

# Derechos humanos y jurisdicción constitucional

Sergio J. Cuarezma Terán • Dailys Uriarte Quesada  
Manuel Jaén Vallejo • Francisco Enríquez Cabistán  
Soraya Obregón Sánchez • Marvin Aguilar García

Rudolf Huber

---

Prólogo

**CEIJ**  
CENTRO DE ESTUDIO  
E INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



Konrad  
-Adenauer-  
Stiftung





# Derechos humanos y jurisdicción constitucional

Sergio J. Cuarezma Terán • Dailys Uriarte Quesada  
Manuel Jaén Vallejo • Francisco Enríquez Cabistán  
Soraya Obregón Sánchez • Marvin Aguilar García

Rudolf Huber

---

Prólogo

**CEIJ**  
CENTRO DE ESTUDIO  
E INVESTIGACIÓN JURÍDICA



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

## Equipo editorial

Autores : Sergio J. Cuarezma Terán  
Dailys Uriarte Quesada  
Manuel Jaén Vallejo  
Francisco Enríquez Cabistán  
Soraya Obregón Sánchez  
Marvin Aguilar García

Cuidado de edición : Alicia Casco Guido

Diseño interior y portada : Sergio Flores Balmaceda

ISBN: 99924-0-522-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley  
© CELJ, 2006

Impreso en Nicaragua  
por Servicios Gráficos

## Índice

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN NICARAGUA .....	11
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN DAILYS V. URIARTE QUESADA	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DEBIDO PROCESO .....	31
MANUEL JAÉN VALLEJO	
ASPECTOS BÁSICOS SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA .....	227
FRANCISCO ENRÍQUEZ CABISTÁN SERGIO J. CUAREZMA TERÁN	
ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY EN CASOS GENERALES Y CASOS CONCRETOS, PROCEDIMIENTOS E INCIDENCIAS .....	265
SORAYA OBREGÓN SÁNCHEZ	
ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO N° 1618/1969 .....	295
MARVIN AGUILAR GARCÍA	
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS .....	325
• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	327
• Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	355
• Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	363
• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos .....	399



## Prólogo

---

La idea de Estado de Derecho, además de ser un concepto teórico político, jurídico y moral, a través del cual la autoridad solo puede llevar a cabo sus funciones dentro de un marco legal previamente establecido y adoptado mediante procesos democráticos y legítimos, se caracteriza: por la existencia de una Constitución como norma suprema; la democracia como régimen político; el goce y ejercicio de los derechos humanos, como fin esencial del orden político; y el control del poder, como sistema político constitucional. Partiendo de lo que anotaba el barón de *Montesquieu*, que la única forma de controlar al poder es con otro poder de igual dimensión y naturaleza, hoy en día, en un Estado de Derecho moderno entendemos la división de poderes como un sistema equilibrado de balance y control efectivo entre los distintos Poderes legítimos.

En este orden de ideas, uno de los principios derivados del Estado de Derecho es la Justicia Constitucional. Según el constitucionalista venezolano Allan Randolph Brewer-Carías, *“la idea del Estado de Derecho está indisolublemente unida a la idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre toda norma o acto estatal; y por tanto, al poder de los jueces o de ciertos órganos constitucionales en ejercicio de funciones jurisdiccionales, de anular o considerar nulos los actos estatales contrarios a la Constitución, incluidas las leyes.”*\*

La función primordial de cualquier juez, sea juez ordinario o constitucional, es ser el guardián de la Constitución. Celosos de su deber, son los encargados de velar por

---

\* Allan Randolph Brewer-Carías. *Justicia Constitucional*, Tomo VI de Instituciones Políticas y Constitucionales, p. 21, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1996.

que los Poderes cumplan y no se aparten de los dictados y principios plasmados en la Constitución y de los Tratados Internacionales que ese determinado Estado haya suscrito, tal es el caso de los de Protección de los Derechos Humanos. Bajo este tenor, e independientemente del modo en que esté constituida la Jurisdicción Constitucional, sea en Sala o Corte Constitucional, no es la única instancia que interpreta y aplica el Derecho Constitucional, sino la última. Esto le otorga a la Jurisdicción Constitucional una gran responsabilidad y privilegio frente a los otros Poderes del Estado y órganos jurisdiccionales. Por un lado, ella es la última que interpreta y aplica los preceptos Constitucionales, y con ello, ella es la encargada de desarrollar y aplicar la doctrina Constitucional. La doctrina y preceptos plasmados en la Constitución son con mucha frecuencia conceptos jurídicos con un alto grado de abstracción, los cuales ofrecen pocas indicaciones precisas para su aplicación correcta, puesto que la mayoría de las veces, no basta con aplicar el precepto jurídico al caso concreto de forma literal. Así pues, las sentencias de la Corte o Sala Constitucional presentan en muchos casos el carácter de una declaración general de principios, superando la resolución de un caso concreto y convirtiendo la decisión judicial en una norma general obligatoria para los poderes políticos.

Es aquí donde, por otro lado, la Jurisdicción Constitucional juega un papel crucial dentro del sistema político-constitucional, ya que como consecuencia de una resolución emitida por la Sala o Corte Constitucional, se puede entrar frecuentemente en el dominio de lo político, pues la Sentencia de este, dictará el sentido político en que deba dirigirse el país, cuando a través de la entrada en vigor de una norma y ley contraria a la Constitución, la Jurisdicción Constitucional deberá restablecer el orden y el Estado de Derecho, anulando o modificando la ley o acto aprobado por el Legislativo o el Ejecutivo o cualquier otro órgano del Estado en una o todas sus partes, cuando éstas sean contrarias a los preceptos Constitucionales. Esto despierta en la clase política múltiples reacciones y críticas, pues el

control Constitucional no siempre persigue el interés político de las fracciones que han aprobado una ley en el Parlamento. Los Poderes políticos no toleran en muchos casos, que sus objetivos políticos sean truncados por ser contrarios a la Constitución.

Las Jurisdicciones especializadas son las que definen el contenido y alcance de los Derechos de manera vinculante, para que las instancias inferiores, reflejen en sus sentencias el alcance e interpretación de las normas o un derecho determinado. Esta es una de las principales tareas de Corte Suprema de Justicia de Nicaragua a través de su Sala de lo Constitucional, pero una función semejante es la que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los Derechos consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos. La Corte Centroamericana de Justicia tiene la misma tarea de resguardar los convenios celebrados entre los miembros del Sistema de Integración Centroamericana.

De igual importancia son los jueces ordinarios, pues “cada Juez ordinario es materialmente un Juez Constitucional”, y esto no es de menor importancia, pues el juez ordinario no debe estar desentendido de la Constitución, ni ver a la Constitución como la Norma Suprema que únicamente es interpretada por la Jurisdicción Constitucional, sino como la Norma Suprema de aplicación inmediata, de conformidad con la cual se deben interpretar las normas de la legislación ordinaria. Así pues, es en términos materiales, que la Constitución se convierte en la herramienta Jurídica más importante. De ahí se deriva la relevancia de todos los que aplican el Derecho, que en su función de jueces ordinarios, fiscales, funcionarios de la administración pública, deben ser de igual forma guardianes de la Constitución y aplicar los criterios y normas establecidas por las instancias arriba citadas y así contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho, tomando en cuenta los criterios ya citados al momento de interpretar y aplicar las leyes ordinarias.

Alcanzar ésta armonía al a) sensibilizar a los que aplican el derecho sobre la incidencia del Derecho Constitucional e Internacional; así como b) conocer más a fondo y aplicar las sentencias derivadas de la jurisdicción constitucional e internacional son los objetivos de los Seminarios “Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional”.

Por último quisiéramos agradecer al Instituto Centroamericano de Estudios Penales (ICEP), a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, al Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), la Facultad de Derecho de la UNAN-León, al Grupo Cívico Ética y Transparencia (EyT) y en lo personal a Sergio J. Cuarezma Terán, por todo su apoyo, disposición, empeño y profesionalismo al hacer posible la realización de los Seminarios arriba citados.

Ciudad de México a 9 de mayo del 2006.

Rudolf Huber

Director del Programa Estado de Derecho  
para México, Centroamérica y el Caribe  
de la Fundación Konrad Adenauer

# EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN NICARAGUA

---

Sergio J. Cuarezma Terán \*

Dailys Uriarte Quesada \*\*

\* Director del Instituto Centroamericano de Estudios Penales.

\*\* Profesora de Derecho Penal e Investigadora del Instituto Centroamericano de Estudios Penales (ICEP) y del Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI) y Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA).



**SUMARIO.** I. Estado de Derecho y Derechos Humanos. II. La persona frente al poder. 1. La profundización del Estado de Derecho. III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia social. 1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía. 2. Desarrollo legislativo de la Constitución. a. El modelo del Estado nicaragüense. b. La Administración pública. 3. La Administración Pública como garante del Estado de Derecho. 4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial. 5. Estado de Derecho y Cultura. IV. En busca de los Derechos Humanos.

## **I. Estado de derecho y derechos humanos**

Nicaragua ha optado, sin duda, y con singular determinación, por un nuevo orden democrático con desarrollo y justicia para la población. Existen ciertas tendencias cada vez más fuertes a la democratización, la transformación de instituciones democráticas, la modernización económica, racionalización y privatización del espacio estatal. Sin embargo, y muy a pesar de estos grandes esfuerzos, en el país se han profundizado las contradicciones económicas y sociales, la pobreza ha aumentado, la iniquidad y la violencia social no ha desaparecido, y muchas de las instituciones democráticas y sociales han sufrido un grave deterioro.

Ante esta situación, la atención del Estado debe de centrarse estratégicamente en promover el aseguramiento de las condiciones básicas de vida para el ciudadano (seguridad humana), la erradicación de la pobreza, propiciar la creación de espacios de democratización, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas y los principios del Estado de Derecho. Los esfuerzos dirigidos hacia la creación y fortalecimiento de las condiciones

para el respeto de estos principios significan el cimiento para lograr un desarrollo integral, ya que estos permitirían ofrecer condiciones para la gobernabilidad y la estabilidad en el proceso democrático que actualmente vive el país. Y, en aspectos concretos, igualmente implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países. La promoción del Estado de Derecho permite a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación de sus derechos y libertades con la promoción de la seguridad jurídica, producto de la garantía de la independencia de la justicia y la no concentración del poder. Por tanto, el Estado debe aunar esfuerzos para la identificación y aplicación de una estrategia de gestión para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de Derecho.

El país advierte una carencia de institucionalidad sólida, carece de una cultura democrática arraigada, y padece de crisis económicas recurrentes. Estos factores evitan que el Estado (de Derecho) y sus instituciones cristalicen de forma profunda. No puede haber un Estado democrático con pobreza. Los poderes del mismo frecuentemente están en un sitio distinto al consagrado por el ordenamiento jurídico. La realidad institucional, la constituyen pues, parlamentarios débiles, judicatura sin confianza y una administración pública y de justicia frágil. Los estudios de Mitchell Seligson y la Encuesta Nacional sobre integridad y corrupción, realizada por CIET Internacional y financiada por el Banco Mundial, hace más de dos años, señalaban con grave preocupación la desconfianza de los nicaragüenses en sus instituciones democráticas, situación que nuevamente se manifiesta en la quinta y sexta consulta ciudadana, de julio de 1999, del Grupo cívico Ética y Transparencia. También, y a pesar de que la aspiración democrática de Nicaragua parece tener un rango popular muy alto, existe un déficit democrático significativo en la cultura, comportamiento y prácticas cotidianas de la comunidad.

Existe cada vez más la convicción de que la sociedad nicaragüense está organizada por un Estado frágil y atomi-

zado. El problema real es que el Estado nicaragüense ciertamente no está organizado ni estructurado como tal, por lo tanto no es el centro del poder, sino el lugar donde pueden satisfacer las demandas cualquier núcleo de poder de *facto*. El problema del Estado nicaragüense, se ha llegado a decir, que no es el exceso de poder, sino precisamente su carencia y falta de institucionalidad, con lo que corre el riesgo de que cualquier institución o poder de *facto* lo suplante y, subsiguientemente la persona carezca de protección ante estos grupos.

La democracia es un referente esencial para el proceso de transformación que vive Nicaragua. Así, y de forma progresiva, se han establecido o restablecen los derechos fundamentales; aparecen los partidos políticos y se marcha a los procesos electorales, constituidos en demandas permanentes de la población. Sin embargo, a lo largo de este proceso de transición se percibe una tendencia de la democracia a estancarse en sus logros iniciales, mostrando gran incapacidad para remontarse hacia sus otras ofertas. La democracia se expresa en una realidad jurídico-política, satisfaciendo a los actores políticos y a las instituciones del Estado, pero produciendo una creciente y manifiesta insatisfacción en la población.

## II. La persona frente al poder

El poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales de la comunidad social, pero también constituye una gran tentación para quienes lo alcanzan. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo con el interés de la sociedad y con justicia y moderación es muy antiguo, y de una u otra forma se ha manifestado en casi todos las épocas. Una de las principales funciones del derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio.

El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Cn) y debe estar concebido para el desarrollo,

progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o función (art. 131 Cn)

Sin embargo, no todos los habitantes tienen el conocimiento de la obligatoriedad del poder público de sujetar su ejercicio a la Constitución y las leyes. Por ejemplo, esto ocurre con la Administración pública, pues la mayoría percibe lo que es un ministro, un alcalde, un concejal, pero no todos conocen que la “función pública” se debe a los “intereses del pueblo” (art. 131 Cn), en otras palabras, para el servicio de la colectividad y que esa organización administrativa ha sido dotada de facultades excepcionales para ello.

El sistema constitucional, por sí mismo, no garantiza que el poder actúe sin violentar los principios de legalidad y de la libertad como garantías jurídicas. Por el contrario, en su diario hacer, puede producirse- y de hecho se producen- actos de violencia, pues el poder se inmiscuye en la cotidianidad de la vida de las personas. Aquí aparece la idea de someter al poder y de dotar al habitante de los instrumentos que le permitan exigirle que justifique su manera de actuar ante el derecho.

Todo ello se justifica, además, porque la Constitución Política basa el sistema de garantías sobre la noción esencial de los principios de “libertad, justicia y el respeto a la dignidad de la persona humana”, entre otros (art. 5 Cn) El poder, justamente por serlo, puede actuar con violencia o abuso en el uso de las facultades discrecionales de las cuales tiene que gozar para cumplir con su cometido de procurar el bienestar público. Igualmente puede ser violento en la aplicación de su poder normativo, amparándose en su pura formalidad y, con más razón, en el ejercicio de las prerrogativas de la administración en el desarrollo de su actividad ordinaria.

Las actuaciones del poder no pueden ser reductos de impunidad. Por eso deben ser susceptibles de enjuiciamiento

to por cualquiera que resulte afectado por ellas. La Constitución prevé en este sentido un sistema de protección jurisdiccional de los derechos y garantías, basado en el principio de la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben esos derechos. Ese sistema da origen a recursos como el de Amparo, el de Inconstitucionalidad y el contencioso-administrativo, este último con rango de ley ordinaria.

El Recurso de Amparo al igual que el de Inconstitucionalidad y el de Exhibición Personal tienen como fin mantener la supremacía de la Constitución Política. El Recurso de Amparo faculta a los ciudadanos y ciudadanas proceder en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías que la Constitución Política le consagra. El Recurso de Inconstitucionalidad le permite a los ciudadanos o ciudadanas, cuando una ley, decreto o reglamento les perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales, acudir directamente a la Corte Suprema de Justicia, siguiendo determinados procedimientos para que se tutelen sus derechos afectados. Y el Recurso contencioso-administrativo es un mecanismo compensatorio puesto a disposición del particular, para garantizar su posición jurídica frente a la Administración Pública.

## 1. La profundización del Estado de Derecho

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana. Asume la tarea de transformar la sociedad, buscando corregir, conforme a derecho, las desigualdades de toda naturaleza.

Las prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública, que se convierte así en una de las más importantes organizaciones de cuantas actúan en el ámbito del ordenamiento estatal.

La manera de desarrollar estas previsiones vitales es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones -educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria- así como su intensidad (Ver art. 57, 58, 59, 63 y 64 Cn) Esa amplitud del concepto de prestaciones exige que la administración se modernice y se adapte a las características del sector elegido para actuar.

Ante estos desafíos, el Estado de Derecho exige el sometimiento a la Ley de todas las actuaciones públicas. Por ello es necesario que la Administración Pública cuente con un régimen jurídico conveniente, que regule tanto la administración pública en el orden nacional, al igual que las administración municipal y autónoma.

Para lograr el Estado de Derecho es necesario que se materialice en leyes los postulados delineados en la Constitución aún pendientes de desarrollar y articular. Por tal motivo, es urgente fortalecer y apoyar al poder legislativo en la tarea de elaborar y promulgar las leyes en el texto constitucional *necesarias* para la garantía del proceso de construcción del Estado de Derecho y la estabilidad del proceso democrático nicaragüense. También es necesario consolidar la autonomía del Poder Judicial y su transformación estructural y funcional, lo cual permitirá una mayor eficiencia en el servicio de la administración de justicia.

Las reformas propuestas apuntan a garantizar el acceso a la justicia para cualquier ciudadano, y a servir a la modernización de los sistemas administrativos. En lo sucesivo, la tarea será la de “profundizar el Estado de Derecho y prestigiar sus instituciones democráticas”, mediante el conjunto de iniciativas descritas. Con el marco de ac-

ción propuesto se pretende lograr un acercamiento a las metas indicadas dentro de un continuo proceso de perfeccionamiento institucional.

### **III. El Estado de Derecho como presupuesto de la convivencia social**

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica del habitante, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad, bajo el cual el Estado somete su actividad; y la separación de funciones de los poderes del Estado.

La noción de Estado de Derecho incluye, como elemento fundamental, la creación del derecho, basada en que la Constitución es la Ley Suprema, es decir, las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional. Y debe de estar inspirado en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático, libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

#### **1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía**

La sujeción al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, a la reserva de ley y al control judicial de los actos administrativos, características del Estado de Derecho, se convierten en la seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los poderes públicos.

El Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la

forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma. En este sentido el habitante queda protegido cuando el Estado se ve imposibilitado a violentarla, o sea, que la relación Estado-Habitante está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la Seguridad Jurídica. En dicha relación el Poder Judicial aparece como un presupuesto para garantizarla. Por ello *la independencia externa e interna y el prestigio del Poder Judicial* es tarea prioritaria y estratégica en el proceso democrático que vive Nicaragua.

## 2. Desarrollo legislativo de la Constitución

No obstante, para alcanzar ese Estado de Derechos Humanos es necesario convertir en leyes los postulados constitucionales aún pendientes de desarrollar y articular. Existe un consenso entre los juristas nicaragüenses que el texto de la Constitución requiere un desarrollo legislativo acorde con sus amplios horizontes y con la complejidad del momento actual. Esto hace urgente fortalecer y apoyar al Poder Legislativo y al Poder Judicial en la tarea de definir, promulgar y defender las leyes necesarias para garantizar la vigencia real de todos los Derechos humanos para todas las personas. Habrá que redoblar esfuerzos políticos, administrativos y económicos para la creación de leyes cada vez más ajustadas tanto a la realidad actual como a las más ambiciosas visiones de futuro de la nueva Nicaragua. Es inaplazable pues, crear un nuevo orden jurídico de esencia democrática, que se expresa, entre otras, en una nueva arquitectura legal.

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico moderno y adecuado a la realidad social que garantice en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organi-

zado de forma coherente a su naturaleza o modelo constitucional (Estado Social de Derecho, art. 130 Cn). En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (Por ejemplo: Ley de Organización del Estado; Ley General de la Administración Pública) Es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar una reforma urgente y profunda en el plano formal e institucional, social y económico. Ya que no es posible pretender la existencia de un Estado pasivo, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista. Por otra parte, superar la fragilidad y la fragmentación del Estado no se refiere únicamente a una determinada orientación de la administración y de los procesos administrativos. También enfatiza su institucionalización: El poder debe estar donde la Constitución y las leyes lo determinan.

La institucionalización del Estado de Derecho es un proceso mediante el cual se van delimitando competencias y atribuciones en la Administración estatal para hacer más seguras las relaciones entre el Estado y la persona. Es un esfuerzo de enfoque para hacer que coincidan los presupuestos del Estado de Derecho con el ejercicio real del poder. Es necesario, para lograr dicha institucionalización realizar un esfuerzo concretado y de gran amplitud social destinado a promover el Estado de Derecho, desde proveer de una infraestructura adecuada y moderna para la Administración Pública y para la Administración de Justicia hasta la forma más elaborada del orden jurídico y del acceso a los servicios públicos de ambas administraciones.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia se traduce en estabilidad política, económica y social. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa adecuada a las necesidades del país; fortalecer la separación, independencia y coordinación entre los poderes del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamenta-

les y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de Derecho. En este sentido, el Estado de Derecho es la garantía real de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y desarrollo. También asegura que la institucionalidad pública se remita a áreas de competencia, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad.

#### a. El modelo del Estado nicaragüense

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración la naturaleza constitucional del Estado nicaragüense. La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) establece que la Nación nicaragüense se constituye en un «Estado Social de Derecho» (Art. 130 Cn) Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación *de defender a la sociedad del Estado*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del *Estado-guardián* preocupado ante todo de no interferir en el juego social, pasa al Estado *intervencionista* (*Welfare State*).

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas. Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, que a su vez podrá impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario. El fortalecimiento del Estado de Derecho supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Así, la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas (art. 131 Cn.), y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor que se desborde de los controles del Estado de Derecho.

## b. La Administración pública

Las prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública, que se convierte así en una de las más importantes organizaciones de cuantas actúan en el ámbito del ordenamiento estatal.

En la sociedad nicaragüense existe un elevado nivel de expectativas en torno a la actividad de los poderes públicos. Sin desconocer el papel positivo que ha jugado el sistema político en la transformación de la sociedad nicaragüense, en el curso de su evolución se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; im-

pidiendo la plena realización de las garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

En términos generales, dos disfunciones básicas condicionan el comportamiento del sistema político y, por ende, de la administración pública: el llamado «sistema del botín» y la centralización.

