental (la cadena de recursos idóneos) previsto en el ordenamiento; (ii) la de acudir al recurso de amparo solo cuando dichas impugnaciones ya han sido resueltas por el órgano judicial competente, de modo que la vía de amparo no sea utilizada prematuramente, cuando la tutela del derecho fundamental aún puede ser obtenida de los órganos del Poder Judicial, guardianes naturales de los derechos de los ciudadanos (por todas, STC 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 4 y 5).

El recurso de amparo cumple, con ello, un rol subsidiario: solo opera cuando la lesión del derecho fundamental ha sido oportunamente denunciada, poniéndose en conocimiento del órgano judicial competente, y cuando se han utilizado para combatirla los diversos medios de impugnación disponibles, que han resultado desestimados por los órganos del Poder Judicial.

(.../...)

No realizaron, sin embargo, ningún acto tendente a facilitar esa audiencia, pues no trataron de personarse en el procedimiento, a efectos de defender los derechos que podían resultar comprometidos, ni tampoco comparecieron ante el juez para denunciar la injerencia en sus derechos de participación política (art. 23.2 CE), al objeto de que el órgano judicial pudiese ponderar dicha circunstancia (esto es, no trataron ni tan siquiera de ser oídos en su condición de terceros afectados por la decisión judicial que pudiera adoptarse).

Permanecieron, por tanto, pasivos ante la lesión de sus derechos, denunciándola directamente ante el Tribunal Constitucional. Han incurrido, así, en una manifiesta contradicción: entienden en su demanda que el órgano judicial tenía imperativamente que oírles en el proceso a quo, pero han omitido en aquella vía judicial cualquier actuación tendente



a facilitar esa audiencia y a remediar, por tanto, dentro de aquel cauce ordinario, la posible lesión de sus derechos fundamentales».

(STC Pleno 2/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2115-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, STC Pleno 21/2020, de 11 de febrero. BOE 9-3-2020).

## ARTÍCULO 49.1, *in fine*

### *Justificación de la especial trascendencia constitucional por incumplimiento reiterado por los Tribunales de la doctrina constitucional*

«En el presente caso la Sala Segunda de este Tribunal decidió la admisión de estos recursos de amparo ahora acumulados al apreciar que concurre en los mismos dicha especial trascendencia constitucional como consecuencia de que la doctrina sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental. Al haber sido muy numerosas las invocaciones de derechos fundamentales realizadas en las diversas demandas, es preciso aclarar que la concreta doctrina que se considera que podría estar siendo incumplida de modo general es la establecida por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente complementada por la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, señalando que, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE). En aplicación de esta doctrina, son muy numerosas las sentencias que ha debido dictar este Tribunal en la materia, bien constatando este incumplimiento (SSTC 125/2017, de 13 de noviembre; 73/2019, de 1 de julio, y 88/2019, de 1 de julio), bien con fundamento en la necesidad de aclarar algunos aspectos (SSTC 146/2017, de 14 de diciembre; 36/2018, de 23 de abril; 37/2018, de 23 de abril; 59/2018, de 4 de junio) o en ambos conjuntamente (STC 105/2016, de 6 de junio). Igualmente, son reiteradas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciadas en los últimos años en que se ha apreciado la vulneración del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos en esta materia (SSTEDH de 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; de 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo y otros c. España; de 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España; o 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España)».

(STC 1/2020, de 14 de enero. Recursos de amparo 3218-2017, 3313-2017, 3331-2017, 3358-2017, 3362-2017 y 3376-2017 (acumulados). Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 14-2-2020).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 539

#### *Posibilidad de modificar la situación personal en cualquier momento del procedimiento*

«Conforme a una reiterada doctrina constitucional, las decisiones sobre la situación personal son susceptibles de replanteamiento en cualquier momento, de manera que el efecto de su firmeza queda relativizado, pues “ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el art. 539 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) ‘cuantas veces sea procedente’ y a modificar la cuantía de la fianza ‘en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio’. Como recordábamos en la STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional ‘obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente’. La particular característica de que los autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (ATC 668/1986, de 30 de julio, FJ 1) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia –por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas–, obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida. Esta facultad de las partes de reiterar su pretensión –aun después de haber agotado los posibles recursos– no está supeditada por la ley al advenimiento de nuevos hechos en el curso del proceso, ni aun siquiera a la aportación de nuevos elementos de juicio o argumentaciones distintas de las que ya hubieran sido expuestas con anterioridad.

Naturalmente, sin perjuicio de la referida facultad de las partes, el art. 539 LECrím no proporciona cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración –plasmada en la resolución judicial– de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica” (STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 3)».

(STC Pleno. Sentencia 3/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2226-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 14-2-2020).