En el sistema del botín - *spoil system* - al implicar la sobre población de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el botín, pertenece y es distribuido *ad libitum* por el partido triunfador. La legitimidad del Estado reside así en su capacidad de repartir beneficios. De esa manera, el funcionamiento de la administración se basa en la lealtad y la sumisión y no en el principio del mérito y la legalidad, muchos menos teniendo en consideración los “intereses del pueblo” (art. 131 Cn).

La presencia excesiva de la *ratio* política, signada por el sistema del botín, si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, hoy en día se yergue como un obstáculo fundamental para el desarrollo de una administración eficiente. Esta debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y por estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar a la administración pública hacia la atención de las demandas de las mayorías y no de cerrados criterios clientelistas. Una administración que se configure sobre esta base, será capaz de establecer y administrar reglas de juego social iguales para todos, estables en el tiempo, que brinden seguridad a la sociedad civil y que estimulen su fortalecimiento.

El centralismo, que constituye el segundo pilar de funcionamiento del sistema público nicaragüense, acentúa los efectos negativos del sistema de botín, y trae consigo graves consecuencias.

La administración pública habrá de orientarse, en consecuencia, a transformar las bases de legitimidad sobre las cuales funciona. Ello supone un cambio substancial en las relaciones que se establecen entre el sistema político y el aparato administrativo, en los términos anteriormente expresados. Implica, abordar la reforma administrativa desde una óptica radicalmente distinta, entendiéndola como un proceso político y de cambio sociocultural, diseñado dentro de una estrategia a largo plazo y dirigido fundamentalmente a producir un cambio en el comportamiento y en la estructura de pensamiento del servidor público. En las condiciones actuales, este último tiende a reproducir el sistema de botín a todo nivel, tanto en sus relaciones con el ciudadano como con el Estado-patrono. Tal perspectiva constituye un cambio conceptual y estratégico de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de reforma administrativa emprendidos en Nicaragua.

Existe una tendencia en la administración a agotarse en sí misma, en sus problemas internos, aplicando poco esfuerzo al desarrollo del servicio propiamente dicho. De allí que sus relaciones con el ciudadano sean insatisfactorias. Se ha perdido la noción de que el servicio al ciudadano constituye el propósito y fin de la actividad administrativa. De tal forma, en lugar de una gestión promotora de actividades, estímulos o incentivos a las iniciativas privadas o públicas, predomina una tendencia restrictiva y prohibitiva, la cual se expresa a menudo en exigencias irracionales en materia de permisos y tramitaciones y en la falta de oportuna respuesta a las peticiones de los administrados. En correspondencia con ello, se observa una baja conciencia del significado de la legalidad administrativa y del respeto a las garantías individuales, sociales y económicas de los ciudadanos.

### 3. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho

Una de las bases del Estado de Derecho es un Poder Judicial autónomo e independiente, provisto de los necesarios

recursos humanos y materiales, dotado de una infraestructura técnica, moderna y formado tanto por jueces y magistrados capacitados que reúnan las condiciones profesionales, y de integridad moral, y como tribunales cuya organización y funcionamiento aseguren un rendimiento satisfactorio y una oportuna resolución de los juicios. Asegurándose de esta forma el imperio de la Constitución y las leyes y con ello la plena vigencia de los derechos y garantías de la persona, esenciales para el desarrollo democrático del país.

#### 4. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial

Una reforma al Poder Judicial no se agota en la modificación de la estructura de los tribunales, sino que debe aspirar a un adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, mediante la adopción de sistemas, métodos y procedimientos que permitan una mayor eficiencia en el servicio de la Administración de justicia, y se traduzca en más rendimiento de los tribunales y racionamiento del gasto que ellos ocasionan. Así como reformar los sistemas administrativos y, entre otras medidas establecer un régimen de distribución de expedientes en todas las jurisdicciones y modernizar los sistemas de archivo; e incorporar la informática a todo el sistema de administración de justicia, como requisito indispensable para agilizar y modernizar los procedimientos y procesos, tanto administrativos como jurisdiccionales.

Nicaragua, que atraviesa serias dificultades, necesita de modo urgente rescatar la confiabilidad en sus instituciones fundamentales. Un indicador básico de las sociedades mal estructuradas y de su fragilidad institucional, es la debilidad del Poder Judicial y su falta de respetabilidad colectiva, momento propicio para la violación de normas que él debe garantizar.

## 5. Estado de Derecho y Cultura

El Estado de Derecho en Nicaragua se fundamenta en la estabilidad del orden jurídico, en la interiorización de dicho ordenamiento por el propio sistema, y en la transformación de la cultura jurídica de la sociedad. Este último aspecto es importante para la concepción de una reforma legal, ya que la misma no puede ser percibida tan sólo como una secuencia de transformaciones formales de códigos y leyes, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado constable, una transformación cultural de gran dimensión.

Por tanto, dicha reforma debe abordarse también desde el punto de vista cultural basado en el comportamiento social. Las violaciones de los derechos de las personas se producen a pesar de la existencia de garantías suficientes en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es un valor fundamental. Debe implantarse el Estado de Derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre los mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de que cada persona lo asuma como propio.

La formación dentro del núcleo familiar y la educación institucional de las personas es la vía idónea para la formación de valores sociales que permitan condiciones óptimas para una reforma en el sentido apuntado. Es importante el diseño de programas de fortalecimiento del Estado de Derecho que operen desde las organizaciones de la sociedad y desde las instancias del Estado al mismo tiempo. Esto provocará cambios conductuales que refuercen los controles sociales sobre las instituciones públicas.

## III. En busca de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos son comunes a todas las mujeres y hombres, esa concepción se encuentra en la Declaración

Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptada en 1948. La Constitución Política no sería lo que es sin los Derechos Humanos. En este sentido, se produce, como expresa el profesor Pérez Luño, un vínculo interdependiente de carácter genético y funcional entre el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, *ya que el Estado de Derecho para serlo debe garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho*. De la misma manera la Constitución económica representa la base material de la actuación de los derechos fundamentales, pero la misma se haya integrada en gran medida, por aquellos derechos humanos que delimitan el régimen de la propiedad, la libertad de mercado, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social.

Desde el punto de vista teórico los Derechos Humanos tienen su correlativo crítico y propositivo en Nicaragua, puesto que la formalidad de las normas que rigen da lugar a un cuestionamiento a su origen liberal –clásico, pasando por las distancias existentes entre su positivación y su vigencia real, hasta llegar al contraste de éstos con las demandas cotidianas de vastos sectores sociales. Así la Constitución Política de Nicaragua contiene un importante y generoso contenido en Derechos Humanos, cuya amplitud nada tiene que envidiar a los de los países que suelen considerarse como modelos por el derecho constitucional comparado. La lectura de la misma es altamente positiva en este sentido. Hay que destacar que Nicaragua se ha adherido a casi todos los tratados internacionales que configuran el eje central del derecho internacional de los derechos humanos. En este ámbito, Nicaragua ha demostrado una disposición al compromiso internacional por los Derechos Humanos.

Sin embargo, para los nicaragüenses los Derechos Humanos como realidad política y social abre un abanico de cuestionamientos sobre su viabilidad y nos plantean la relatividad del concepto mismo. El paradigma de los Derechos Humanos ha significado para Nicaragua un referente para las luchas por mejores condiciones de vida a la pobla-

ción. Su desarrollo en los últimos decenios ha instrumentalizado los canales de expresión de innumerables víctimas silenciadas en el pasado por regímenes militares, dictatoriales y políticos gubernamentales.

En este sentido, aunque se da un avance significativo en la legislación nicaragüense sigue sin darse una respuesta esperanzadora a las realidades cada vez más acuciantes que vive el país.

En los últimos trece años Nicaragua ha experimentado cambios significativos en lo que respecta a una reformulación de las políticas en materia de Derechos Humanos. Los alcances y finalidades de estos espacios estatales son vistas desde ópticas diversas por diferentes sectores de la comunidad: para algunos, se constituyen en importantes logros a defender, mejorar y proteger, dada su inexistencia en regímenes anteriores y las posibilidades que en ellos se vislumbran para desarrollar acciones concretas a favor de los sectores vulnerables.

El país, a pesar de los esfuerzos, todavía no tiene desarrollado totalmente una institucionalidad que promueva o proteja de los Derechos Humanos. Al estudiar este fenómeno no puede menos que observarse que la consagración de Derechos Humanos en nuestra Constitución Política aparece como “inofensiva” en tanto la precariedad de las instituciones garantizadoras ponen en duda el reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Por tal razón, y como expresa el profesor argentino Zaffaroni, los esfuerzos nacionales e internacionales para mejorar o fortalecer el esfuerzo de la institucionalidad no harán más que reforzar sus defectos si se limitan a lograr una mayor eficacia; *cuando una máquina está mal diseñada, nada que no sea el aumento de producto defectuoso se logra haciendo que funcione con mayor eficacia; el mejoramiento del producto depende de un cambio de diseño.*

Para otros, a pesar del entusiasmo inicial generado por estos esfuerzos de cambios, se duda en el logro de soluciones duraderas y de fondo a problemas graves de violaciones de derechos humanos, en el plano civil y político, así

como en lo que atañe a la política viable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, levantan interrogantes sobre si éstos son funcionales al propio sistema, fundamentado en privilegios, intereses y razones de Estado, que denotarían la ausencia de una voluntad política real para superar la negación de derechos para la mayoría de la población nicaragüense.

Lo que parece evidente es que la sociedad nicaragüense se encuentra en un proceso permanente de transformación lo cual hace comprensible su vida problemática y conflictiva. Algunos de sus problemas tienen un carácter transitorio porque están determinados a aspectos específicos que finalizan por ser resueltos de una u otra forma. Otras tensiones son, por oposición, más profundas e implican una grave amenaza para la comunidad y para su existencia misma como institución colectiva y la vigencia de los Derechos Humanos.

# **DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DEBIDO PROCESO**

---

Manuel Jaén Vallejo\*

\* Profesor Titular de Derecho Penal. Letrado del Tribunal Supremo del Reino de España. Profesor (h.) de las Universidades Inca Garcilaso de la Vega (Lima) y Católica de Santa María (Arequipa). Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Presidente del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado



**SUMARIO:** I. Introducción, 1. Derecho a la presunción de inocencia como derecho y como criterio informador del proceso penal, 2. Su aplicación a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario u otro ámbito administrativo sancionador. Aplicación del derecho en el procedimiento penal de menores, 3. La carga de la prueba, 4. Valoración de la prueba. Principio de libre valoración. Estructura racional del juicio sobre la prueba, 5. Los principios legitimantes de la prueba, 5.1 Principio de oralidad. Rectificaciones de declaraciones anteriores al juicio 5.2. Principio de inmediación, 5.3. Excepciones a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral. Testigos muertos, ilocalizables o que se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal o gravemente enfermos y que no pueden ser traídos dentro de un plazo razonable, 5.4. Principio de contradicción, II. Empleo de nuevas técnicas audiovisuales en el juicio oral: el sistema de videoconferencia, III. Prueba suficiente, IV. La prueba de indicios. Su legitimidad constitucional, V. La prueba sobre hechos internos, VI. La prueba de la causalidad, VII. Declaración inculpativa del coimputado. Requisitos para su legitimidad constitucional, VIII. La prueba de referencia. Su carácter excepcional, IX. El principio *in dubio pro reo*: su doble dimensión, X. Otras cuestiones relacionadas con la prueba: valoración de prueba predominantemente documental; provocación del delito y agente encubierto; captación de imágenes por video, XI.-Presunción de inocencia y estructura del proceso penal. Juicio oral en dos fases: separación entre el órgano que enjuicia los hechos y el que fija la consecuencia jurídica, XII. Presunción de inocencia y subsunción: la necesaria distinción entre la prueba de cargo y la subsunción; la prueba de la omisión; la prueba de los delitos de peligro. Derecho a la

defensa contradictoria y a la asistencia de letrado, derecho de acceso al proceso, Principio acusatorio: sus manifestaciones. Derecho a ser informado, de la acusación. Separación de las funciones acusadora y decisoria. Congruencia entre acusación y fallo, Derecho al juez natural, Derecho a la legalidad de las pruebas. Prohibición de valorar Pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La prueba ilícita: consecuencias, Derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior.

## Introducción

1. Los principios y garantías del proceso penal guardan una relación directa con los derechos fundamentales del ciudadano, siendo imprescindibles para su salvaguardia. No es de extrañar, pues, que ya en la declaración francesa de derechos del hombre de 1789 tuvieran aquéllos un protagonismo especial.

De poco serviría el desarrollo del derecho penal material, de sus principios básicos, como el de legalidad y el de culpabilidad, si, por ejemplo, se permitiera, como en tiempos de la monarquía absoluta, la obtención de declaraciones bajo amenaza o, incluso, bajo torturas, si no se contemplaran los mecanismos procesales necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, o si no se reconociera, con todas las consecuencias que ello implica, el derecho a la presunción de inocencia.

Como tantas veces se ha dicho, el proceso penal es la realización del derecho penal. Por ello, los principios y garantías procesales tienen tanta importancia como la que tienen los principios legitimantes del derecho penal material; ni aquéllas ni éstos se pueden ignorar en la aplicación de la ley penal. No ha de extrañar, pues, la permanente preocupación de los juristas por un adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal. Es ya clásica la expresión de Roxin, en el sentido de que “el derecho

procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”<sup>1</sup>, de tal modo que el reconocimiento o no de derechos fundamentales procesales permitiría medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad.

En este sentido, el Código procesal penal de la República de Nicaragua de 2001 es un texto ciertamente garantista, armónico con los necesarios principios y garantías básicas del proceso, luego con un innegable carácter liberal. El título de este breve trabajo, precisamente, se ha tomado del título preliminar de dicho Código: “Principios y garantías procesales”.

2. El proceso es esencialmente un instrumento del Estado de Derecho, en el que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido proceso (*due process model*). En este modelo procesal, aquel derecho fundamental, y otros igualmente esenciales, como el derecho de defensa, el derecho al juez natural, el derecho a un juez imparcial, el derecho a ser informado de la acusación, o, en fin, lo que en España se denomina “derecho a un proceso con todas las garantías”, son considerados absolutamente necesarios, verdaderos presupuestos legítimos del proceso penal.

En realidad, la función del proceso penal, aparte naturalmente de que tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acusado<sup>2</sup>, es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme; de ahí precisamente el carácter excepcional y subsidiario de la medida de prisión provisional<sup>3</sup>. Ello significa, básicamente, que

<sup>1</sup> *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998, § 2.

<sup>2</sup> V. arts. 299 y 774 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal española, estos últimos según la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre.

<sup>3</sup> V., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 47/2000.

debe respetarse la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, y las reglas/garantías del debido proceso.

Me parece, pues, altamente satisfactoria la declaración contenida en el art. 3 del Código procesal penal de la República de Nicaragua, a cuyo tenor “en el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan y en condiciones de igualdad”, así como también la contenida en el art. 7, aunque no se explicita la protección del imputado, que sí se deriva, en cambio, de las garantías reconocidas. Dice dicho artículo que “el proceso penal tiene por finalidad solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda (...)”. De todos modos, el restablecimiento de la paz jurídica y de la convivencia social son más bien fines de la pena, pues tradicionalmente el derecho procesal penal no se incluye entre los medios de lucha contra el delito: si se lo incluyera, ello podría conducir a una peligrosa presunción de culpabilidad de todo sospechoso<sup>4</sup>.

3. Por ello, lo mismo que frente al ahora llamado “derecho penal de enemigo”<sup>5</sup>, caracterizado por una relativización de las garantías penales materiales y procesales, debe oponerse un “derecho penal de ciudadano”, propio de una sociedad de libertades, también frente al modelo procesal

---

<sup>4</sup> Cfr. Bacigalupo, “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 4/1999, p. 10.

<sup>5</sup> Cfr. Jakobs, *ZStW* (1985), pp. 753 y ss. y *La ciencia del derecho ante las exigencias del presente*, trad. de T. Manso, Bogotá, 2000, pp. 29 y ss.; v. también, con amplia bibliografía, Pérez del Valle, C., «Sobre los orígenes del «derecho penal de enemigo»», *Cuadernos de Política Criminal*, n° 75/2001, pp. 597 y ss.

del control social del delito, en el que el proceso viene a ser un instrumento más del Estado en la lucha contra el delito, debe oponerse el sistema del debido proceso.

Tanto el derecho penal material como el derecho procesal penal deben operar, no contra los derechos fundamentales del ciudadano, sino a favor de éstos.

Actualmente, sin embargo, cuando tanto preocupa el fenómeno del terrorismo, que amenaza no ya con los dramáticos resultados que puede producir sino también con un retroceso en la defensa de los derechos humanos, no es infrecuente encontrarse en las distintas legislaciones con manifestaciones de ese “derecho penal de enemigo”.

España no ha sido una excepción. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de julio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, aparte de modificar los máximos excepcionales de la pena de prisión, pudiendo llegar hasta los 40 años, cuando se cometan dos o más delitos, y al menos dos de ellos (uno en los casos de terrorismo) estuviese castigado con pena de prisión superior a 20 años, reduce considerablemente la posibilidad de obtención de beneficios penitenciarios, e incluso prevé para los condenados por delito de terrorismo o actuando en el seno de una organización criminal, la colaboración con la autoridad como requisito para la libertad condicional. Y no sólo eso, sino también que en el caso de que violen el régimen de libertad condicional deberán, además de reingresar en prisión, sufrir la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, consecuencia esta última de dudosa constitucionalidad.

También encontramos manifestaciones del “derecho penal de enemigo” en la legislación procesal, como la figura del agente encubierto<sup>6</sup>, que está prevista en España en

---

<sup>6</sup> El agente encubierto se debe limitar a la obtención de pruebas del hecho, pero sin inducir a otros a su realización; éstos son los que deben tener en todo momento la iniciativa de la acción delictiva en particular, pues de lo contrario la figura se desnaturalizará, entrando en el terreno vedado del delito provocado.

el art. 282 bis LECrim., introducido en 1999 como una manifestación más de los esfuerzos en materia de investigaciones relacionadas con la “criminalidad organizada”, las escuchas telefónicas (art. 579 LECrim. española), o la prisión incomunicada<sup>7</sup>. También en las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal español, se incluyen algunas difícilmente admisibles, como la del art. 796 LECrim., añadiendo al final del número 1 que “no será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo”, o la del art. 797, refiriéndose a la innecesariedad de citar a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado, salvo que se considere imprescindible (¡siempre es imprescindible!).

4. Pero el proceso penal no sólo debe proteger al imputado, respetando su dignidad, como muy bien dice el art. 3 del Código Procesal penal de Nicaragua. También debe proteger a la víctima, su dignidad, aunque sin que ello sea excusa para una posible relajación de la protección del imputado, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente.

Con razón advierte Bacigalupo que “en un esquema de prototipos ideales se puede decir que las sociedades autoritarias, ..., pueden ser caracterizadas por un nivel de baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente”, porque en ellas “importa menos la sanción de la culpabilidad real que el supuesto efecto intimidante de una pena aplicable a través de un proceso de reducido nivel de

---

<sup>7</sup> Regulada en España a partir de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en los arts. 509 y 510, con referencia a los presupuestos, duración y contenido de la incomunicación.

garantías”, concluyendo el autor que, en cambio, “las sociedades basadas en la libertad asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado, pues sólo consideran legítima la pena de quien es culpable y ponen en duda la legitimidad del efecto intimidante de la pena como única función del derecho penal”, de tal modo, pues, que “la extensión que se reconozca a las garantías del proceso penal, ..., tiene un efecto directo sobre la libertad”<sup>8</sup>.

Naturalmente, el derecho de acceso al proceso a favor de la víctima o del perjudicado debe tener un reconocimiento, independientemente del ejercicio de la acción pública por parte del Fiscal. En este sentido, también me parece correcto que el art. 9 del Código procesal penal de Nicaragua reconozca al ofendido o víctima de delito el derecho a ser tenido como parte en el proceso penal desde su inicio y en todas sus instancias.

5. Y, por último, también se debe proteger a los testigos, tanto física como económicamente.

El Juez debe velar por la correcta práctica del interrogatorio durante la instrucción, de manera que el testigo no responda a preguntas que lo puedan inculpar; desde el momento en que haya alguna razón para inculparlo, se lo debe inculpar formalmente, informándosele entonces de sus derechos antes del interrogatorio, ya como imputado, entre ellos del derecho a guardar silencio y a no declararse culpable. Naturalmente, el Juez debe evitar también que se le hagan preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes<sup>9</sup>, así como toda pregunta que invada el derecho a la intimidad, indagando, por ejemplo, acerca de anteriores relaciones sexuales de la víctima del hecho en un delito contra la libertad sexual<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 9.

<sup>9</sup> V. arts. 389, 439 y 709 LECrim. española.

<sup>10</sup> V. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 5 de febrero de 1996.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 2 de abril de 2003 ha insistido en que “la protección de las víctimas y de los testigos es una obligación del Juez o Tribunal”, así como en la necesidad de que éstos tutelén, durante el interrogatorio, no sólo el derecho a la intimidad<sup>11</sup> sino también el derecho a la dignidad de la persona.

6. No se debe olvidar que los derechos fundamentales, entre ellos los procesales, son derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, por lo que éste carece de tales derechos. Ello explica que el Tribunal Constitucional español afirmara en su Sentencia 41/1997 que el recurso de amparo “no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares”, añadiendo que en el proceso penal las garantías constitucionales del imputado adquieren un especial relieve en sede de amparo constitucional, mientras que la potestad pública de imponer penas que se ventila en él no es susceptible de ser amparada.

---

<sup>11</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional español 127/2003 otorgó un amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución española), en un caso en el que una periodista había procedido a difundir las noticias sobre un juicio por delito de violación, de tal manera que era perfectamente posible identificar a la víctima, que además era menor de edad. La Sentencia afirma que resulta incuestionable que forma parte del ámbito propio y reservado a la intimidad el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información (art. 20.4 de la Constitución). Además, tratándose de la intimidad, dice la Sentencia, la veracidad de la información no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión. La Sentencia concluye en el caso resuelto que el supuesto interés general de la noticia no justificaba la publicación, dada la *innecesariedad* para la transmisión de la información de la identificación de la víctima de la agresión.

La consecuencia, en España, es clara: en sede de amparo constitucional no es posible anular una sentencia absoluta, independientemente de quién haya ejercitado la acción, esto es, un particular o el Ministerio Fiscal.

Dicho con otras palabras, las de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 21/2000: “el recurso de amparo no es un cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena”. Aunque en esta misma Sentencia, que resolvió un caso en el que los recurrentes habían impugnado en su recurso el archivo de una querella interpuesta por aquéllos por un delito de calumnias, es decir, se trataba de un caso en el que se había utilizado la vía penal como medio de reacción contra vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos (el honor, concretamente), no logrando el afectado la Sentencia condenatoria pretendida, el Tribunal Constitucional señaló que si bien su juicio no se podía extender a analizar los elementos del tipo delictivo (cuestión de legalidad ordinaria que compete a la jurisdicción penal), sí podía, en cambio, “revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal”, aunque cuando tal revisión tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto (un auto de archivo por considerar el órgano judicial que los hechos imputados no eran constitutivos de delito, como en el caso al que se refería la Sentencia), “su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar en un auténtico proceso (...) una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada”. “Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el

reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización”.

En este breve trabajo voy a referirme a los siguientes principios y garantías del proceso penal que se reconocen en el título preliminar del Código Procesal penal de la República de Nicaragua: presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho de acceso al proceso del ofendido o víctima del delito, principio acusatorio, derecho al juez natural, licitud de la prueba y derecho a un recurso. En muchos casos, para una mayor comprensión de su significado, lo haré sobre la base de casos concretos resueltos por los dos más altos tribunales españoles: el Tribunal Constitucional, que es el más alto órgano de la jurisdicción constitucional, y el Tribunal Supremo, que es el más alto órgano de la jurisdicción ordinaria, correspondiendo a la Sala Segunda de este último el mantenimiento de la unidad del orden jurídico penal.

Espero con ello contribuir de algún modo al Seminario sobre “Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional” que el Centro de Estudio de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), lleva a cabo en Nicaragua, bajo el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer, y con el apoyo de Ética y Transparencia, la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León) y la Corte Suprema de Justicia.

## **I. Derecho a la presunción de inocencia**

### **1. Introducción: la presunción de inocencia como derecho y como criterio informador del proceso penal**

Este derecho fundamental, que representa una de las características más significativas del derecho procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso<sup>12</sup>, está proclamado en el art. 24.2 de la Constitución, así como también

en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, y en el art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

Este derecho fundamental, pues, no es sólo un derecho en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo, sino que además es un *principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal*, como lo ha recordado la *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*<sup>13</sup>. Ello significa que nadie puede ser con-

<sup>12</sup> Cfr. Bacigalupo, «Politische Korruption und Strafverfahren», ZStW 111 (1999), pp. 716 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. sobre las consecuencias para la situación del inculpado del principio de la presunción de inocencia, especialmente durante la instrucción, Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, cit., pp. 176-178. Entre esas consecuencias, menciona el autor que *la apertura de diligencias se debe basar en una sospecha inicial seria, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querrela*, e incluso se deberían desestimar también, añade el mismo autor, los casos en los que la ausencia de antijuricidad es manifiesta o en los que sólo es punible el delito doloso y la inexistencia del mismo surge del relato en el que se basan los hechos, así como que *“la prisión provisional no puede ser impuesta como una pena anticipada*, pues la pena requiere la prueba y la declaración de culpabilidad” (p. 178j).

siderado como culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria.

Sin duda, es este derecho fundamental el que más alegan en España los recurrentes, tanto ante el Tribunal Constitucional, en sede de amparo, como ante el Tribunal Supremo, en sede de casación<sup>14</sup>. Paralelamente, también es el derecho con relación al cual se produce un mayor número de inadmisiones y desestimaciones, casi siempre por la misma causa: porque el recurrente, mediante su recurso, pretende en realidad una revisión de la valoración de la prueba, olvidando que en todo lo que depende de la intermediación dicha valoración es una facultad exclusiva del Tribunal de instancia, del Tribunal juzgador que la ha percibido<sup>15</sup>, no del órgano *ad quem*.

La ponderación de la credibilidad de la prueba testifical no puede ser objeto, a mi juicio, ni del recurso de apelación - salvo que se repitiera el juicio -, ni del recurso de casación, ni del de amparo, porque tal ponderación requiere la intermediación, que no está prevista en ninguno de esos recursos. Quedan fuera, pues, de la eventual revisión por un tribunal superior, todas aquellas cuestiones cuya ponderación requeriría una repetición de la prueba practicada en la instancia, para ser valoradas de acuerdo no ya sólo con el principio de intermediación, sino también con los principios de publicidad y contradicción, que legitiman la práctica de la prueba.

La propia naturaleza de este aspecto de la prueba (credibilidad de las manifestaciones de personas que han declarado en presencia del Tribunal de instancia) exige que su valoración corra a cargo exclusivamente del Tribunal que la ha podido percibir, que es precisamente el tribunal predeterminado por la ley para tal fin.

---

<sup>14</sup> Tanto por la vía del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o por la del art. 852 LECrim.

<sup>15</sup> V., en España, el art. 741 LECrim. (libre valoración de la prueba).

Dicho con otras palabras: *la cuestión relativa a la credibilidad de las declaraciones que tuvieron lugar en el juicio es una cuestión de hecho*, producto de la convicción del Tribunal de instancia, órgano *a quo*. Por lo tanto, se trata de una cuestión ajena al objeto de todo recurso que no tenga prevista para la revisión una vista inmediata de la prueba.

Con relación a este aspecto de la prueba, sólo es posible controlar, bien por el Tribunal que en su caso conozca de la apelación (órgano *ad quem*), bien por el Tribunal Supremo, en casación, bien por el Tribunal Constitucional, en amparo, si la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal que la ha percibido directamente (órgano *a quo*) ha sido respetuosa con las exigencias de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos (soporte racional del juicio sobre la prueba, que al ser un aspecto objetivo sí es perfectamente controlable). Ello es posible porque, en realidad, tal valoración no depende ya de la percepción directa de la prueba. Se trata, simplemente, de verificar que el juicio sobre la prueba tiene una estructura racional, esto es, ique no es arbitrario!

Pero la realidad es que a través de este derecho fundamental se plantean continuamente numerosas cuestiones ante el órgano *ad quem*, a través de uno u otro recurso. Unas veces se trata de cuestiones que efectivamente forman parte del contenido de este derecho, y otras veces, en cambio, se trata de cuestiones que quedan palmariamente extramuros del mismo. El propio Tribunal Constitucional yerra, a mi juicio, cuando se ha referido, por ejemplo, como lo veremos más adelante, a la prueba de la omisión, confundiendo el objeto de la prueba con el problema de la subsunción.

Por supuesto, la prueba se debe referir a todos los elementos o presupuestos del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, naturalmente, a la participación del acusado en el mismo. No es admisible entender que estos últimos quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia, como si no necesitaran ser probados. Sí deben ser objeto de prueba, porque son presupuesto del delito. De manera

que si el acusado alega que no sabía lo que hacía, es decir un error de tipo, el Tribunal deberá explicar la prueba al respecto, es decir, por qué ha llegado a la conclusión de que aquél sí sabía lo que hacía, aunque haya dicho lo contrario.

Son muchas las cuestiones que se plantean a propósito de este derecho fundamental, vinculadas en su mayor parte con la prueba necesaria para desvirtuar la presunción en que consiste. Sin ánimo exhaustivo, voy a referirme a algunas de esas cuestiones, las que tienen un mayor proyección en la práctica.

## 2. Su aplicación a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario u otro ámbito administrativo sancionador. Aplicación del derecho en el procedimiento penal de menores

El derecho a la presunción de inocencia también rige en otros ámbitos cercanos al penal, como es el caso del procedimiento de menores y del ámbito penitenciario o administrativo sancionador.

**2.1.** El derecho a la presunción de inocencia no sólo tiene su vigencia en el ámbito del proceso penal, sino que también es aplicable a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario.

Así lo ha reconocido últimamente la *Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2002*, en la que se afirmó que el derecho a la presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, añadiendo que *ello comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el*

*órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (...).*

**2.2.** Con toda contundencia afirmaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional español 74/2004*, que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador, y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas.

Ello significa que en el *procedimiento administrativo sancionador* la exigencia de la carga probatoria necesaria para desvirtuar esta presunción constitucional, recae sobre la Administración pública actuante, debiéndose referir aquélla tanto a la comisión del ilícito como a la participación del acusado, “sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos”.

La mencionada Sentencia se refería a un caso en el que se le había impuesto al recurrente, un guardia civil, la sanción de pérdida de un día de haberes, luego de la tramitación del correspondiente expediente disciplinario. Dice la Sentencia que: *la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.*

**2.3.** Lo mismo ocurre en el *ámbito del procedimiento de menores*, en donde ha dicho la *Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2005* que se debe descartar “por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo

de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en el juicio oral”. Recuerda al efecto lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente: i) se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley” (art. 40.2 b).

Por ello, en el caso resuelto, en el que se había producido la condena del recurrente por un Juzgado de Menores, sobre la base de las declaraciones de un coimputado no corroboradas, la Sentencia otorga el amparo, recordando que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, cosa que no ocurría en el presente caso, por lo que aquéllas eran insuficientes para enervar la presunción de inocencia del menor.

### 3. La carga de la prueba

**3.1.** La presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, es una presunción *iuris tantum* que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, *la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado*.

Como decía la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998*, debe abarcar dos extremos fácticos: “la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término “culpabilidad” (...) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal”, pudiendo sólo considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que haya sido obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme

requiere el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y haya sido practicada en el plenario o juicio oral o, en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que *la carga de la prueba corresponde a la acusación*. La necesidad de investigación y la obligación de esclarecimiento de los hechos<sup>16</sup>, que es la finalidad de todo procedimiento, el carácter acusatorio del proceso penal, y, sobre todo, el derecho a la presunción de inocencia, conducen inexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que acusa a una determinada persona. *El acusado, hasta el momento de dictarse la sentencia, es una persona inocente*.

Es por ello que no puede ser tratada como culpable ni tiene por qué ser obligada a declarar, ni ser ella, dado su estado de inocencia, la que deba probar su inocencia; en realidad, sólo es posible la adopción de las oportunas medidas cautelares, excepcionalmente personales, con la única finalidad de garantizar los fines del proceso<sup>17</sup> (ino los de la pena!).

<sup>16</sup> V. art. 269 LECrim. española.

<sup>17</sup> En cuanto a la *excepcionalidad de la prisión provisional*, la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000 dijo que «la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)». Añade la Sentencia que «en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (...), el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. Por otra parte, y aunque la prisión provisional coincida materialmente con las penas privativas de libertad, ya que también consiste en una restricción de la libertad, al tratarse de una medida cautelar no puede ser confundida ni plenamente identificada con la pena de prisión; con la prisión provisional no pueden

Las exigencias respecto a aquéllas, en particular respecto a la prisión provisional, se explican porque, como lo ha advertido Bacigalupo, ésta “no puede ser impuesta como una pena anticipada, pues la pena requiere la prueba y la declaración de la culpabilidad”, razón por la que “no resulta compatible con el principio de la presunción de inocencia el art. 503.2ª LECrim. en cuanto autoriza la prisión provisional cuando lo requiera la “alarma social o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos”, pues tales finalidades son propias de la pena, es decir, tiene su fundamento en la prevención general”, por lo que, conclu-

---

perseguirse fines punitivos ni de anticipación de la pena (...). Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del *favor libertatis* (...) o del *in dubio pro libertate* (...), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad (...). Por tratarse de una medida excepcional, hemos señalado también que el derecho a la libertad se vulnera, no sólo cuando el afectado por ella sigue en prisión más allá del límite máximo absoluto (...), sino incluso cuando, siendo legalmente posible la prórroga o el mantenimiento de la medida, las decisiones judiciales correspondientes no han sido acordadas antes de que se cumpliera el plazo relativo oportuno (...). En el mismo sentido hemos declarado que no es posible computar el plazo máximo de prisión en función de cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto (...). Ni tampoco cabe contabilizar dentro del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un procedimiento el período de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa, porque ello determinaría también que el límite temporal de duración de la prisión provisional dependiera de un elemento incierto (...), doctrina ésta que hemos extendido al ámbito en que coincide la situación de prisión provisional por extradición con la situación de penado en prisión por otra causa (...). En estas últimas resoluciones se contiene la declaración general de que los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el precepto que la regula, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma».

ye Bacigalupo, “las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación mediante destrucción o falsificación de medios de prueba o mediante su influencia en testigos, peritos, etc.”<sup>18</sup>.

*La situación ordinaria del imputado en espera de juicio, pues, no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la libertad personal y de la presunción de inocencia. Por tanto, en el proceso moderno la libertad constituye la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción.*

La excepcionalidad de esta medida cautelar explica también que la *Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2003* haya recordado que la vinculación de la prisión provisional con la Ley (*nulla custodia sine lege*) “obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales y se adopte mediante el procedimiento legalmente establecido”, y que incluso en caso de incumplimiento de los plazos de prisión provisional<sup>19</sup> resulte afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el art. 17 de la Constitución<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Justicia penal y derechos fundamentales*, cit., p. 178. Sobre la aplicación de *normas de pronóstico*, como las que regulan la prisión provisional, pues éstas no dependen de la comprobación de un hecho (como en las normas de estructura condicional), sino de la formulación de un pronóstico sobre el comportamiento futuro de una persona, v. el interesante *Auto del Tribunal Supremo español de 23 de julio de 2002* («caso El Negro»).

<sup>19</sup> V. al respecto arts. 17.4, *in fine*, de la Constitución y 504 LECrim.

<sup>20</sup> Esta misma Sentencia 121/2003 se refiere también a las «dilaciones indebidas» del párr. 6º del art. 504 LECrim. que podrían suspender excepcionalmente el cómputo del plazo legal máximo de la prisión provisional, como es el caso de los recursos obstruccionistas del recurrente, aunque con una interpretación muy restrictiva.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2005* ha insistido en que los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal, especialmente el de *asegurar la presencia del imputado en el juicio* y el de *evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo*, aunque no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, añade la mencionada Sentencia, “datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa”. También aclara la Sentencia que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras”.

**3.2.** Con respecto a las medidas cautelares, dice el *Corpus Juris* europeo, según la versión acordada en Florencia (2000), que una persona detenida, perseguida por las infracciones allí contenidas, podría ser sometida a medidas cautelares de prisión provisional o puesta bajo control judicial, siempre dictadas por el Juez de las libertades en los casos en que éste “tenga razones plausibles para sospechar que el acusado haya cometido alguna de las infracciones definidas anteriormente (...) y cuando estuviera convencido de que dicha medida es necesaria para impedir que se sustraiga a la acción de la justicia o para impedir la continuación o la repetición de la infracción, para preservar las pruebas o los indicios, o para impedir que los testigos puedan sufrir presiones” (art. 25 *quater*), añadiendo, además, el carácter excepcional de la medida, al afirmar que “el acusado sólo será sometido a prisión provisional en caso de que cualquier otra medida de control aparezca como insuficiente” y por un período estrictamente justificado mediante las anteriores razones.

**3.3.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2000* se refirió al derecho a la presunción de inocencia, a la carga de la prueba y a la necesidad de una mínima actividad

probatoria, otorgando el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, señalando que esta presunción: *comporta en el orden penal, entre otras consecuencias, que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal Constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo, al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim.). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa.*

Otra característica de la presunción de inocencia, añade la mencionada Sentencia, consiste en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria de signo incriminatorio.

El Tribunal Constitucional reitera que *únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador.*

Un muy buen exponente del requisito examinado y, en general, del significado del derecho a la presunción de inocencia, lo hallamos en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998. Dice este Tribunal que *el derecho a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular, señalando que es la parte acusadora quien tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, lo que es consecuencia de la norma contenida en*

el art. 1251 del Código civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de *iuris tantum*.

#### 4. Valoración de la prueba. Principio de libre valoración. Estructura racional del juicio sobre la prueba

4.1. Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración<sup>21</sup>, que implica que los distintos medios de prueba han de ser ponderados por los órganos judiciales, que son quienes tienen la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias<sup>22</sup>.

Por tanto, en el derecho procesal penal español actual no existe un sistema de prueba legal, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas (prueba tasada). Por supuesto, en el sistema inquisitivo la prueba perfecta era la confesión del acusado, y si ésta no se producía espontáneamente, la mera existencia de indicios contra un sospechoso permitía al Juez su sometimiento a tortura *ad eruendam veritatem*, un medio de prueba característico en aquel proceso correspondiente a los tiempos de la monarquía absoluta; no es difícil imaginar que los reos, ante la impresión que sin duda les produciría el potro y demás instrumentos de tormento, confesaran todo cuanto se les pidiera, siendo entonces declarados reos confesos.

---

<sup>21</sup> Art. 741 LECrim.: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley (...)”.

<sup>22</sup> V. *Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2003*.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>23</sup>, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa que el Tribunal tenga una facultad “libérrima y omnímoda”, sin limitaciones, con total irrevisabilidad de la convicción del órgano *a quo* respecto de los hechos probados<sup>24</sup>. El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio “según las reglas del criterio racional”<sup>25</sup>, es decir, según las reglas de la lógica, y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia y los conocimientos científicos.

Un correcto entendimiento del principio de libre valoración exige distinguir *dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba*:

-*el que depende de la inmediación*, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testimoniales, de los peritos y del acusado;

-*y el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba*, en el que el art. 717 LECrim. tiene un carácter general, a pesar de querer referirse sólo a declaraciones de autoridades y funcionarios de policía judicial, pues no tendría sentido

<sup>23</sup> También en Alemania está reconocido expresamente el principio de libre valoración (*freie Beweiswürdigung*) en el § 261 StPO, que dispone que “sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista”.

<sup>24</sup> Cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 10-2-1978 y 11-10-1978.

<sup>25</sup> Cfr., en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 19-1-1988, 21-1-1988, y de 2-2-1999.

limitar la racionalidad a una especie de prueba, excluyéndola de las demás.

El primer aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto subjetivo*) no es controlable, ni en apelación, ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal - que, por supuesto, debe explicar - tenga un carácter “libérrimo y omnímodo”, sino porque, sencillamente, sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o por un perito<sup>26</sup>. Sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba “en conciencia”, su credibilidad. El propio Tribunal Constitucional español ha afirmado en reiteradas ocasiones que su jurisdicción no se extiende al enjuiciamiento del proceso mental de los Tribunales de instancia respecto de su convicción<sup>27</sup>; por consiguiente, es perfectamente posible que el Tribunal, por ejemplo, crea en lo declarado por el acusado, frente a lo dicho por un testigo de cargo bajo juramento. Es el Tribunal que presencia las declaraciones y que, por tanto, va a percibir las contradicciones que se pueden producir entre la versión de unos y otra, el que tiene que apreciar la credibilidad de cada uno, y resolver en consecuencia.

Ahora bien, lo anterior no significa que el principio de libre valoración de la prueba no tenga límites. Precisamente, el segundo aspecto del juicio sobre la prueba (*aspecto objetivo*) vincula al Juez/Tribunal a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos, luego este aspecto de la prueba sí representa una materia controlable en las distintas instancias, incluso en amparo, pues se trata de aplicar correctamente aquel principio de libre valoración, de acuerdo con las necesarias exigencias de

---

<sup>26</sup> Cfr. Bacigalupo, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*, Buenos Aires, 1994, pp. 66 y ss.

<sup>27</sup> Cfr., por ej., Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1986 y 177/1987.

racionalidad, esto es, de acuerdo con las exigencias que derivan de los arts. 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) y 120.3 de la Constitución (motivación de las sentencias), sin olvidar que en el art. 9.3 “la Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, entre los que se encuentran, evidentemente, los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, esta parte objetiva del acto de valoración de la prueba sí puede ser controlada, a fin de salvaguardar en todo caso la supremacía de la Constitución. Con razón dice Roxin que las infracciones de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia común o de los conocimientos científicos constituyen auténticas infracciones de ley en sentido estricto; el hecho de que no se trate de una ley positiva no implica obstáculo para esta concepción, puesto que las infracciones de ley pueden serlo también de normas jurídicas no escritas<sup>28</sup>. De todos modos, en España el precepto vulnerado sería el del mencionado art. 9.3 de la Constitución, con un engarce claro en el que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, lo que hace posible la interposición de un recurso de amparo.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2002* apreció la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por infracción de las reglas de la lógica. El Tribunal Supremo insistió en esta Sentencia en que no podía revisar las apreciaciones realizadas por el Tribunal *a quo* que dependan de la inmediación, pues no puede enjuiciar la veracidad de las declaraciones de personas que no ha visto ni oído directamente, pero sí puede revisar el juicio del Tribunal *a quo* sobre la prueba en los términos del art. 9.3 de la Constitución (interdicción de la arbitrariedad). En el caso concreto la Sentencia pone de manifiesto que de la prueba testifical sólo surgía que la recurrente había

---

<sup>28</sup> *Strafverfahrensrecht*, 25<sup>a</sup> ed., cit., § 53-13.

prestado el coche a las otras procesadas y que éstas lo utilizaron para ir a recoger la droga que les fue ocupada.

Por ello, decía la Sentencia del Tribunal Supremo que: *de las declaraciones de testigos que carecen de seguridad respecto de la inculpación no es posible excluir las dudas que esto debe haber generado en el Tribunal. De un testigo que sólo supone y de otro que no quiere declarar sobre un punto, ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio in dubio pro reo. Si lo hace infringe las reglas del razonamiento lógico, pues la seguridad que no está contenida en las premisas no puede aparecer en la conclusión de un silogismo.*

**4.2.** Otra cuestión, muy controvertida, es la de *los límites de la jurisdicción constitucional y los de la jurisdicción ordinaria*, en particular del Tribunal Supremo<sup>29</sup>: ¿puede el Tribunal Constitucional entrar en el examen del juicio sobre la prueba?

Desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que no puede ejercer control alguno sobre el valor de la actividad probatoria, porque la valoración de la prueba es de la exclusiva competencia del Tribunal llamado a fallar sobre los hechos del proceso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido relativizando en su jurisprudencia aquel criterio, señalando, por ejemplo, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1999, que su control se limita a verificar si la actividad probatoria se ha realizado con las garantías necesarias para su valoración, a la constatación de que el órgano judicial motiva su convicción y también “al control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a la conclusión, es decir, al examen del carácter razonable y suficientemente sólido del nexo lógico establecido por el Tribunal”; y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1999 hace hin-

---

<sup>29</sup> V. arts. 117 y 161 de la Constitución.

capié en que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia, así como a la obligación de motivar o razonar el resultado de la valoración probatoria.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 143/20005* ha señalado que es posible entrar en el control externo del razonamiento lógico seguido por el Tribunal de instancia para llegar al resultado condenatorio, afirmando concretamente que desde la perspectiva del resultado de la valoración “su misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante”. En realidad, no se trata de una cuestión valorativa, sino más bien del criterio racional, luego de carácter normativo. De ahí que pueda ser objeto de control.

El Tribunal Constitucional ha venido insistiendo reiteradamente en que a la jurisdicción constitucional sólo corresponde controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia revisora de las actuaciones de los órganos judiciales<sup>30</sup>, así como la imposibilidad material de contar con las garantías de oralidad, inmediatez y contradicción que son las que permiten la valoración de la prueba (*Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*). No le corresponde, pues, dice esta Sentencia, enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

## 5. Los principios legitimantes de la prueba

*Como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediatez. Regla que sólo se puede excepcionar en los supuestos de pruebas anticipadas*<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Así se lo impide el art. 44.1.b) de su Ley Orgánica.

**5.1. Principio de oralidad. Rectificaciones de declaraciones anteriores al juicio.**

Es en el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque *sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia*; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.

Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia.

En España, el art. 714 LECrim. permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos prestadas durante la instrucción, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral<sup>32</sup>. No es infrecuente que se produzcan estos cambios de versión del testigo; por ejemplo, ocurre mucho, en el delito de tráfico de drogas, que los compradores de estas sustancias identifiquen al vendedor/acusado, y luego, en el juicio oral, se retractan, sin ofrecer razones convincentes sobre el cambio de versión.

Por tanto, es perfectamente posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, en todo o en parte, siempre que se haya procedido efectivamente a aquella lectura y se haya garantizado el derecho de la defensa a someterla a contradicción<sup>33</sup>. Y aunque este artículo

---

<sup>31</sup> V. arts. 657, párr. 3º, 714 y 730, 781.1, párr. 3º, 784.2 y 785.1 de la LECrim. española – los tres últimos según la redacción dada por la Ley 38/2002 – .

<sup>32</sup> En el mismo sentido, § 254 StPO.

<sup>33</sup> La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988 (“caso Barberá, Messegué y Jabardo”) proscribió el uso tan arraigado en España de utilizar la fórmula «por reproducida», hoy reducida a la prueba documental, que por su naturaleza, no requiere para su contradicción del debate oral y público en presencia del Tribunal.

se refiere expresamente a los testigos, también se aplica en la práctica en la hipótesis de contradicción del acusado; de todos modos, en este último caso hay que tener en cuenta que el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003* se refirió precisamente a la virtualidad probatoria de las declaraciones sumariales del acusado que habían accedido al juicio a través de su lectura. Además, en el caso concreto resuelto por esta Sentencia aquellas declaraciones se habían efectuado sin la presencia de abogado, entendiéndose aquel Tribunal que ello sólo hubiera constituido una quiebra de las garantías constitucionales si se le hubiera otorgado validez como prueba preconstituida y siempre que hubiera sido valorada como prueba de cargo sobre la que sustentar su condena, lo que no había sucedido en el caso resuelto.

También el Tribunal Supremo viene sosteniendo que el procedimiento del art. 714 LECrim. que permite la confrontación del declarante con declaraciones prestadas durante la instrucción, no contradice las garantías de la práctica de la prueba, pues en tal hipótesis el Tribunal decide sobre lo visto y oído en su presencia en el juicio oral, por lo que la aceptación de la versión previa no tiene por qué ser jurídicamente aceptada<sup>34</sup>.

## 5.2. Principio de inmediación.

En cuanto al *principio de inmediación*, esencial en un sistema de prueba, como el español, basado en la libre convicción en conciencia, y acaso no tan necesario, en cambio, en el sistema de prueba tasada, exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, entre otras muchas: Sentencias de 2 de noviembre de 1996, 31 de enero de 2005, 14 de abril de 2005, etc.

<sup>35</sup> V. art. 741 LECrim. y § 261 StPO.

Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. Algo que, sin embargo, ocurrió en España durante mucho tiempo.

Ello es así porque las diligencias sumariales son actos de investigación que pretenden la averiguación del delito y de su responsable, pero que no constituyen en sí mismas pruebas; la finalidad de aquéllas no es fijar definitivamente los hechos, que corresponde al juez enjuiciador a través de su sentencia, sino la de preparar el juicio oral. Con razón dice Bacigalupo al respecto, que “mientras la instrucción tiene la finalidad de *esclarecer una sospecha*, el juicio tiene la misión de *obtener una convicción*”<sup>36</sup>

Sólo en forma muy restrictiva y excepcional hay algunos supuestos que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden llegar a tener validez para desvirtuar la presunción de inocencia.

En España esta hipótesis está contemplada en el *art. 730 LECrim.*, que permite que puedan “leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si éste ha muerto o está gravemente enfermo, si está ilocalizable, o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y éste no puede lograr su presencia.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié también en la imposibilidad o especial dificultad de reproducción en el juicio oral de la declaración prestada con anterioridad por el testigo, para que pueda alcanzar

---

<sup>36</sup> “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, cit., p. 489, con cita de Rieß (nota 41).

<sup>37</sup> V. Auto del Tribunal Constitucional de 18-12-1998.

valor probatorio a pesar de esta última circunstancia<sup>37</sup>, debiéndose garantizar el principio de contradicción<sup>38</sup>. Lo veremos con más detenimiento a continuación.

**5.3.** Excepciones a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral. Testigos muertos, ilocalizables o que se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal o gravemente enfermos y que no pueden ser traídos dentro de un plazo razonable.

**5.3.1.** Sobre la prueba anticipada<sup>39</sup> y sus requisitos tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su *Sentencia 97/1999*. El recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal como autor de un delito de robo con intimidación. La condena fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación del dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto.

En lo que se refiere a las declaraciones del denunciante, no prestadas en el juicio oral, señala la *Sentencia* del Tribunal Constitucional que: *nuestra jurisprudencia viene afirmando que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia*

<sup>38</sup> V. para el supuesto de que pueda preverse la imposibilidad o dificultad de reproducción de la prueba en el juicio oral, las previsiones que la LECrim. señala para salvaguardar precisamente la contradicción en los arts. 448, 449, 467.2º, 471 y 476.

<sup>39</sup> Los supuestos de prueba testifical anticipada, en fase de instrucción, están previstos en los arts. 448, 449, 657, párr. 3º (una vez concluida la instrucción), para el procedimiento ordinario, y 781.1, según la Ley 38/2002, con entrada en vigor el 28-4-2003, para el procedimiento abreviado, todos ellos de la LECrim. En cualquier caso, deben incorporarse al juicio oral en la forma prevista en el art. 730 LECrim.

*de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de la prueba preconstituida y anticipada (...), siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se debe proveer de Abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730). En el caso actual no existía dificultad alguna para que el denunciante de los hechos y perjudicado por ellos, propuesto como testigo por el Ministerio Fiscal, pudiera haber comparecido al juicio, para declarar en él bajo el principio de contradicción, sometándose al posible interrogatorio del acusado, como exige el art. 24.2 CE, interpretado de conformidad con el art. 6.3 d) del Convenido Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que operan como obligado criterio para la interpretación del art. 24.2 CE, según lo dispuesto en su art. 10.2. Dicho denunciante estaba perfectamente localizado, y por ello pudo, y debió, ser citado al juicio, lo que no se hizo, sin causa que lo justifique; por lo que su declaración testifical en el juicio no podía ser sustituida por la lectura en él de sus declaraciones sumariales, no siendo aplicable en tal situación el art. 730 LECrim. En todo caso, en los supuestos de prueba anticipada, legal y constitucionalmente admisible, deben observarse las garantías propias de la prueba del juicio oral y en concreto la de la contradicción, ... Y en la declaración prestada por el denunciante ante el Juez de Instrucción en las diligencias previas, que antecedieron a la apertura del juicio oral (en la que se limitó a ratificar la declaración prestada ante la policía), no estuvo presente el imputado, demandante hoy, con lo que no se cumplió el principio de contradicción, pues no tuvo oportunidad de interrogar al testigo. No se cumplen así las exigencias de la prueba anticipada. La conclusión inevitable es la imposibilidad constitucional de aceptar como*

*prueba de cargo la lectura en el juicio de las declaraciones del denunciante”.*

**5.3.2.** Otra prueba no practicada en el juicio oral, que podría ser igualmente valorada en España por el Tribunal es la prevista en los *arts. 718 y 719 LECrim.*, que aunque salvaguardan el principio de contradicción, preservando el derecho de las partes a interrogar a los testigos, plantean algunas dudas.

El primero<sup>40</sup> porque sólo exige la presencia de un miembro del Tribunal en la práctica de la diligencia, luego los otros miembros del Tribunal no podrán formar su convicción sobre la base de una prueba que han percibido directamente, sino sobre la base de lo que le cuente aquél.

Y el segundo<sup>41</sup>, que prevé un interrogatorio por exhorto, por lo que habrá que estar al respecto a las normas vigentes en materia de auxilio judicial internacional, porque puede presentar fricciones con el derecho de defensa, salvo que haya conformidad de las partes.

**5.3.3.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000* recordó, ratificando así su doctrina al respecto, la necesidad de que la práctica de la prueba tenga lugar en el acto

---

<sup>40</sup> *Artículo 718:* “Cuanto el testigo no hubiere comparecido por imposibilidad y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio, el Presidente designará a uno de los individuos del mismo para que, constituyéndose en la residencia del testigo, si la tuviere en el lugar del juicio, puedan las partes hacerle las preguntas que consideren oportunas. El Secretario extenderá diligencia, haciendo constar las preguntas y repreguntas que se hayan hecho al testigo, las contestaciones de éste y los incidentes que hubieran ocurrido en el acto”.

<sup>41</sup> *Artículo 719:* “Si el testigo imposibilitado de concurrir a la sesión no residiere en el punto en que la misma se celebre, se librará exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección. Cuando la parte o las partes profieran que en el exhorto o mandamiento se consignen por escrito las preguntas o repreguntas, el Presidente accederá a ello si no fueren capciosas, sugestivas o impertinentes”.

del juicio oral, señalando que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; doctrina general que tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida.

El recurrente había dirigido su recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que lo condenó como cómplice de un delito contra la salud pública y otro de contrabando, y contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1997, que estimó el recurso de casación en cuanto a la condena por el delito de contrabando, pero mantuvo la condena de la Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto al delito contra la salud pública. El recurrente imputaba a las resoluciones impugnadas, básicamente, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al considerar que había sido condenado exclusivamente por la declaración prestada en la fase sumarial ante el Juzgado Central de Instrucción por uno de los coimputados, sin que en dicha diligencia hubiera estado presente el recurrente en amparo o su Abogado y sin que el mencionado coimputado hubiera comparecido al acto del juicio. El Tribunal Constitucional le da la razón y le concede el amparo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que: *cuando se alega como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, la función de este Tribunal Constitucional consiste principalmente en verificar si ha existido una mínima actividad probatoria que, practicada con todas las garantías legales y constitucionales, pueda estimarse de cargo. Si así acontece, no le corresponde a este Tribunal revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, pues su jurisdicción respecto a los órganos jurisdiccionales se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales. En este sentido hemos declarado reiteradamente que la decisión sobre la existencia, la*

*pertinencia y la valoración de las pruebas es una cuestión de legalidad ordinaria, por lo que nada debe decir este Tribunal acerca de la conclusión alcanzada por los Tribunales en el ejercicio de sus funciones, siempre que esté razonada dicha conclusión y se trate de resoluciones fundadas en Derecho y no arbitrarias (...). De otra parte, en relación con los actos o medios de prueba, es doctrina constitucional consolidada desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo (con) los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LE-Crim.), que no constituyen en sí mismas pruebas, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos:*

- a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral;
- b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia,

también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito;

- c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último,
- d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (...)

En el caso concreto, las declaraciones del coimputado rebelde en la instrucción no habían sido prestadas con la garantía de la contradicción que exige la anterior doctrina para que pudieran ser consideradas como prueba preconstituida, reproducible en el juicio oral, y este vicio de origen impedía aceptar como prueba de cargo la lectura en dicho acto de tales declaraciones.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que: *el rechazo de la virtualidad probatoria de dichas declaraciones, que tiene su fundamento directo en la interdicción de indefensión establecida en el art. 24.1 CE, viene corroborado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, por lo establecido en el art. 6.3 d) del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, habiendo señalado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice*

*públicamente (art. 6.1), que por regla general, estos derechos imponen acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1990, asunto Delta; 19 de febrero de 1991, asunto Isgró; 26 de abril de 1991, asunto Asch; 28 de agosto de 1992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1993, asunto Saidi). La conclusión inevitable es, por tanto, la imposibilidad constitucional de aceptar como prueba de cargo la lectura en el acto del juicio de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción por el coimputado ...*

**5.3.4.** La Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003, antes mencionada, luego de referirse al importante precedente de la Sentencia 31/1981 y a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral, se refirió a las excepciones a esta regla general, recordando que en ocasiones es posible integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación<sup>42</sup>, o el contenido de las pruebas practicadas anticipadamente<sup>43</sup>.

*Singularmente, en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim, hemos resaltado en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la fase sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues sólo de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del*

<sup>42</sup> Como los supuestos de los arts. 714 y 730 LECrim.

<sup>43</sup> Previstas en el art. 657.3 LECrim. para el proceso ordinario, y en los arts. 781.1, 784.2 y 785.1, para el procedimiento abreviado, según la nueva redacción dada por la Ley 38/2002.

*juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas (...).*

*El supuesto que analizamos no es uno de los recogidos en los arts. 714 y 730 LECrim. No estamos aquí ante una rectificación o retractación de un testimonio sobre la que se puedan pedir explicaciones a su autor, ni ante una prueba cuya reproducción sea materialmente imposible, sino en el trance de analizar la virtualidad probatoria de la declaración del recurrente, que asistió al acto del juicio y que, como antes se dijo, ejerció su derecho a no declarar, guardando silencio ante la pregunta de las acusaciones y de su propia defensa. Desde la perspectiva de la inmediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio. Pudo por ello valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores. Atendiendo a las exigencias de publicidad del debate (esencial en este tipo de supuestos, como se recoge en el párrafo 81 de la STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España), ya hemos expuesto antes cómo el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron.*

Se refiere entonces a la Sentencia 14/2001, que resolvió un caso similar, así como a la Sentencia 80/1986, recordando que: “este Tribunal tiene señalado que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de ‘por reproducidas’ del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucio-

nal, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (...). La STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero, ..., en las que se catalogan los requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales: debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido”.

**5.3.5.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2005*, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001 (caso “Luca”), ha afirmado que se produce una vulneración constitucional cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario.

Precisamente, en el caso concreto la declaración de la víctima del robo inculcando al recurrente como autor del mismo se había producido desde un principio con carácter de prueba anticipada, dada la condición de extranjero no residente en España del testigo, declarando ante el Juez instructor y a presencia del abogado del acusado, luego el Tribunal Constitucional concluye que la misma tuvo lugar con la debida garantía de contradicción, habiendo sido introducida en el juicio dicha prueba mediante la lectura de la misma.

5.3.6. Como se dijo, el Tribunal Supremo viene declarando repetidamente que el principio de inmediación reconoce excepciones en casos de necesidad y que cuando el testigo no puede ser hallado, ha fallecido o se encuentra gravemente enfermo o fuera de la jurisdicción del Tribunal y la posibilidad de su comparecencia dentro de un plazo razonable no puede ser asegurada, es posible recurrir a las declaraciones ya prestadas durante la instrucción, conforme a lo establecido al respecto en el art. 730 LECrim.<sup>44</sup>.

#### 5.4. Principio de contradicción.

Aparte de la oralidad e inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, y, por tanto, al principio de “igualdad de armas” procesales, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo, pudiendo acceder a cualquier prueba y alegar cuanto se considere oportuno al respecto, evidentemente con la legítima finalidad de poder influir sobre la decisión del Juez, de forma que se favorezca sus propios intereses. Garantiza, pues, la posibilidad de la defensa de interrogar a los testigos y demás personas que declaren ante el Tribunal.

Además, este requisito de la contradicción viene expresamente exigido por el art. 6.3.d) del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y por el art. 14.3.e) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Desde bien temprano el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de este principio, instrumento esencial para una adecuada defensa. Así, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (“caso Saïdi c/ Francia”), afirmó dicho Tribunal que si la condena se basa en testimonios, obtenidos antes del juicio, respecto de los

---

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, entre otras muchas: Sentencias de 22 de febrero de 1999, 23 de julio de 2001 y 30 de enero de 2003.

cuales el inculpado no ha podido interrogar o hacer interrogar a los que los han formulado, “la ausencia de toda confrontación priva al acusado ... de un proceso equitativo”, señalando que “no desconoce las importantes dificultades de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, en particular en materia de búsqueda y administración de las pruebas, así como tampoco la desolación que dichos delitos provocan en la sociedad, pero estima que no deben conducir a limitar a tal punto los derechos de la defensa de todo acusado”.

**5.4.1.** Con toda rotundidad, en el mismo sentido que el Tribunal Europeo, afirmaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1998* que el principio de contradicción, *constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo*. También la *STC 86/1999* ha hecho hincapié en la importancia de este principio, recordando su doctrina mantenida desde la *STC 31/1981*: “*el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (...)*”. Esta misma *STC* hace referencia a los supuestos de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio, señalando la posibilidad de pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas conforme a la ley procesal, “*pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula por reproducidas del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado*”.

Como puede verse, la contradicción debe garantizarse incluso en los supuestos de pruebas preconstituidas y anticipadas. La prueba preconstituida (preexistente al proceso), que tiene más bien su ámbito natural en el proceso

civil, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre las pruebas de alcoholemia<sup>45</sup>, aunque exigiéndose la ratificación de los agentes en el juicio. En realidad, esta llamada “prueba preconstituida” no alcanza su efectividad hasta que se produce esta última circunstancia, que evidentemente facilita la contradicción en el juicio oral, luego, en realidad, es en este acto cuando culmina su producción, no siendo, pues, muy afortunado, el término de “prueba preconstituida”. A mi juicio, la única excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral está representada por las hipótesis de prueba anticipada, reguladas muy restrictivamente en la ley, y en las que también se debe garantizar la contradicción, primero en su ejecución, permitiendo a la defensa su comparecencia durante el interrogatorio, para que pueda preguntar al testigo<sup>46</sup>, y, más tarde, en el juicio oral, cuando se proceda a su lectura, permitiendo a la defensa la posibilidad de confrontar su contenido con las otras declaraciones testificales en el juicio oral<sup>47</sup>.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2001*, a la que antes me refería otorgó el amparo en un caso en el que el recurrente había sido condenado exclusivamente por la declaración prestada en la fase sumarial ante el Juzgado Central de Instrucción por uno de los coimputados, sin que en dicha diligencia hubiera estado presente el recurrente o su Abogado y sin que el mencionado coimputado hubiera comparecido al acto del juicio. En realidad, en este caso, aparte de la reducida consistencia que siempre tienen las

---

<sup>45</sup> V. Sentencias del Tribunal Constitucional 100, 101, 145 y 148/1985, entre otras; también se ha admitido esta consideración de «prueba preconstituida» en aquellos supuestos de pericias practicadas antes del juicio; v. Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1991, que se refiere al certificado de un médico forense y a un examen médico.

<sup>46</sup> V. Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1999.

<sup>47</sup> V. Sentencia del Tribunal Constitucional 200/1996.

declaraciones de los coimputados, en la declaración ante el Juez instructor que se le había tomado, no estuvo presente ni siquiera el propio recurrente en amparo, que resultó condenado sobre la base exclusivamente de la declaración del coimputado rebelde. Pero, a mi juicio, aun en la hipótesis de que hubiera estado presente, no se podría tomar en consideración su declaración sin haber estado presente un abogado, que es lo que permite precisamente que tenga lugar realmente una contradicción. Es decir, sin asistencia letrada, que precisamente tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (Sentencia 229/1999), difícilmente podrá entenderse que se ha dado cumplimiento a la necesaria contradicción y, con ello, al derecho de defensa.

**5.4.2.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*, antes mencionada, resolvió un caso en el que el recurrente había dirigido su recurso de amparo contra resoluciones de la Audiencia Provincial y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo condenaron por un delito de estafa, alegando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque la condena se había sustentado en declaraciones realizadas en la fase de instrucción que no se habían leído en el juicio oral, y en el que el recurrente se había retractado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional rechazó esta pretensión del recurrente, destacando que lo que era realmente relevante es que el resultado de la diligencia practicada en fase sumarial accediera al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia de publicidad, inmediación y contradicción.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, pues, rechaza en el caso concreto la vulneración constitucional alegada, pues lo cierto es que el autor del testimonio estuvo a disposición del órgano sentenciador (inmediación), luego éste se pudo formar un juicio sobre su credibilidad, habiendo señalado incluso la Sentencia de instancia que el declarante se mostró tibio y balbuceante en el acto del juicio, en franca contradicción con la rotundidad de sus ante-

riores declaraciones, haciéndole ver el Ministerio Fiscal, así como el Presidente, la contradicción en que estaba cayendo, y que no supo explicar. Añade la Sentencia que las declaraciones realizadas por aquél en la fase de instrucción recibieron la publicidad constitucionalmente exigible a través del interrogatorio, “y ello “pese a no haber sido leídos los folios sumariales en que se documentaron” (...), como puede comprobarse en el acta del juicio oral en la que constan sus manifestaciones de que “lo que dijo en Comisaría no era verdad”, abundando en “que no conoce de antes al coacusado”; “que trató con 2 personas que decían que trabajaban para ... “ o que “el declarante nunca ha tenido tratos con ...”. Pues bien, acreditada la inmediación y la publicidad, ha de entenderse que igualmente fue posible la contradicción, desde el momento en que la defensa del recurrente en amparo pudo también interrogar al declarante. En este punto, hay que insistir en que es “la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (...).

En conclusión, por las razones expuestas, debe rechazarse la tacha de invalidez constitucional de la toma en consideración por la Sentencia impugnada de las citadas pruebas por falta de contradicción, inmediación y publicidad”.

## 6. Empleo de nuevas técnicas audiovisuales en el juicio oral; el sistema de videoconferencia.

**6.1.** Poco a poco se han ido aceptando en el derecho comparado las nuevas técnicas audiovisuales como medio para poder aportar pruebas válidas al proceso penal, en especial tratándose de testigos menores de edad<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Cfr., en este sentido, por ej., el § 58 a de la StPO alemana, que prevé que la declaración de un menor de 16 años que haya sido víctima de un delito se pueda grabar con medios audiovisuales, así como la de otros testigos que no puedan estar en el plenario y cuya declaración sea necesaria para la averiguación de la verdad.

Ahora bien, no todas estas técnicas son plenamente satisfactorias. Así, la presentación en juicio de un testimonio grabado en un medio audiovisual<sup>49</sup>, en un vídeo (“declaración en conserva”), es claro que supone una excepción al principio de inmediación, que exige que el Juez esté en comunicación directa con las partes del proceso. La posibilidad de que un Tribunal que no puede preguntar por sí mismo al testigo y al acusado pueda convencerse “en conciencia”, es dudosa, salvo que en tal caso, esto es, cuando los jueces no hayan podido despejar alguna duda por la imposibilidad de preguntar por sí mismo a los testigos o al acusado, apliquen el principio *in dubio pro reo*. El Juez o Tribunal sólo puede formar su convicción sobre la base de la prueba producida oralmente en su presencia y directamente percibida.

Sin embargo, hoy en día hay medios técnicos que sí podrían permitir la necesaria inmediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo, y cuya utilización, por consiguiente, sí podría admitirse, excepcionalmente, siendo de especial importancia en aquellos casos, de una extraordinaria relevancia en determinados lugares de la geografía española, por la especial trascendencia que tiene el turismo, en los que un número importante de delitos los sufren extranjeros y turistas de otras Comunidades Autónomas, que difícilmente pueden asistir al juicio oral, pues cuando éste llega a celebrarse aquéllos se encuentran ya en sus respectivos países y Comunidades de procedencia.

Me refiero al sistema de videoconferencia, que permite una comunicación en ambos sentidos durante las sesiones del plenario, cuyo uso es compatible con los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción,

---

<sup>49</sup> Por ej., la llamada “diligencia de interrogatorio europea” del art. 32.1 a) del *Corpus Juris* Europeo.

y evitaría la suspensión de no pocas vistas por incomparecencia de la víctima, muchas veces único testigo de cargo, por lo que es claro que sin su testimonio sería imposible obtener una sentencia condenatoria; en otros casos llega a celebrarse el juicio, a pesar de no comparecer el testigo, citado e incomparecido con anterioridad en varias ocasiones, dictándose entonces una sentencia absolutoria por falta de prueba ante dicha incomparecencia, produciéndose así una situación de impunidad de hechos delictivos y, por tanto, de fracaso en su persecución y de desconfianza en el propio sistema.

El sistema de videoconferencia puede ayudar considerablemente a evitar muchas de las suspensiones que tienen lugar, especialmente en zonas turísticas. Además, con el sistema de videoconferencia, que exige la colocación de dos pantallas, una en la sede de la Audiencia Provincial y otra en la Embajada para el caso de víctimas extranjeras, se evita en buena medida la estigmatización de la víctima y la segunda criminalización, al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, consecuencia de especial intensidad y que habría que prevenir en los delitos contra la libertad sexual, relativamente frecuentes, sobre todo en los supuestos en que aquélla es menor de edad; en estos casos y otros de testigos protegidos, se podría utilizar, incluso, un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido: de sala de vistas a declarante, situado en otra sala).

Evidentemente, su práctica gozaría de la fe pública del Secretario del Tribunal, aunque la identificación de los datos personales del sujeto, por lo general la propia víctima del delito, tendría lugar ante el cónsul, también fedatario, si dicho sujeto reside fuera del territorio nacional, o ante cualquier otro fedatario público si reside en otra parte del territorio nacional.

El coste de este sistema, una vez amortizado el gasto de adquisición, es muy inferior al que corresponde a la indemnización por traslado<sup>50</sup>.

**6.2.** En España se han introducido ya las oportunas reformas legales para hacer realidad el eventual empleo de estas nuevas técnicas.

Así, la Ley Orgánica 13/2003 introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 229.3, que dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguardia del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Más concretamente, el nuevo art. 731 bis LECrim. afirma que “el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición, resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. Fernández del Torco Alonso, J.M., “Aspectos procesales de la delincuencia en zonas turísticas”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998 (diciembre), pp. 79 y ss.

<sup>51</sup> V. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, en el que este Tribunal defiende la excepcionalidad de la utilización de la videoconferencia, señalando al respecto que “no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos”.

## 7. Prueba suficiente

**7.1.** En el sistema actual de libre valoración, como se dijo, el Juez es libre para obtener su convencimiento, no estando vinculado a reglas legales sobre la prueba. Por tanto, *la suficiencia de la prueba no ha de valorarse desde un punto de vista cuantitativo.*

Corresponde al juez o tribunal sentenciador o de instancia valorar la prueba practicada y alcanzar la necesaria convicción acerca de la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, con independencia de la clase de prueba que sea y de la cantidad de prueba de que disponga, siempre que se haya obtenido con las necesarias garantías, y con independencia del siempre posible control de la ponderación que lleve a cabo el Tribunal de instancia sobre la prueba, que debe ajustarse a criterios racionales.

**7.2.** Incluso las *declaraciones de la víctima*, como único testigo, pueden erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Así, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2000* afirmó, reiterando su doctrina (*Sentencia 64/1994*), *que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (...).*

En el mismo sentido, en su *Sentencia 194/2002* ha insistido en que *la declaración de la víctima, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testimonial y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso.*

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que *la declaración de la víctima puede constituir prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, correspondiendo al Tribunal juzgador la tarea de ponderar las circunstancias concurrentes*

de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 LECrim. (Sentencia de 30 de mayo de 2001).

**7.3.** Por ello, con buen criterio señalaba la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2002* que la corroboración de imputaciones que sólo se basan en la imputación de una persona - evidentemente con más razón si se trata de la víctima o perjudicado por los hechos delictivos - es un requisito de su apreciación según las reglas del criterio racional, que el art. 717 LE-Crim. impone para la valoración de la prueba testifical. Añadiendo que tal corroboración es una condición general de todo testimonio, no sólo de los co-reos y víctimas, pues se trata de una consecuencia necesaria de la eliminación de la antigua regla *testis unus, testis nullus*, cuya finalidad es evitar un juicio arbitrario sobre la prueba testifical.

**7.4.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999*, en cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegada por el recurrente respecto a uno de los delitos por los que había sido condenado, un delito de daños, por entender que no existieron pruebas de cargo de los hechos declarados probados que habían sustentado la condena por dicho delito, afirma, dándole la razón al recurrente, que

*el examen de la existencia de prueba de cargo, una vez constatado que se practicaron pruebas y que se obtuvieron con todas las garantías (...), requiere: Verificar, primero, que las pruebas o alguna de ellas hayan tenido por objeto los hechos que se atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera puede entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado, esto es, que pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, sostener una condena penal. Todo ello, no obstante, con independencia del peso que a cada prueba, en sí misma considerada y en su consideración conjunta, pueda asignársele en orden a sostener la condena, y con independencia, también, del control*

*que pueda ejercer este Tribunal, desde la perspectiva del resultado de la valoración, acerca de la razonabilidad del nexo establecido por el órgano judicial entre la prueba y la atribución de responsabilidad criminal al acusado.*

En el caso concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de la existencia de un vacío probatorio absoluto sobre los hechos probados que habían sustentado la condena del recurrente por el delito de daños, anulando, en consecuencia, la Sentencia impugnada en cuanto a los pronunciamientos relativos a la condena por este delito.

## **8. La prueba de indicios.**

### **Su legitimidad constitucional**

En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, basado, no en un juicio de valor, sino en un juicio lógico-inductivo, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa<sup>52</sup>; piénsese, por ejemplo, en la prueba de ADN.

Su legitimidad constitucional, pues, está fuera de toda duda, siempre que la misma cumpla los necesarios requisitos, a los que reiteradamente se han referido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

**8.1.** Desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la validez de la prueba de indicios, como es el caso de las Sentencias, básicas en esta materia, 174 y 175 de 1985, en las que se puso de manifies-

---

<sup>52</sup> Cfr. Tomás y Valiente, F., “*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1987, p. 32.

to la compatibilidad de esta prueba con el derecho a la presunción de inocencia, la distinción entre pruebas indiciarias y simples sospechas, y los requisitos necesarios para que aquéllas puedan llegar a desvirtuar la presunción de inocencia.

A estos requisitos, reiterando la legitimidad como prueba de cargo de los indicios, se refirió *Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1998*. En el caso resuelto por esta Sentencia, la principal vulneración constitucional alegada por el recurrente era la del derecho a la presunción de inocencia, que habría cometido tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo condenó por delitos contra la salud pública y contrabando, como la Sentencia del Tribunal Supremo que la confirmó en casación. El recurrente consideraba que no había en su contra prueba de cargo alguna en la que se pudiera fundar la condena, como efectivamente así lo entendió la Sentencia del Tribunal Constitucional, otorgándole el amparo solicitado. Las pruebas que habían fundado la condena del recurrente se reducían a su presencia en el aeropuerto acompañando a una de las coimputadas y las contradicciones que la Audiencia halló en las declaraciones de ambos. La Sentencia puso de manifiesto que la primera aparición del recurrente se produjo cuando la mencionada coimputada se le acercó a la salida del aeropuerto, intercambiando unas palabras y ciertos gestos, no constando ni el contenido de aquéllas ni la intención de éstos; salvo su presencia en el aeropuerto esperando en la salida a la coimputada, ningún otro acto le implicaba y tampoco las otras condenadas le atribuyeron en la operación participación alguna. No obstante, la Audiencia Provincial había considerado desvirtuada la presunción de inocencia sobre la base de aquellos indicios, unido a ciertas contradicciones en las declaraciones del recurrente y de la coimputada.

Afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional que “la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado esta-

blecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; y, puesto que este Tribunal no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.1 CE (...) la revisión de su enjuiciamiento sólo tiene lugar por la vía del recurso de amparo cuando exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad”. En particular, la Sentencia reitera la legitimidad como prueba de cargo de los indicios, siempre que concurren los requisitos necesarios. Concretamente, señala que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas son los siguientes:

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados, pues se entiende que no es posible basar una presunción, como lo es la prueba indiciaria, en otra presunción.
- b) *Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria.*

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que no era posible entender que de la presencia del recurrente en el aeropuerto pudiera inferirse la intervención del mismo en el delito de tráfico de drogas por el que había sido condenado, por lo que concluyó afirmando que las Sentencias impugnadas habían vulnerado su derecho a la presunción de inocencia; la de instancia por la apreciación que hizo de las pruebas, y la de casación al no haber corregido la insuficiencia probatoria de la misma para la conclusión condenatoria pronunciada.

**8.2.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998*, sin embargo, confirmó la razonabilidad de la inferencia

realizada en el caso concreto por el Tribunal Supremo, realizando importantes declaraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia y la prueba de indicios, y señalando, en lo que al engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia se refiere, que la falta de concordancia con las reglas del criterio humano – la irrazonabilidad – se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

En particular, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional,

“podríamos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada. Así, nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución (STC 105/1988); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o, finalmente, la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998)”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2002* llegó a la conclusión de que la sanción disciplinaria que se le había impuesto al recurrente - interno en un centro penitenciario - se había fundado en una inferencia excesiva-

mente abierta, débil e indeterminada (ser destinatario por segunda vez de una carta que ocultaba una sustancia que parecía droga).

“Ciertamente, hemos mantenido que el art. 24.2 CE no se opone a que la convicción se logre a través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también ha declarado que no se opone al contenido del art. 6. 2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (casos Pham Hoang contra Francia, de 25 de septiembre de 1992, § 33, y Telfner contra Austria, de 20 de marzo de 2001, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común. Esta es, hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas (...). Como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 de diciembre (FJ 2), el engarce lógico ha de estar asentado en una “comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.

*Por lo tanto, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (...).*

**8.3.** Un aspecto esencial de la prueba indiciaria es el de la *pluralidad de indicios*, aunque en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se ha exigido este requisito, salvo en algún caso aislado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo que viene exigiendo, como se ha podido ver, es que *la inferencia que se realice sea razonable*, con independencia de que sean uno o varios los indicios concurrentes en el caso concreto.

Otro punto de vista sigue el Tribunal Supremo que sí viene exigiendo una pluralidad de indicios<sup>53</sup> (*indicium unus, indicium nullus*). Así, con ocasión de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1996*, los recurrentes habían impugnado el razonamiento de la Audiencia Provincial que había llevado a ésta a determinar la autoría de los acusados en la producción de un incendio que produjo daños por varios millones de pesetas, sometiendo a crítica cada uno de los indicios en los que aquel Tribunal había fundamentado su convicción.

La Sentencia del Tribunal Supremo repasa los indicios en los que la Audiencia apoyó sus conclusiones, señalando que

“el Tribunal a quo sostuvo, en primer lugar, que el foco causante del incendio se encuentra en un pequeño trozo de algodón situado en la base de un cubo de plástico, remitiéndose para sostener esta acusación a los informes obrantes en la causa. En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que el incendio sólo se pudo producir desde el interior, pues ello surge del informe del Laboratorio ... Por último, la Audiencia tuvo en cuenta que los acusados eran los únicos tomadores de las llaves del local”, añadiendo que “los recurrentes no cuestionan las bases probatorias de estos indicios, sino su efecto indiciario mismo. El criterio en el que se basa el recurrente, sin embargo, es equivocado. En

---

<sup>53</sup> Cfr., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1998, 25 de marzo de 1998, 9 de junio de 1998, 1 de abril de 2000 y 29 de enero de 2002.

efecto, es claro que una exigencia básica de la prueba de indicios es la necesidad de que los indicadores sean plurales. Tal requisito se explica precisamente porque individualmente considerado cada indicio no es una prueba acabada e irrefutable. Por el contrario, la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda. Esto es lo que ocurre en el presente caso. El razonamiento de los jueces a quibus es, por lo tanto, correcto: el incendio tiene su foco desencadenante dentro del local, a él sólo tienen acceso los procesados y además es posible descartar que el fuego se haya producido desde fuera o de manera fortuita. La conclusión es tanto lógica como empíricamente correcta, pues no vulnera ninguna regla del razonamiento inductivo, ni contradice máxima alguna de la experiencia. Sobre todo desde este último punto de vista es claro que una causa que se activó dentro de un recinto al que sólo tienen acceso determinadas personas, sólo puede haber sido puesta por éstas, descartado, como ha quedado, que el incendio haya sido causado desde fuera”.

Por su parte, la Sentencia de 15 de julio de 1996 del mismo Tribunal, afirmó que “la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite, ante la repetición coincidente de una misma posibilidad, compensar la falta de contundencia probatoria de cada indicio individualmente considerado”.

**8.4.** De todos modos, no faltan resoluciones condenatorias de la Sala Segunda basadas en un único indicio, que incluso han sido objeto de posterior análisis, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, por el Tribunal Constitucional, como en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 135/2003*, que ratificó la suficiencia de la prueba de cargo afirmada tanto por el Tribunal de instancia como por el propio Tribunal Supremo en un caso en el que se había producido la condena del recurrente – por un delito de robo –, fundada en un indicio, concretamente la existencia de una huella dactilar de aquél en la puerta interior de una entidad bancaria.

Esta Sentencia reitera que a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes *requisitos*, que permiten distinguirla de las simples sospechas:

- a) que parta de *hechos plenamente probados*; y
- b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un *proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano*, explicitado en la Sentencia condenatoria.

Según esta Sentencia del Tribunal Constitucional sólo cabe apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada, y en el caso concreto resuelto la Sentencia afirma el carácter no irrazonable de la inferencia realizada por los órganos judiciales

*tanto desde el punto de vista de su lógica o coherencia (resulta conforme a las reglas de la lógica concluir, a partir de la presencia de las huellas dactilares del recurrente en el lugar de los hechos, su participación en los mismos), como desde la óptica del grado de solidez requerido. En efecto, que se tratara de huellas frescas y nítidas, por tanto impresas en un tiempo próximo al de la presencia policial en el lugar; que se encontraran en la puerta interior del banco, lo que indica que se penetró en el mismo, en contra de lo mantenido por el recurrente, convirtiendo en cuestionable la credibilidad de su testimonio; que la versión del acusado aporte un dato —que le fue a buscar un amigo—, coincidente con el testimonio de una de las testigos, según la cual al autor del hecho le esperaba otra persona en la puerta, unido a la inexistencia de una explicación alternativa suficientemente sólida que justifique la presencia del recurrente en el lugar de los hechos (futilidad del relato alternativo que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, pero sí servir como elemento de corroboración de los indicios a par-*

*tir de los cuales se infiere la culpabilidad: ...), permite afirmar que la conclusión del Tribunal sentenciador no es excesivamente abierta o indeterminada.*

*Ningún otro juicio compete a este Tribunal, pues conviene recordar, de un lado, que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que “el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo” (...) y, de otro, que “entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos.*

**8.5.** Muy interesante resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2000*, una de las recaídas en el “caso Filesa”, que vino a recoger la doctrina de este Tribunal tanto sobre el derecho a la presunción de inocencia, como sobre la prueba de indicios.

En el caso concreto, la cuestión planteada por el recurrente estaba referida a la prueba indiciaria. Dijo al respecto la Sentencia que

“nuestra doctrina, partiendo de que en la prueba de indicios lo característico es que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia (que consiste en que el sentido común implica que la realización acreditada de un hecho comporta su consecuencia) ha girado generalmente sobre la razonabilidad de este engarce, aunque afirmando también la necesidad absoluta de que el hecho base o indicio esté acreditado (...). En suma, la especialidad de las presunciones como método probatorio reside en que, en el proceso penal, la acreditación de la conducta punible, es decir de los presupuestos fácticos que configuran la conducta típica y de la participación en ellos del acusado, se produce no a través de la valoración de un medio de prueba directo, sino de la acreditación de otra

afirmación de hecho de la que puede desprenderse, en un proceso de razonamiento lógico, tales presupuestos. Si, con carácter general, hemos mantenido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede producirse tanto cuando no existan pruebas de cargo válidas, como cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando el discurso motivador sea irrazonable por ilógico o insuficiente, cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del iter discursivo del Tribunal cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, por aplicación de nuestra doctrina, es preciso analizar, desde el límite enunciado al principio, tanto que el hecho base ha resultado probado, como que el razonamiento (en definitiva el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido) es coherente, lógico y racional. Esta es la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas. Aquélla implica una verdadera manera de acreditar un hecho delictivo y la participación que en él tuvo el recurrente. Éstas no son sino suposiciones que no logran desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En aplicación de dicha doctrina, en resumen, hemos mantenido que para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas ha de gozar de los siguientes requisitos:

- a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados;
- b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados;
- c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicité el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o, como sostuvimos en la STC

169/1986, de 22 de diciembre (FJ 2), en una “comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”.

En consecuencia, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (...). Lo que, en palabras nuevamente de la STC 169/1986, legitima la presunción judicial como fundamento de una condena es el “rechazo de la incoherencia y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, en sus fundamentos jurídicos 15 a 23, examina el caso concreto que se le planteaba, los medios de prueba practicados y la valoración realizada por el Tribunal Supremo, descartando la lesión del derecho a la presunción de inocencia por lo que se refiere al delito de asociación ilícita, pero apreciando, en cambio, tal lesión respecto al otro delito por el que se había condenado al recurrente, esto es, el delito de falsedad documental, concluyendo al respecto que

“el órgano judicial carecía de una prueba de cargo directa para acreditar que el recurrente intervino como inductor incluso, en la confección, emisión y cobro de la factura. En primer lugar porque el mismo testigo principal (el contable de la empresa) mantuvo que ni siquiera conocía al demandante, ni lo vio jamás en las oficinas de la empresa. En segundo lugar porque el acusado negó siempre su participación en los hechos. Seguidamente porque de la prueba documental no se desprende la intervención del

recurrente en la creación de la factura, ni en el encargo del informe, ni en su cobro. Además, porque ninguno de los otros acusados le imputaron esta conducta. Finalmente porque tampoco se utiliza en la Sentencia la prueba documental directamente referida a este acusado (los documentos obtenidos en registros) para acreditar la participación del recurrente en estos hechos. Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, si bien es cierto que la relevante participación del recurrente en el capital social de Time Export, S.A., constituye un dato que debe ser tenido en cuenta a efectos de su conceptualización como incurso en el delito de asociación ilícita, no es de por sí suficiente, sin estar sustentado por otros indicios, para obtener de él la inferencia de que ha influido sobre la actuación del órgano de administración de la sociedad en cuyo curso se cometió el delito de falsedad por el que resulta condenado. La intervención en un hecho delictivo concreto (la falsificación de un documento mercantil, por simulación total), se induce en virtud de un razonamiento no sólo excesivamente abierto y débil, sino profundamente equívoco, pues de él, con arreglo a criterios comunes de experiencia, no puede inferirse sin más que el acusado participó como inductor o cooperador necesario, cuando no era administrador, ni gerente, ni tenía poderes de administración, ni intervino en la contabilidad de la sociedad, por lo que se vulnera su derecho a la presunción de inocencia. Lo que conduce a estimar parcialmente la presente demanda de amparo, en lo que se refiere a la condena del recurrente como responsable de un delito de falsedad en documento mercantil”.

**8.6.** Muy interesante es la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999*, que resolvió un recurso en el que el acusado, básicamente, había alegado que las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, que lo condenó por un delito de homicidio, no se ajustaba a los principios que rigen la prueba indiciaria. En particular, los indicios tomados en consideración por aquel Tribunal para condenar al acusado habían sido los siguientes: 1, la existencia de una situación de amistad

entre el acusado y la víctima; 2, contradicciones evidentes en que incurrió el acusado en sus declaraciones; y 3, sangre de la víctima en el pantalón vaquero entregado por la persona que convivía con el acusado.

Pues bien, la mencionada Sentencia, luego de señalar que los indicios deben estar probados, ser varios y concordantes, y de afirmar que no todos los indicios tienen el mismo valor indiciario, distingue

“entre indicios “débiles” e indicios “fuertes”, según el valor indiciario de los mismos. Los indicios “débiles” tienen sólo un valor acompañante y dependiente de otros indicios “fuertes”. La diferencia entre unos y otros estará dada por la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general. Por regla la suma de indicios “débiles” no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera”.

En el caso en particular dice la Sentencia que los dos primeros indicios tenían un valor probatorio especialmente débil, dependiendo incluso del tercero, el relativo a las manchas de sangre en las ropas del acusado. Este último, en cambio, era un indicio de gran consistencia, pues ponía de manifiesto que el acusado había estado en contacto con la víctima, pues, de lo contrario, no se podría explicar su aparición en el pantalón, a lo que se añadía el hecho de que el pantalón fue lavado inmediatamente después del hecho, lo que constituía una demostración, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, de que el acusado quiso eliminar aquellas manchas.

La Sentencia, pues, concluyó afirmando que los indicios fuertes (manchas de sangre de la víctima en el pantalón del acusado y el intento de hacerlas desaparecer) estaban corroborados por los débiles, por lo que desestimó el recurso de casación.

**8.7.** Otra resolución que ha venido a resumir la doctrina sobre la prueba indiciaria es la *Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2005*, en la que se insiste que a falta de

prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar una condena sin menoscabar por ello el derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) se parta de hechos plenamente probados, y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que la Sentencia condenatoria debe detallar.

Esta misma Sentencia aclara que si bien en alguna ocasión se ha afirmado como ajustado a las normas de la experiencia y, por tanto, admisible, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad, tal deducción ha de realizarse en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles<sup>54</sup>, no, como en el caso resuelto, cuando no existe ningún otro elemento de prueba, razón por la que otorga el amparo.

**8.8.** Dos últimas sentencias han tenido de nuevo ocasión de referirse a esta clase de prueba. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2005*, que una vez más se refiere a los mismos requisitos que legitiman su apreciación, esto es, que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos que constituyen el delito se puedan deducir de los indicios a través de un proceso mental razonado, de acuerdo con el criterio racional, que debe expresarse, además, en la Sentencia condenatoria. Esta Sentencia aclara que “el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, como desde su suficiencia o calidad concluyente”<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Así, por ejemplo, en la Sentencia 202/2000.

<sup>55</sup> Se reitera la doctrina en esta materia en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2005*.

## 9. La prueba sobre hechos internos

Una problemática muy próxima a la técnica de la prueba por indicios plantea la prueba cuando ésta recae sobre *hechos internos*, como es el caso del dolo y demás elementos subjetivos necesarios para la imposición de la pena. Así, el dolo requiere, al menos, un conocimiento por parte del acusado de lo que hizo, es decir, recae sobre un objeto que, en palabras de Hassemer, se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona<sup>56</sup>, luego, para su averiguación, es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria. Por ejemplo, afirmar que el autor ha obrado con *animus necandi* o con *animus laedendi*, supone la descripción de un hecho psicológico, interno, que sólo es inducible a partir de aspectos externos del comportamiento del sujeto. Como decía la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1989, utilizando la terminología de los clásicos: “la intención de matar es un *factum internum* que debe ser indirectamente deducido de situaciones externas”.

Y en su importante *Sentencia de 23 de abril de 1992* (“*caso del aceite de colza*”), decía que

“cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudir a denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate”.

En el mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995 afirmaba* que la cuestión de la afirmación de una finalidad, de un conocimiento o de cualquier otro aspecto psicológico típicamente relevante de la acción deber ser inferido de indicadores exteriores y por

---

<sup>56</sup> *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 169.

ello se debe basar en máximas de experiencia, cuya correcta determinación y aplicación puede ser controlada en casación en la medida en que afecta al aspecto racional del juicio del tribunal sobre los hechos subjetivos. Y en la medida en que podría afectar al derecho a la presunción de inocencia, entiendo que también sería posible el control, en su caso, en sede de recurso de amparo constitucional.

Evidentemente, una cosa es la prueba del dolo<sup>57</sup>, sobre la base de dicha inferencia<sup>58</sup>, y otra diferente la subsunción de este elemento subjetivo, para lo que se requiere, como en los demás elementos del tipo penal y del delito, una definición. Y, en particular, con relación al dolo, hoy en día el Tribunal Supremo español parece aproximarse a la teoría del riesgo, defendida, entre otros, por Frisch<sup>59</sup> y Jakobs<sup>60</sup>. Esta posición se observa con claridad en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, recaída en el “caso de la colza”, cuando afirma que “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos”<sup>61</sup>. Por ello, en el caso concreto, frente a la tesis mantenida por la

---

<sup>57</sup> Naturalmente, *la constatación del dolo es una cuestión jurídica*, que se debe inferir a partir de determinados indicios, que permiten esclarecer el conocimiento del autor en el momento de llevar a cabo la acción, no una cuestión pericial psicológica, que dependa de lo que digan al respecto los psicólogos.

<sup>58</sup> Cfr. Pérez del Valle, C., *Teoría de la Prueba y Derecho Penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 3, Madrid, 1999; Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

<sup>59</sup> Cfr. *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 118 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1991, 8/23, y en la versión española a cargo de J. Cuello y J.L. Serrano, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, pp. 327 y ss.

<sup>61</sup> El mismo punto de vista se ha seguido posteriormente; por ejemplo, Sentencias de 11-2-1993, 20-2-1993, 28-1-1994, 20-4-1994, 27-1-1997, 18-3-1997, 14-11-1998, 14-5-1999, 29-5-2000, 30-5-2001, 17-10-2002, 27-5-2003, 16-6-2004 y 4-1-2005.

Audiencia Nacional, según la cual respecto de los resultados de muerte sólo hubo imprudencia por parte de los inculpados, el Tribunal Supremo entendió que “si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones”.

## 10. La prueba de la causalidad

En la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2000*, con cita de la *Sentencia del “caso de la colza”, de 23 de abril de 1992*, se recordaba que *la prueba de la causalidad no depende de la prueba del mecanismo causal*, siendo jurídicamente inobjetable la comprobación de la causalidad

“si el Tribunal que no conoció o no pudo conocer el mecanismo de producción del resultado, pudo, al menos, descartar convincentemente la posibilidad de que hayan intervenido otras causas diversas de la acción del acusado”.

En el caso concreto los procesados - Guardias Civiles - habían procedido a la detención de dos personas, declarándose como hecho probado que aquéllos habían propinado a los detenidos que respectivamente custodiaban una serie de golpes por diversas partes del cuerpo, y que en el cuartel los detenidos fueron tumbados en el suelo, esposados con las manos en la espalda, llegando a fallecer uno de ellos por una hemorragia epidural, que no causó lesión superficial en forma de contusión cutánea. La Audiencia, al no haber podido probar el mecanismo que produjo la hemorragia epidural sin haber producido una lesión superficial cutánea, descartó que los procesados propinaran al occiso una patada en la región parietal, por lo que los absolvió. Sin embargo, la *Sentencia del Tribunal Supremo* opuso que admitido por el propio Tribunal de instancia que el derrame epidural obedecía a una causa externa y que debió ser producido con un instrumento diverso de la

patada, el Tribunal debió demostrar qué otras causas permitían explicar la lesión que produjo la muerte. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que

*el razonamiento de la Audiencia se limita a rechazar la tesis de las acusaciones, pero omite totalmente considerar que - probados los malos tratos - era necesario demostrar que la causa de la muerte era distinta de ésta. Sobre todo porque los detenidos estuvieron todo el tiempo en el ámbito de dominio de los acusados y en una posición (tumbados en el suelo y esposados a la espalda) en la que era factible que además de los golpes - para lograr su inmovilidad - se les haya presionado con el pie en la zona parietal cuyo hundi-miento produjo la hemorragia causante de la muerte.*

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo añade que en el caso resuelto el Tribunal *a quo* debió haber explicado qué posibles causas habrían producido el resultado, porque el informe de autopsia, luego de excluir diversas causas internas de la muerte (patología cardíaca, insuficiencia respiratoria, etc.), concluía que la etiología de la muerte era de tipo violento y la causa obituarial de tipo homicida.

La Sentencia del Tribunal Supremo concluyó, pues,

“que el Tribunal *a quo* debió explicar cómo es posible que ninguno de los acusados haya ejecutado una acción causal de la muerte, pero al mismo tiempo la muerte se haya producido dentro del ámbito de dominio de los acusados, por causas violentas y de tipo homicida, habiendo ejercido violencia dichos acusados sobre el occiso, y que los médicos afirmen que se debe excluir que se trate de un impacto contra el suelo y de una autolesión”.

La Sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso formulado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ordenando la devolución de las actuaciones a la Audiencia para que ésta diera una explicación de los criterios con los que estableció la relación de causalidad de la muerte del occiso, eliminando la posibilidad de que los acusados hubieran ejecutado una acción causal de dicho resultado, así como sobre las causas probables que le permitieron explicar la muerte violenta de la víctima.

## 11. Declaración inculpativa del coimputado. Requisitos para su legitimidad constitucional

**11.1.** Ha sido especialmente objeto de discusión el valor que deba darse a las acusaciones que realice el coimputado o coacusado. Incluso, a propósito de algunos casos especialmente tratados en la prensa española, como el caso “Marey”, así como también debido a casos de criminalidad organizada, en los que ha adquirido reconocimiento la figura del arrepentido<sup>62</sup>, se puede afirmar que es una de las cuestiones más debatidas en materia de prueba penal.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la única prueba de cargo consista en la declaración de un coimputado, hay que tener en cuenta que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ex art. 24.2 de la Constitución, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa<sup>63</sup>.

Por ello, decía la *Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998* que

“la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, ..., no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas ..., y, además, la contradicción en la que aquél incide no fue objeto de confrontación”.

En la *Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1998*, con relación a la pretendida debilidad de la inferencia condenatoria realizada por el Tribunal de instancia, a la vista

<sup>62</sup> V. para los delitos de tráfico de drogas, el art. 376 del Código penal, y para los de terrorismo, el art. 579 del Código penal. Muy interesante el trabajo sobre esta figura de Quintanar Díez, M., *La justicia penal y los denominados “arrepentidos”*, Madrid, 1996.

<sup>63</sup> V. Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1995, 197/1995, 129/1996 y 49/1998.

de la condición de coimputado del autor del testimonio que constituía dicha prueba, el Tribunal Constitucional recuerda la jurisprudencia de sus Sentencias 153/1997 y 49/1998:

“Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado ..., es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (...). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, ..., no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente”. Así, pues, continúa diciendo la Sentencia del Tribunal Constitucional, “a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”.

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional no apreció la vulneración de este último derecho fundamental, pues junto con las declaraciones del coimputado la Audiencia Provincial, en la Sentencia impugnada, había tomado en cuenta otros elementos de corroboración.

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluyó señalando la existencia de

*un enlace lógico y suficientemente consistente entre la actividad probatoria practicada y el relato de hechos probados, sin que a partir de ahí, comprobado el respeto al dere-*

*cho a la presunción de inocencia, pueda esta jurisdicción de amparo determinar si un desenlace fáctico alternativo era más razonable y si, en ese análisis, debía considerarse más creíble el testimonio final de quien deponía en condición de testigo y en plenas condiciones de inmediación y contradicción que su propia declaración previa como imputado; declaración que, ..., gozaba de las suficientes garantías para su valoración y que quedaba corroborada por su persistencia durante el procedimiento previo y por la concurrencia de otros datos accesorios. La posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral ha sido reconocido por este Tribunal en numerosas resoluciones ...*

**11.2.** Por su parte, el *Tribunal Supremo*, en Sentencias de 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985 y 12 de mayo de 1986, había afirmado que

*si bien es cierto que la declaración del coacusado no es propiamente un medio ordinario de prueba (...) ni son del todo declaraciones, pues se efectúan carentes de la obligación de veracidad exigible a los testigos, tampoco cabe duda de que este testimonio impropio (...) puede, cuando menos, estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986)<sup>64</sup>, aunque es preciso que esas declaraciones – añade la Sentencia – no hayan sido prestadas por alguien “guiado por móviles de odio personal”, por obediencia a una determinada persona”, ni que la “declaración inculpatória se haya prestado con ánimo de autoexculpación.”<sup>65</sup>*

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en varias Sentencias<sup>66</sup> que las motivaciones de los coacusados que inculpan a otro procesado deben ser

---

<sup>64</sup> Cfr. también, en este mismo sentido, la Sentencia de 7-11-1997.

analizadas con especial cuidado. En este sentido, no puede olvidarse la frecuente utilización en España de inculpaciones de algunos acusados, cuya culpabilidad ya ha sido demostrada, o que ante la abundante o contundente prueba existente se va a demostrar, contra otras personas, a cambio de ciertos beneficios penitenciarios, o, en su caso, a cambio de la aplicación de tipos penales más beneficiosos.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1994* señaló que

*si bien el Juez o Tribunal no debe, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución de condena sic et simpliciter en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión, que habrá de ser valorada a la luz de un conjunto de factores (...)*; a los factores antes mencionados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986, añade ahora la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1994 *“la personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como partícipe.*

---

<sup>65</sup> Todas estas circunstancias, precisamente, hacen altamente perturbadora la *figura del llamado “arrepentido”*, prevista en el art. 376 del Código penal español, en relación con los delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas), que prevé una reducción de pena de hasta dos grados “siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

<sup>66</sup> V. Sentencias del Tribunal Supremo de 16-12-1986, 5-4-1988, 14-9-1989, 27-12-1989, 29-10-1990.

Todas estas cautelas relativas a las declaraciones del coimputado tienen su explicación en las siguientes razones:

- 1ª, el coimputado no tiene la obligación de decir la verdad, incluso puede no responder<sup>67</sup>, sin que pueda emplearse contra él ningún medio coactivo ni intimidatorio<sup>68</sup>;
- 2ª, está prohibido tomarle juramento<sup>69</sup>, incluso en el caso de tratarse de preguntas sobre hechos ajenos;
- 3ª, el coimputado declara sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio<sup>70</sup>.

Estas tres condiciones, como se señalaba en el voto particular a la Sentencia recaída en el “caso Marey” (Sentencia de 29 de julio de 1998), son esenciales “para asegurar la verdad de lo declarado por cualquier testigo”. Sin embargo, en esta polémica Sentencia, el Tribunal Supremo condenó a dos de los acusados (JB, ex Ministro del Interior, y RV, ex Director de la Seguridad del Estado) sobre la base de la versión de los hechos de los coimputados.

El Tribunal Constitucional, a propósito de los recursos de amparo formulados por aquéllos contra la Sentencia de instancia del Tribunal Supremo, entendió que la declaración de los coimputados estaba corroborada, y que, por tanto, podía desvirtuar la presunción de inocencia.

---

<sup>67</sup> V. arts. 24.2 de la Constitución y 389.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>68</sup> El art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), de 16-12-1966 (Nueva York), ratificado por España el 13 de abril de 1977, establece que el inculpado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

<sup>69</sup> V. art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>70</sup> Art. 458 del Código penal español de 1995: “1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses (...)”.

Con relación a este derecho fundamental, el primero de los recurrentes, había alegado su vulneración al haber sido condenado en virtud de una actividad condenatoria - las declaraciones de los coimputados -, que, siendo única, carecía de consistencia plena para desvirtuar aquélla, al no haber sido corroborada, cuestionando también la verosimilitud de la versión de los hechos ofrecida por los coimputados en todos los aspectos de su relato, particularmente en los referidos a la utilización de fondos públicos para la financiación del secuestro y a la imposición de una condición para proceder a la liberación del señor Marey.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2001* responde que

“este Tribunal no puede valorar las pruebas. De modo que el juicio sobre si una determinada prueba es más o menos verosímil y, en concreto, el de si es suficiente para establecer, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado, compete a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex art. 117.1 CE. Al Tribunal Constitucional sólo le corresponde conocer en amparo de las posibles vulneraciones de la presunción de inocencia cuando no exista una actividad probatoria de cargo válida de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad (...)” (FJ. 5). En cuanto a la falta de entidad probatoria de las declaraciones de los coimputados, dice la STC que “ciertamente la declaración del coimputado es, tanto por la posición que ocupa en el proceso cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, sospechosa. Por eso, el “Análisis” del Tribunal Supremo comienza, ..., descartando que concurra algún móvil espurio que impida su valoración. Pero, junto a este requisito negativo, hemos exigido en nuestras Sentencias 153/1997, ..., 49/1998, ... y 115/1998, ..., otro de orden positivo para valorar como prueba las declaraciones de los coimputados, que es el que justifica la alegación que examinamos. “Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado”, se dice en la STC 153/1997, FJ 6, “es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferen-

cia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (...). En términos prácticamente idénticos se pronuncia la STC 49/1998, FJ 5. Ambas Sentencias precisan que la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado no implica valoración de la prueba por parte del Tribunal Constitucional; sino que es sólo una especificación relativa a la existencia o inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo ...”

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso concreto había elementos de corroboración, apreciados como tales por el Tribunal Supremo, que le impedían apreciar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

“A tal efecto, hemos de partir de que, en sede de amparo constitucional, no hemos hablado en ningún momento de la exigencia de una corroboración plena, ni podríamos hacerlo, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica una valoración de tales pruebas o datos que nos está vedada. Ni tampoco hemos procedido a definir qué deba entenderse por “corroboración”; más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa para que pueda estimarse corroborada. Por eso, todo lo que hemos exigido es que la declaración quede “mínimamente corroborada” (...) o que se añada a las declaraciones del coimputado “algún dato que corrobore mínimamente su contenido” (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración. Desde este punto de partida, cabe afirmar que en el presente caso hay un conjunto de hechos y datos (llamada telefónica, documentos del CESID, movimiento de fondos, ausencia de investigación) que no afectan meramente a la coherencia interna y a la credibilidad

de las declaraciones de los coimputados, sino que atañen también a su correspondencia con lo que el Tribunal apreció como realmente ocurrido. De modo que, dejando a un lado la virtualidad en orden a la corroboración que quepa atribuir a cada uno de ellos considerado aisladamente, mal puede negarse que, en este caso, tomados en conjunto, constituyan esa corroboración mínima que nuestra jurisprudencia exige. Estamos ante un conjunto de indicios convergentes de los que la Sala extrae la conclusión de que las declaraciones de los coimputados responden a la verdad. Y tampoco puede negarse que el engarce efectuado por el Tribunal Supremo entre los hechos base y la consecuencia obtenida es “coherente, lógico y racional” (...), por lo que hemos de concluir en la desestimación del amparo por este motivo”.

El segundo de los recurrentes había alegado la misma vulneración constitucional, entre otras, basándola en no haber sido practicada prueba de cargo bastante sobre la que asentar los hechos probados de la Sentencia condenatoria, pues ésta se basaba en la simple declaración de un único coimputado, teñida de interés, a la que se unen simples conjeturas sobre la participación del demandante. En su opinión, el único testimonio que lo implicaba en los hechos era el del señor S, pues los demás coacusados sólo declararon sobre su participación por referencia a lo afirmado por aquél. Todos ellos habrían sido movidos por el deseo de alcanzar la propia exculpación o un tratamiento penal o penitenciario más favorable, e incluso, en algunos supuestos, por una manifiesta enemistad hacia el recurrente. Los testimonios de los coimputados, además, no resultarían verosímiles, por haber incurrido en numerosas contradicciones. Faltaría asimismo el requisito de corroboración de las anteriores declaraciones, ya que de las circunstancias valoradas en la Sentencia no es posible deducir lógicamente su responsabilidad penal en los hechos imputados. En el mismo ámbito de la presunción de inocencia sigue la demanda argumentando que el conocimiento de la condición impuesta para liberar al secuestrado es nega-

do, incluso, por los coimputados. La inexistencia de prueba alguna sobre este punto habría sido suplida en la Sentencia con la conjetura de que ha habido un acuerdo de todos para negar dicho extremo y con una extensión de culpabilidad a todos los partícipes. La misma lesión se imputaba a la condena impuesta por el delito de malversación de caudales públicos al entender que de la prueba pericial nada se podía deducir sobre la entrega del dinero, sobre el cambio de divisas, ni, menos aún, sobre el destino de dicha cantidad, por lo que la lesión resultaría patente.

Dice la *Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001*:

“Ciertamente, la declaración del coimputado es, tanto por la posición que ocupa en el proceso cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, sospechosa. Por eso, el “Análisis” del Tribunal Supremo comienza, ..., descartando que concurra algún móvil espurio que impida su valoración. Pero, junto a este requisito negativo, hemos exigido en nuestras Sentencias 153/1997, ..., 49/1998, ... y 115/1998, ..., otro de orden positivo para valorar como prueba las declaraciones de los coimputados, que es el que justifica la alegación que examinamos. “Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado”, se dice en la STC 153/1997, FJ 6, “es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (...)”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia la STC 49/1998, FJ 5. Ambas Sentencias precisan que la exigencia de corroboración de la declaración del coimputado no implica valoración de la prueba por parte del Tribunal Constitucional; sino que es sólo una especificación relativa a la existencia o inexistencia de una mínima actividad probatoria de cargo ...”

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso concreto había elementos de corroboración, apreciados como tales por el Tribunal Supremo, que le impedían apreciar, como en la Sentencia 68/2001, la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto a la imposición de la condición que determinó su castigo como autor de un delito de secuestro del art. 164 del Código penal de 1995, por la inexistencia de prueba alguna sobre este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional opone que sí hubo actividad probatoria,

“constituida, de una parte, por la declaración sumarial del coimputado Sr. S., declaración que, pese a su ulterior retractación en el juicio oral, cabe valorar puesto que, habiendo sido corroborada, fue leída en dicho juicio, garantizándose así la debida contradicción (...). Y, de otra, por los varios datos que la corroboran: hubo contacto del recurrente con los dirigentes policiales del secuestro, consta la difusión pública del comunicado, que permitió que todos ellos lo conocieran y un comunicado semejante se introdujo en el bolsillo de don Segundo Marey al tiempo de su liberación. Por lo tanto, procede desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia”.

11.3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2002* ofrece un buen resumen de la *evolución jurisprudencial* sobre la incidencia de las declaraciones de los coimputados en el derecho a la presunción de inocencia:

- en una *primera fase*, el Tribunal Constitucional consideró que carecía de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, el que los órganos judiciales hubieran basado su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, pues no existía ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio; la cuestión, pues, quedaba reducida a la credibilidad que pudieran darle aquéllos a la declaración, cuya apreciación correspondía en exclusiva a la jurisdicción ordinaria *ex art. 117* de la Constitución;

- en una *segunda fase* (a partir de la Sentencia 153/1997), que es la que se sigue en la actualidad, el Tribunal considera que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas;

- la Sentencia 115/1998 afirmó que antes de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva de la presunción de inocencia;

- incluso, en las Sentencias 68 y 69 de 2001 se llegó a calificar la declaración de los coimputados, cuando es la única prueba de cargo, como “sospechosa” o “intrínsecamente sospechosa”.

**11.4.** En cuanto a la *exigencia de la corroboración*, la mencionada Sentencia 233/2002, con cita de la Sentencia 68/2001, señala que se concreta en dos ideas:

- *la corroboración no ha de ser plena*, pues ello exigiría entrar a valorar la prueba, algo que le está vedado al Tribunal Constitucional, sino que *basta con que sea mínima*;

- *y la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa*. Dice así la mencionada Sentencia que “no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no”.

“En suma, los pronunciamientos de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración inculpativa de los coimputados, cuando es prueba única, han quedado consolidados con los siguientes rasgos:

a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;

- b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y
- e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad de este Tribunal de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el art. 117.3 CE. Circunstancia que resulta corroborada, además, tanto por la prohibición legal de que entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1 b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria (...).

*Por tanto, a este Tribunal, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia en los supuestos en que las declaraciones incriminatorias de coimputados aparecen como la única prueba en la que se fundamente la condena, sólo le compete verificar su aptitud para ser prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su contenido. No puede entrar, sin embargo, a analizar ni la credibilidad que merezca dicha declaración ni, más allá del control externo de la razonabilidad de las inferencias, si los hechos han quedado acreditados a partir de tales pruebas.*

En el caso concreto, la Sentencia concluyó que las declaraciones del coimputado, única prueba de cargo en la que se había basado la condena del demandante, contaban con la corroboración mínima exigida por el canon constitucional, entendiendo que las coincidencias entre los diferentes datos aportados por el coimputado en sus declaraciones con determinadas circunstancias externas del recurrente, apreciadas en su conjunto, configuraban una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalaban. En particular, la Sentencia de instancia había señalado como elementos corroboradores el hecho de que el demandante fuera el titular del número del teléfono al que el coimputado dijo haber realizado la llamada telefónica, y el hecho de que el demandante tuviera, al tiempo de los hechos, un vehículo de la misma marca, modelo y color que el que, según el coimputado, poseía la persona a la que entregó las joyas robadas a cambio de droga. A ambos elementos de corroboración, el Ministerio Fiscal añadió el hecho de que el demandante fuera conocido como “Cambades”, que es el nombre al que constantemente se había referido el coimputado cuando realizó sus declaraciones.

En parecidos términos se pronunció la *Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2003*, aunque en esta nueva ocasión se otorgó el amparo, con anulación de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, por entender el Tribunal Constitucional que no concurría ningún indicio ajeno a la propia declaración del coimputado que permitiera su corroboración.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2003* ha otorgado el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por una condena que se había fundado exclusivamente en la declaración de un coimputado, sin corroboración alguna, insistiendo en la necesidad de que la veracidad de la declaración del coimputado esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada.

**11.5.** El caso resuelto por la *Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2003* ofrece la peculiaridad de que la declaración del coimputado que había permitido al órgano jurisdiccional basar su condena se había producido – con asistencia letrada – en el procedimiento preliminar, siendo luego incorporada al juicio oral en condiciones de contradicción, aunque retractándose aquél en este último acto.

Según la Sentencia, esa declaración, que había sido corroborada externamente, podía basar válidamente una condena, reiterando que

“la declaración de un coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa. Por ello hemos exigido al menos una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados cuando dichas declaraciones son las únicas pruebas de cargo en las que se basa la Sentencia condenatoria (...).

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también que en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica necesariamente una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis efectuado caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (...).”

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, luego de referirse al análisis sobre la prueba realizado por los órganos judiciales, concluye rechazando la pretendida vulneración constitucional, pues las declaraciones

incriminatorias del coimputado, prestadas en fase sumarial con asistencia letrada, habían sido incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción, siendo ello suficiente para que tales declaraciones sean constitucionalmente aptas a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia, existiendo además, en el caso concreto, la mínima corroboración externa (contenido de aquellas declaraciones en cuanto a la hora y modo de comisión de la sustracción, coincidente con los datos del atestado, llevados al juicio oral mediante la correspondiente declaración, así como la identificación del lugar en que se había producido el hecho y el conocimiento de los apodos de los que fueron condenados), pudiendo el órgano judicial que dicta la Sentencia dar mayor credibilidad al contenido de aquella declaración sumarial que a la retractación expresada por el recurrente un año después, retractación que el órgano judicial había considerado carente de toda argumentación lógica.

**11.6.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2005*, que otorga el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en el que el recurrente había sido condenado en base a las declaraciones de unos coimputados que no estaban corroboradas, aunque las mismas eran coincidentes, ofrece un amplio resumen de la *doctrina sobre la suficiencia de las declaraciones de coimputados para enervar la presunción de inocencia*, que, en síntesis, es el siguiente:

- *Las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.*
- *La exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por un parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa.*

- La *corroboración mínima* resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.
- Los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores externos de corroboración.
- La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.
- Los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena.
- *El hecho de que sean varios los coimputados que incriminan al recurrente no puede enervar la desconfianza intrínseca que está en el origen de la insuficiencia como prueba de cargo única de la declaración de un coimputado.*
- La futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, sí puede servir como conraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad, tanto en relación con supuestos de pruebas de indicios, como haciéndolo extensivo a los supuestos de corroboración de las declaraciones de coimputados.
- Sin embargo, en los supuestos de declaraciones de coimputados el elemento de corroboración mínima lo ha de ser en relación no con cualquier tipo de afirmación contenida en las mismas, sino con la concreta participación del acusado en los hechos que se le imputan.

**11.7.** Por último, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 165/2005* ha anulado una Sentencia del Tribunal Supremo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, entendiendo que las declaraciones del coimputado que basaban el fallo condenatorio no estaban corroboradas, luego que no permitían desvirtuar aquella presunción constitucional.

Insiste la Sentencia en la idea de que la prueba consistente en la declaración de un coimputado es, en principio, una “prueba sospechosa”, que la veracidad objetiva de la misma ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, así como que la corroboración mínima es exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, careciendo de relevancia a tal efecto los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna, porque tales elementos, en realidad, no son factores externos de corroboración.

## **12.** La prueba de referencia. Su carácter excepcional

El testigo de referencia es aquel que declara sobre un hecho del que ha tenido conocimiento a través de otra persona.

Según el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, “los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. Es decir, este artículo, al señalar las circunstancias que debe precisar el llamado “testigo de referencia” o “testigo de oídas” (nombre y apellido, señas, etc. del testigo referido), parece que lo persigue es que el testigo referido pueda ser directamente escuchado sobre los hechos, y que, por tanto, aquel otro testimonio sirva simplemente como elemento corroborador del testigo directo. Pero lo cierto es

que dicho precepto no establece cuál pueda ser el valor que cabe asignarle a tal testimonio.

Como veremos, el valor probatorio de tales testimonios es muy reducido, pues es evidente que al no comparecer el testigo referido, el ausente, queda seriamente afectado el derecho fundamental del acusado a interrogar a los testigos, por más que sí pueda ser interrogado el testigo referente. Por tanto, sólo cuando no se trata de la única prueba y existe la imposibilidad de que el testigo referido comparezca al juicio, se podrá tomar en consideración la declaración de este último, como un elemento indiciario más.

**12.1.** La *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988* recordaba que la doctrina procesal europea ha formulado serias reservas respecto de la admisibilidad de “testimonios” de esta naturaleza, que llegan a conocimiento de la Audiencia por medio de otro testigo, e incluso, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, las opiniones más estrictas niegan sin excepciones que tales testigos puedan ser tomados en cuenta por el Tribunal como fundamento de su convicción, “pues ante estos declarantes ausentes no es posible al acusado y a su defensor ejercer el derecho de interrogar que acuerda el art. 6.3 d) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”.

Aquí se trata, pues, decía dicha Sentencia, no ya sólo de que el Tribunal *a quo* haya deducido la culpabilidad del procesado sin sujeción al criterio racional que debe presidir la apreciación de la prueba, sino, sobre todo, de que ignoró los principios de oralidad e inmediación, que permiten el ejercicio del derecho de defensa en el juicio oral al posibilitar el interrogatorio por la parte afectada (principio de contradicción).

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1999* puso de manifiesto la falta de valor probatorio de las diligencias policiales y del testimonio de referencia de los funcionarios policiales. Con ocasión de una denuncia en la que la denunciante manifestó haber sido víctima de un incidente en una discoteca, sufriendo daños en una cámara fotográfica de su propiedad, que fue arrojada por una persona al

suelo, reconociendo posteriormente la denunciante en la Comisaría, entre las fotografías que le fueron mostradas, la del recurrente en amparo, y ratificando ante el Juez Instructor, como autor de los daños “al señor de la camisa rosa que identificó en Comisaría”, el Juzgado de Instrucción, tras el juicio oral, al que no asistieron ni la denunciada ni testigo presencial alguno, sino tan sólo los funcionarios de la Policía que presenciaron el reconocimiento fotográfico realizado por la denunciante, había condenado al recurrente como autor de una falta de daños, sobre la base de que tales policías vieron rota la cámara fotográfica de la denunciante, así como que ésta reconoció mediante fotografías del documento nacional de identidad al autor de tales daños. Dicha Sentencia fue confirmada en apelación. Según el recurrente se le habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, tanto por la insuficiencia probatoria de las diligencias sumariales practicadas, no ratificadas en el juicio oral, como por la insuficiencia del testimonio de referencia para fundar la destrucción de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional recordó, en primer lugar, la plena aplicabilidad y vigencia en el juicio de faltas de los principios y garantías constitucionales correspondientes al penalmente imputado, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, y, en segundo lugar,

“que el contenido del derecho fundamental invocado, la presunción de inocencia, exige cuando menos que cualquier condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado (...)”.

En particular, en cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1995, dejó establecido que tales dili-

gencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo cuando por concurrir

“circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad”. “De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo”.

En cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que habían presenciado la identificación fotográfica del recurrente, recuerda que

“tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (...), siendo medio de prueba poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso (STC 217/1989). Concluyendo que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (...). En este punto, nos sigue diciendo la STC 35/1995, fundamento jurídico 3º, y reitera la STC 131/1997, fundamento jurídico 2º, este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que tiene declarado contrario al art. 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio

indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro, y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos (Sentencias de 19 de diciembre de 1990, Caso Delta, 19 de febrero de 1991, Caso Isgró, y 26 de abril de 1991, Caso Asch, entre otras)”.

En el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional considera que la ausencia injustificada de la testigo/denunciante en el juicio oral “no implica la circunstancia excepcional de imposibilidad de práctica de la prueba ante la autoridad judicial y con las debidas garantías de contradicción e intermediación que nuestra jurisprudencia exige para que el reconocimiento que realizó en sede policial pudiera considerarse como medio probatorio válido de extremo alguno”, y en cuanto al “testimonio de referencia proporcionado por uno de los agentes policiales, éste en ningún modo podrá sustituir al testimonio directo de la denunciante en las circunstancias del supuesto, pues no existió ningún tipo de imposibilidad, ni siquiera dificultad más o menos grave, para que ese testimonio directo efectivamente se produjera en las condiciones constitucionalmente exigibles”, por lo que otorga el amparo.

**12.2.** También abordó la cuestión de la prueba de referencia la *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1999*. En esta ocasión el recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal como autor de un delito de robo con intimidación, siendo confirmada la condena en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación de dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto.

Pues bien, en cuanto a esta última declaración, de un simple testigo de referencia, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

“nuestra jurisprudencia (...) no ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral, supuestos que no se dan en el presente caso. Por lo demás, el rechazo de la validez del único testimonio de referencia no es sino la aplicación del canon hermenéutico proporcionado por el TEDH, que ha declarado contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado priva al Tribunal sentenciador de la posibilidad de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto, al no poder confrontar con el directo, y de otro, y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3 del CEDH, que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo (...)”.

**12.3.** También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2003* ha otorgado amparo en un caso en el que el recurrente había sido condenado en base a un simple testimonio de referencia, testigo conocido que, sin embargo, no había sido propuesto como testigo para declarar en el juicio oral, insistiendo el Tribunal Constitucional en que *el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal*, como aquella en la que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir, los casos en los que es imposible citar al testigo directo, o los casos en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa.

**12.4.** Muy interesante resulta la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002*, al referirse a la *posibilidad excepcional de valorar como prueba*

*de cargo los testimonios de referencia*, en un caso referido a abusos sexuales continuados en menores (de seis/siete años aproximadamente), por estar absolutamente desaconsejada la exploración de las menores ofendidas, a causa tanto de la segura inutilidad de la misma como de los efectos perjudiciales que les produciría.

En el caso concreto, el Tribunal de instancia había basado su convicción, que le llevó a condenar a los dos acusados por dos delitos continuados de abusos sexuales, en las declaraciones prestadas por la profesora y directora del colegio donde estudiaban las niñas ofendidas, a las que la mayor de las dos había referido los actos que el acusado realizaba con ella sin oposición de la madre, así como también en la audición de las cintas en que se había grabado la exploración judicial de la menor de las niñas, en el curso de la cual había narrado las mismas agresiones sufridas tanto por ella como por su hermana, y la prueba pericial psicológica, que había puesto de manifiesto las profundas y gravísimas secuelas que dejó en las niñas el repugnante comportamiento de ambos acusados.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso interpuesto por los acusados, declarando, en consecuencia, la firmeza de la sentencia condenatoria, puso de manifiesto que el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpativas de testigos de referencia da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal, pues el tribunal se tiene que formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga, pero que excepcionalmente la prueba testifical indirecta puede sustituir a la directa cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio el testigo presencial. Y, en el caso en particular resuelto, aunque no se daba una imposibilidad material de concurrencia de las menores al juicio, sí *concurría una causa de imposibilidad legal*, que el Tribunal de instancia ponderó prudencialmente.

“La L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE, como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”. Podría argüirse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la defensa del acusado, no es una interferencia necesaria puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, pero tal razonamiento debe ceder ante los principios antes mencionados - sin perjuicio de las consecuencias procesales que puedan derivarse de la ausencia del interrogatorio - y ante el mandato contenido en el art. 17 de la misma L.O. 1/1996 a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asistente y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra””.

En el caso concreto, la Sentencia concluyó que a la vista de los informes emitidos por los psicólogos sobre la situación de las menores que fueron víctimas de los hechos enjuiciados, la decisión del Juez Instructor de prescindir de la exploración de una de las niñas, por un lado, respecto a la cual el informe psicológico había concluido afirmando que someter a la niña de nuevo a interrogaciones y exploraciones sería infructuoso y sumamente dañino para la evolución de la misma, y anticipar de forma contradictoria la de su hermana, por otro lado, en forma equiva-

lente a los supuestos previstos en el art. 730 LECrim., así como el criterio del Tribunal de instancia favorable a la valoración como prueba de los testimonios referenciales, habían sido plenamente acertadas.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reiterando lo dicho en su anterior Sentencia de 18 de marzo de 2002, terminó subrayando que

“la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos, debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables. En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito. Esta necesidad de extremas el rigor en la valoración racional de las pruebas no ha sido desconocida en la Sentencia recurrida por el Tribunal de instancia que, ..., ha explicado suficientemente las razones de su convicción, en términos de los que esta Sala no puede discrepar porque ni presencié la celebración de las pruebas ni en su apreciación ha advertido razonamiento alguno que pueda ser considerado arbitrario o absurdo”.

### **13. El principio in dubio pro reo: su doble dimensión**

**13.1.** En el momento de ponderar la prueba, hay un principio esencial de la prueba penal, que no cabe confundir con el derecho a la presunción de inocencia, aunque se deriva de esta presunción. Me refiero al *principio en base al cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado: in dubio pro reo*.

El significado de este principio, sin embargo, ha quedado reducido en España durante mucho tiempo a una simple regla de interpretación, no residenciable, por consiguiente, en sede de casación, así como tampoco en sede de amparo<sup>71</sup>. Un claro exponente de este punto de vista lo representa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983, en la que se afirmaba que el *in dubio pro reo* es un principio general del derecho, que no constituye precepto legal de carácter sustantivo, dirigido al juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, la prueba hubiere dejado duda en el ánimo del juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá absolversele; según esta línea jurisprudencial, este principio envuelve un problema subjetivo de valoración de la prueba que, por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio, no podía ser objeto de posterior revisión<sup>72</sup>, punto de vista hoy superado en la doctrina jurisprudencial actual.

Con razón se ha opuesto al anterior punto de vista la tesis que concibe el principio *in dubio pro reo* como un concepto bidimensional. Según Bacigalupo, dicho principio tiene dos dimensiones: una dimensión normativa y otra dimensión fáctica<sup>73</sup>. Esta última, añade este autor, “hace

<sup>71</sup> Cfr., por ej., Montañés Pardo, M. A., *La presunción de inocencia*, Pamplona, 1999, que califica el principio *in dubio pro reo* como “regla interpretativa dirigida exclusivamente a los juzgadores en orden a la valoración de la prueba”, que no tiene acceso ni a la casación ni al amparo (pp. 46 y 47).

<sup>72</sup> Cfr., en este sentido, Montañés Pardo, op. cit., p. 47, y Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 294.

<sup>73</sup> *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*, Buenos Aires, 1994, p. 69; cfr. también, del mismo autor, “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988 (enero-abril), p. 368. En este mismo sentido: Martínez Arrieta, A., *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*, Granada, 1996, pp. 151 y ss.

referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación”, y “la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo”<sup>74</sup>, por lo que en esta dimensión, como norma sustantiva –no simple norma interpretativa– que el Tribunal debe observar en la aplicación de la ley penal, la infracción del principio *in dubio pro reo* sí debe dar lugar a la casación<sup>75</sup>, y, en su caso, incluso, a mi juicio, porque se deriva del derecho a la presunción de inocencia, al recurso de amparo constitucional (art. 24.2 de la Constitución).

De todos modos, este principio sólo debe referirse y aplicarse en lo que a la fijación de hechos se refiere, exclusivamente a cuestiones de hecho. No se debe utilizar, pues, para aclarar cuestiones jurídicas que aparezcan como dudosas; para resolver estas cuestiones de derecho, con un alcance paralelo al anterior, es más bien el principio *in dubio pro libertate*<sup>76</sup> el aplicable.

Especialmente problemática puede resultar la cuestión de la eventual revisión (en apelación, casación o en amparo) de la convicción del Tribunal de instancia con relación a la certeza asignada a la prueba ante él practicada. Desde luego, si el Juez o Tribunal ha tenido dudas y, en consecuencia, no ha podido alcanzar la necesaria convicción en conciencia, no parece que ningún Tribunal, en un posterior control a través de alguna de aquellas vías, pueda revi-

---

<sup>74</sup> Bacigalupo, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*, cit., p. 69.

<sup>75</sup> *Ibidem*. Cfr., más ampliamente, del mismo autor: *Justicia penal y derechos fundamentales*, cit., pp. 157-162.

<sup>76</sup> Según este principio, *cuando las contradicciones del texto legal no se puedan resolver mediante ningún método interpretativo, los tribunales deben aplicar la solución más favorable a la libertad, es decir, la menos restrictiva de la libertad.*

sar su decisión Y lo mismo si sucede lo contrario, esto es, que el Tribunal haya quedado convencido respecto del sentido de una prueba que sólo él ha percibido directamente (dimensión  *fáctica*  del principio  *in dubio pro reo* ).

Ahora bien, el Juez o Tribunal tiene la obligación de absolver si no se ha podido convencer de la culpabilidad del acusado, o, en su caso, la obligación de condenar por la hipótesis más favorable al mismo (dimensión  *normativa* ). Y, desde luego, difícilmente se habrá podido convencer de la culpabilidad del acusado, aunque haya condenado, si resulta que las declaraciones testificales sólo expresan dudas o sospechas no verificadas. En este caso, la vulneración de dicho principio será palmaria, y, en consecuencia, del derecho fundamental a la presunción de inocencia, residenciable en sede de amparo constitucional.

**13.2.** El Tribunal Supremo, con buen criterio, viene entendiendo en la actualidad que

*el principio in dubio pro reo no excluye, como ocurría en antiguos precedentes jurisprudenciales, el derecho a recurrir en casación de una manera absoluta ” (STS de 22-3-2001), aunque de este principio “no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el Tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar. Por lo tanto, sólo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo. (STS de 22-3-2001).*

Ahora bien, de la misma manera que el principio  *in dubio pro reo*  no incluye un derecho del acusado a que el Tribunal dude, “tampoco incluye un derecho de la acusación a que el Tribunal no dude” (Sentencia de 22 de septiembre de 2003).

**13.3.** El Tribunal Constitucional español, sin embargo, sigue entendiendo el principio  *in dubio pro reo*  como una simple regla, de carácter exclusivamente subjetivo, que pertenece a la valoración de la prueba y que es ajeno a la jurisdicción constitucional<sup>77</sup>.

Una buena muestra de esta jurisprudencia lo constituye la *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2000*, en la que se concluye que carece de trascendencia constitucional la alegación sobre la inaplicación del principio *in dubio pro reo*, señalando que

*desde la perspectiva constitucional, mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio in dubio pro reo, como perteneciente al convencimiento – que hemos denominado subjetivo – del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no pueden en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (...), como ocurre en este caso.*

En la *Sentencia 61/2005*, el Tribunal Constitucional insiste en que este principio no está dotado de la misma protección que el principio de la presunción de inocencia, cuando, en realidad, forma parte del mismo, aunque al afirmar que el principio *in dubio pro reo* no puede en modo alguno ser objeto de valoración por el Tribunal Constitucional cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas, parece que, a *contrario sensu*, está admitiendo la posible trascendencia constitucional que podría tener dicho principio. Probablemente, pues, uno y otro Tribunal, al menos en los resultados, coinciden.

---

<sup>77</sup> Cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989.

**14. Otras cuestiones relacionadas con la prueba: valoración de prueba predominantemente documental; provocación del delito y agente encubierto; captación de imágenes por video**

**14.1.** Así como la prueba testifical basada en la percepción sensorial de una persona referente a hechos, que se considera relevante para la decisión a tomar por el Juez o Tribunal, exige la presencia ante éstos de aquella persona, pues sólo entonces podrán aquéllos llevar a cabo el necesario juicio sobre la credibilidad de las declaraciones que tengan lugar, es decir, es inexcusable la inmediatez, y, paralelamente, la contradicción de las partes en el juicio oral, la prueba consistente en informes técnicos o dictámenes periciales, es decir, la prueba que tenga carácter pericial, tiene por lo general un carácter predominantemente documental, que no se basa en la percepción sensorial de una persona, sino que expresan el contenido de un pensamiento, por lo que, en principio, debería ser innecesaria la presencia ante el órgano judicial de quienes han emitido aquellos informes, salvo que haya razones fundadas para ello.

En realidad, la prueba pericial tiene unas características que, por lo general, permiten que el debate contradictorio se pueda mantener por escrito, sin necesidad de su práctica en el juicio.

Sólo se debería llegar a otra conclusión, equiparando la prueba pericial a la testifical, luego con la exigencia de presencia ante el Tribunal de quienes hayan emitido aquellos informes o dictámenes periciales, cuando esta prueba contenga declaraciones documentadas referentes a hechos que una persona ha percibido con sus sentidos. Dicho en otros términos: *si el aspecto de la prueba que predomina es el aspecto documental, la legitimidad de su valoración por el Juez o Tribunal no debería depender de la presencia en el juicio de quienes han emitido la pericia o informe técnico.*

Con buen criterio, el vigente art. 788.2 de la LECrim. español, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 9/2002, establece que tienen carácter de prueba documental

“los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”, luego, para su validez, es suficiente su simple lectura en el juicio o incluso que se den por reproducidos en este acto, si así lo deciden las partes.

A mi juicio, este punto de vista se debería extender, como se dijo, a todos los informes o dictámenes periciales en los que predomine el aspecto documental. Y ello incluso aunque la defensa impugne esos informes periciales, sobre la droga o cualquier otro extremo de similar naturaleza, siempre que los mismos estén respaldados, en conocimientos científicos, que no estén cuestionados, y, además, como ocurre con los que se mencionan en el transcrito precepto, aparezcan garantizados por la procedencia oficial de dichos informes y la utilización de métodos de análisis científicamente contrastados en el laboratorio del que proceden.

Lo anterior significa, como ya lo puso de manifiesto la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989*, que para contradecir las conclusiones de esos informes y dictámenes, teniendo en cuenta su naturaleza de prueba documental o predominantemente documental, la defensa tiene que demostrar que todo el documento es falso, o bien que sus conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, refiriéndose aquélla, en concreto, al informe técnico dactiloscópico de identificación, que las semejanzas de las huellas no son tales.

El Tribunal Supremo entendió en la mencionada Sentencia que en el supuesto de los informes dactiloscópicos de identificación, y ello, en verdad, puede extenderse a otros informes técnicos, “será suficiente con que hayan sido reproducidos en el juicio oral y las partes hayan dispuesto de tiempo suficiente para su estudio, análisis y contradicción”, concluyendo que “en la medida en que el interrogatorio personal del técnico no resulta necesaria para la contradicción del informe en el juicio oral por el predominio

del aspecto documental de la prueba, no cabe, en principio, admitir una vulneración de los principios de oralidad, intermediación y contradicción”, lo que no significa “que si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe no tenga derecho a hacerlo, sino, simplemente, que tal interrogatorio, como en toda prueba documental, no es condición ineludible de la validez de la prueba”.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo contiene algunas referencias al derecho comparado sobre esta misma materia. Así, se refiere al hecho de que la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) establece en su § 256, referente a la lectura de declaraciones de autoridades y médicos, la autorización de la lectura de los certificados o de los dictámenes de autoridades públicas, médicos de medicina forense e incluso certificados médicos sobre lesiones corporales que no sean graves, que evidentemente tienen carácter documental, con los límites del § 250 (principio del interrogatorio personal), que dice que “si la prueba de un hecho se basa en la percepción sensorial de una persona, se requiere su interrogatorio en el juicio oral”.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000* reiteró, con mención del *Acuerdo de Sala de 21 de mayo de 1999*, ratificado en el Pleno de 23 de abril de 2001, aunque con referencia sólo a los informes o dictámenes periciales emitidos por los organismos públicos competentes para ello, más concretamente a los informes de los laboratorios del Ministerio de Sanidad sobre la composición de la droga incautada al acusado, adelantándose al nuevo tenor del mencionado art. 788.2 LECrim., que los mismos

“son considerados como actividad probatoria eficiente y bastante para enervar la presunción constitucional de inocencia, sin necesidad de ser ratificados en el juicio oral, si las partes no instan su contradicción, bien proponiendo su ratificación en juicio, o bien articulando prueba en contrario”.

Hoy, ni siquiera la ratificación en juicio por los peritos responsables sería necesaria.

**14.2.** El propio Tribunal Constitucional se ha referido a esta diferencia entre la valoración de una prueba documental y la valoración de una prueba testifical, a propósito de su doctrina sobre la necesidad de que se cumplan por el tribunal de apelación las condiciones necesarias para la valoración de la prueba, como la inmediación y la contradicción, en un juicio oral y público,<sup>78</sup> aclarando que “la valoración de la prueba documental sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisa de inmediación, ni de las demás garantías inherentes al juicio”, lo mismo que tampoco habrá vulneración constitucional alguna “cuando el fallo condenatorio no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad de las declaraciones testificales o del propio acusado, sino en una distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados” (*Sentencias del Tribunal Constitucional 113 y 119 de 2005*).

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2005*, frente a la pretensión del recurrente en amparo de que la condena penal, pronunciada en apelación sin celebración de vista pública, y motivada por incrementos patrimoniales no justificados de varias sociedades mercantiles, había vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías, opone que “la prueba de cargo consistente en una pericial elaborada por los inspectores fiscales sobre la existencia de aquellos incrementos patrimoniales, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado – delito contra la hacienda pública –, sí *puede ser valorada sin necesidad de oír a los*

---

<sup>78</sup> Doctrina que arranca de su *Sentencia 167/2002*, en la que se afirmó, con buen criterio, que cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, es necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

*peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan”.*

**14.3.** En cuanto a la provocación del delito y la figura del *agente encubierto*,<sup>79</sup> que está prevista en España en el art. 282 bis LECrim., introducido en 1999 como una manifestación más de los esfuerzos en materia de investigaciones relacionadas con la “criminalidad organizada”, y su distinción del llamado *delito provocado*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que es necesario distinguir entre los casos en los que un agente encubierto induce a otros a la comisión de delito, normalmente en virtud de una inducción engañosa por parte de un miembro de las Fuerzas de Seguridad, lo cual supone la producción de un delito por parte de quien no tenía voluntad de cometerlo en ese concreto supuesto, y aquellos otros en los que la infiltración tiene lugar una vez que el propósito delictivo de los autores se ha exteriorizado, al menos, en la preparación del hecho. Sólo en el primero de los supuestos cabe admitir el carácter de delito provocado con las consiguientes consecuencias de anulación del proceso<sup>80</sup>.

En la regulación, además, del mencionado art. 282 bis LECrim., se establece expresamente que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal “por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación”, pero siempre que “no constituyan una provocación al delito”.

Esta última figura, a diferencia de la del agente encubierto, debe ser contundentemente rechazada, pues se basa

<sup>79</sup> V., *supra*, Introducción, ap. 2, “La función del proceso penal”, nota 18.

<sup>80</sup> Cfr., en este sentido, Sentencias de 14 de noviembre de 1998 y de 23 de enero de 2001.

en una incitación para perpetrar la infracción criminal por quien no tenía previamente tal propósito en el supuesto concreto, por más que pudiera estar dispuesto a ello. El agente encubierto, por el contrario, se limita a la obtención de pruebas del hecho, pero sin inducir a otros a su realización; éstos son los que deben tener en todo momento la iniciativa de la acción delictiva en particular, pues de lo contrario la figura se desnaturalizará, entrando en el terreno vedado del delito provocado.

**14.4.** La *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2002* tuvo la oportunidad de referirse a la *cuestión relativa a la validez de la prueba de captación de imágenes por el sistema de videovigilancia* cuando no afectan a la intimidad, afirmando su validez para desvirtuar la presunción de inocencia, derecho fundamental alegado por el recurrente.

El recurrente, que había sido observado por unos agentes de la policía, a través de unas cámaras videográficas de vigilancia instaladas en el exterior de una Comisaría, vendiendo unas dosis de droga, observación que fue luego ratificada en el juicio oral, alegaba en su recurso de casación, dirigido contra la Sentencia de instancia que lo había condenado por un delito contra la salud pública, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestionando al mismo tiempo la validez del sistema de video vigilancia utilizado para observar el ilícito tráfico, por entender que carecía de la correspondiente autorización administrativa y judicial para su instalación y uso.

La Sentencia del Tribunal Supremo recuerda que la doctrina de la Sala ha estimado legítima la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas en vías o espacios públicos, y que sólo se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que *en el desarrollo de las funciones de investigación de todo hecho delictivo se pueden realizar labores de vigilancia u observa-*

*ción de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de investigación, y que*

*estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia la autoridad judicial.*

*No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la LO 5-5-1982 reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas (...).*

En cambio, necesitaría la correspondiente autorización judicial el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha, cuando éstos invadan el espacio reservado a la intimidad de las personas, filmando, por ejemplo, escenas en el interior del domicilio, prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de dichos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del domicilio. Por tanto, el material fotográfico y videográfico, sin intromisión indebida en la intimidad, puede tener valor probatorio, añade la Sentencia, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral. Concretamente, la filmación verificada por la policía de la zona pública donde se venía realizando la venta de drogas, como ocurrió en el caso resuelto, no supuso vulneración del derecho a la intimidad de las personas que fueron captadas por la grabación. La prueba de cargo obtenida, pues, era

una prueba legítimamente obtenida, válida para desvirtuar la presunción de inocencia invocada por el recurrente.

## **15. Presunción de inocencia y estructura del proceso penal. Juicio oral en dos fases: separación entre el órgano que enjuicia los hechos y el que fija la consecuencia jurídica<sup>81</sup>**

**15.1.** En un sistema de penas de única vía, con una única consecuencia jurídica, la pena, bien basada en la pura retribución, bien basada en la prevención general o en la prevención especial, no plantea dudas el principio de unidad de vista, como el que está reconocido en la mayoría de los países de Europa continental y de Iberoamérica.

En cambio, un sistema como el actual, no ya sólo de doble vía, en el que se basan la mayoría de los derechos penales continentales europeos e iberoamericanos<sup>82</sup>, sino de tendencia hacia otro de triple vía, enriquecido además con la posibilidad de alternativas o sustitutivos a la pena de prisión, así como con figuras que pueden permitir la inejecución de la pena en determinados supuestos, un sistema, en fin, en el que se le da una importancia considerable a la individualización de la pena en sede judicial, debería acompañarse de las necesarias *modificaciones estructurales en el proceso penal* que permitieran hacer realidad

---

<sup>81</sup> Muy importante en esta materia es el trabajo de J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "Una reforma necesaria para acompañar al nuevo Código penal: el juicio oral en dos fases", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, Madrid, 2001, pp. 159 y ss., con amplia bibliografía y muy sugerentes reflexiones sobre la cuestión, que son las que aquí, básicamente, se recogen.

<sup>82</sup> Con este sistema se pretende reprimir el hecho punible cometido y evitar su repetición, para lo que se prevén dos tipos de consecuencias o reacciones: la pena y la medida de seguridad. Con la primera se sanciona la culpabilidad, y con la segunda se previene la reincidencia, tanto cuando el autor no es culpable, como cuando, aún siéndolo, la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia.

con más facilidad y efectividad las exigencias impuestas por un programa político criminal que pretende que las penas y medidas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

En este sentido, las propuestas doctrinales acerca de la división del juicio oral en dos fases autónomas resultan, a mi juicio, altamente satisfactorias:

- *una fase se dedicaría al enjuiciamiento de la culpabilidad del acusado respecto de los hechos concretos que se le imputan*, con la correspondiente práctica de la prueba sobre el hecho punible, en todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos;
- *y otra se dedicaría, salvo, naturalmente, caso de absolución, a la determinación de las consecuencias jurídicas, de acuerdo con el resultado de la anterior fase*, es decir, a la determinación de la pena y su medida, a la determinación de las medidas de seguridad, de la responsabilidad civil y de las consecuencias accesorias.

Este sistema del juicio oral en dos fases tiene su reconocimiento actual en países como Bélgica, Dinamarca y Noruega, y, especialmente, en el derecho procesal anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), en donde está previsto un primer juicio sobre la culpabilidad (“conviction”), tras el cual se lleva a cabo un segundo juicio de individualización o determinación de la pena (“sentence”), en el que ya no interviene el jurado.

También está previsto en países de Centroamérica, como Costa Rica, Panamá y Honduras; es la llamada en estos países “cesura”.

En Argentina se ha contemplado este sistema en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación<sup>83</sup>, en donde se

---

<sup>83</sup> Cfr. A. Binder e I. Arduino, *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación* (Expte. 2589-D-04), Buenos Aires, 2004.

contempla la *cesura del debate*, regulándose “una división del juicio oral en dos partes. La primera de ellas tratará exclusivamente sobre la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del imputado para establecer su culpabilidad o inocencia. La segunda, para los casos en que se haya declarado culpable al imputado, se debatirá sobre el monto de la pena a imponer y la forma en que ésta se ejecutará (arts. 266 y 281)”<sup>84</sup>.

**15.2.** El sistema del juicio oral en dos fases *favorece el análisis de las circunstancias personales del acusado*, como la influencia que su entorno haya podido ejercer sobre él, los motivos del hecho, la influencia que la pena puede ejercer sobre él, etc., es decir, favorece el examen de todas aquellas cuestiones que resultan imprescindibles para una correcta individualización de la pena, que debe ir dirigida, como se dijo, a la “reeducación y reinserción social”.

No cabe duda que en un sistema de unidad de vista (única fase), luego necesariamente con publicidad, como lo advierte atinadamente Sánchez-Vera, no se facilita ese objetivo, sino al contrario, pues un acusado que “ha sido puesto en la picota en público, de quien, con la excusa de una acusación todavía no probada, se han destapado sus relaciones personales, financieras, su grado de integración social, etc.”, va a tener muchas más dificultades de reinsertarse tras el cumplimiento de la condena, que si tales circunstancias se hubieran tratado con discreción en una segunda fase, sin publicidad, esto es, sin la presencia de público.<sup>85</sup>

**15.3.** El sistema del juicio oral en dos fases *evita la contaminación del tribunal juzgador respecto de las circunstancias personales del acusado*.

En el de única fase (monista), la descripción de la personalidad del acusado, el relato de sus circunstancias y entorno, de sus relaciones laborales y familiares, de su si-

<sup>84</sup> Op. cit., p. 43.

<sup>85</sup> Sánchez-Vera, op. cit., pp. 162 y 163.

tuación económica y grado de integración social, etc., puede influir negativamente en el tribunal que ha de enjuiciar si el acusado es culpable o no; ello es especialmente así en el caso de los reincidentes.

En cambio, en un juicio oral en dos fases (bifásico), tales circunstancias son tomadas en consideración por el tribunal únicamente cuando ya ha declarado la culpabilidad del acusado, luego se evita todo peligro de contaminación del tribunal.<sup>86</sup>

**15.4.** *El sistema del juicio oral en dos fases garantiza mejor el derecho de defensa que el de única fase.*

En efecto, en este último, dice Sánchez-Vera, el acusado que niega los hechos no puede a la vez confesar circunstancias que le podrían beneficiar en la individualización de la pena y que podrían suponer declarar contra sí mismo. Por ejemplo, si el acusado niega su participación en un robo, no puede a la vez alegar que su situación económica había empeorado considerablemente y debía afrontar los gastos derivados de una grave enfermedad de su madre, por ejemplo, pues ello supondría declararse indirectamente culpable.

El dilema, evidentemente, afecta también a las estrategias del abogado defensor (¿qué es lo mejor desde la perspectiva del derecho de defensa?).

En cambio, en un sistema de doble fase (dual o bifásico), tras la declaración de culpabilidad en la primera fase, se podrán alegar sin problema todas las circunstancias personales que se crean oportunas.<sup>87</sup>

**15.5.** Además, por último, concluye el mismo autor, *con el sistema del juicio oral en dos fases se alcanzan mejor los dos objetivos que las consecuencias jurídicas del delito tienen:*

<sup>86</sup> Sánchez-Vera, op. cit., pp. 163 y ss.

<sup>87</sup> Sánchez-Vera, op. cit., pp. 166 y ss.

- el de la *prevención general positiva*, a través de la primera fase del juicio (fase retrospectiva, pública), momento en el que se rehabilita la norma quebrantada (“para que todos sepan y así conste, que la negación que es el delito, es negada, a su vez, mediante la consecuencia jurídica pertinente”);
- y el de la *resocialización*, a través de la segunda fase (fase prospectiva, no pública), dirigida al porvenir del acusado, fase en la que se trata de hacer realidad el mandato que en España está previsto en el art. 25.2 de la Constitución (“reeducación y reinserción social”), con posible participación de distintos profesionales como psicólogos, socioterapeutas, criminólogos, etc<sup>88</sup>.

**16. Presunción de inocencia y subsunción:**  
la necesaria distinción entre la prueba de cargo y la subsunción; la prueba de la omisión; la prueba de los delitos de peligro.

Una de las cuestiones que está generando mayor confusión, a mi juicio, en materia de presunción de inocencia, con claras repercusiones, en España, en la necesaria distinción entre la competencia propia de la jurisdicción ordinaria y la de la jurisdicción constitucional, es la cuestión relativa a la no siempre bien percibida distinción entre lo que es la “prueba de cargo suficiente”, cuyo control se lleva a cabo a través del derecho a la presunción de inocencia, y lo que es la “subsunción de los hechos”, cuyo control, en sede constitucional, se puede llevar a cabo a través del derecho a la legalidad penal, entre cuyas manifestaciones está aquella que prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles, tradicionalmente tratada como la prohibición de la analogía *in malam partem*.

---

<sup>88</sup> Sánchez-Vera, op. cit., pp. 170 y 171.

Se trata de dos cuestiones diferentes, cuyo tratamiento no debe confundirse, pues mientras que la primera se refiere, básicamente, a los hechos, la segunda, por el contrario, es una cuestión de derecho, que tiene que ver con la interpretación de los tipos penales y demás normas jurídicas aplicables, y que cuando se plantea en sede constitucional tiene su cauce en el principio de legalidad penal, no en el de la presunción de inocencia.

Esta confusión se puede observar, por ejemplo, en la prueba de la omisión y en la prueba de los delitos de peligro.

### 16.1. La prueba de la omisión

La confusión entre presunción de inocencia y subsunción se puede percibir, en el ámbito delictivo de la omisión, en la *Sentencia del Tribunal Constitucional español 171/2000*, de 26 de junio,<sup>89</sup> que otorgó el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el caso resuelto por esta Sentencia la Audiencia Nacional, que había condenado al recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas, declaró como hecho probado que el recurrente era copropietario, junto con otro procesado, de un bar, que “era lugar frecuentado por personas dedicadas al tráfico de drogas, situación que aquéllos conocían y en la que participaban”.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, entendió que no existía “apoyo indiciario del razonamiento de la Audiencia que permitiera concluir que el recurrente participaba activamente del tráfico de drogas”, pero, al mismo tiempo, decía el alto Tribunal, “no cabe duda sobre su titularidad del bar Alaska y de la utilización de éste por parte de numerosas personas vinculadas al tráfico de drogas”, por lo que concluía afirmando, en forma dogmáticamente irreprochable,

<sup>89</sup> Cfr. al respecto, Zugaldía Espinar, J.M., “Presunción de inocencia y subsunción (Un lamentable malentendido de la STC de 26-2-2000)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 450, de 3-8-2000.

que “los actos de tolerancia de parte de quien es titular de un bar respecto de las actividades de personas que realizan actos típicos (de tráfico de drogas) comportan, al menos, una participación omisiva en el delito, dado que el dominio sobre el ámbito cerrado con acceso público es una circunstancia idónea para fundamentar su posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave que puedan ser cometidos en dicho ámbito”.

Por tanto, el Tribunal Supremo, con buen criterio, rechazó la realización activa del delito de tráfico de drogas, pero como entendió que el recurrente estaba obligado, en función de su posición de garante –por ser titular del bar– a impedir que en el mismo se traficara con drogas, lo condenó como autor del mismo delito, pero por omisión. No estaba probada, pues, la participación activa del recurrente en actos de tráfico, pero como los había tolerado y no los había impedido, el hecho probado se subsumía bajo el tipo penal omisivo contenido en el precepto aplicado, según las reglas de los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, desestimando por ello el recurso.

El problema jurídico, pues, se refería, no a la prueba, sino a la subsunción de la omisión en la que el recurrente había incurrido bajo el tipo penal omisivo que entraba en consideración.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional, sin llegar a percibir la anterior problemática, se limitó a afirmar que el recurrente había sido condenado “sin una prueba de cargo suficiente que demostrase su participación omisiva” en las actividades de tráfico de drogas, por lo que se le vulneró su derecho a la presunción de inocencia, olvidando que la prueba de la omisión, por la propia naturaleza de ésta, no requiere la comprobación de acción alguna, sino, lisa y llanamente, la comprobación de que el omitente tenía conocimiento de la situación generadora de un deber de actuar (que los que frecuentaban su bar traficaban con drogas) y de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar (que era titular del bar: posición

de garante), extremos ambos plenamente acreditados en el caso enjuiciado por dicho Tribunal.

Dicho con otras palabras: una cosa es la prueba de la acción y otra muy diferente la prueba de la omisión.

Partiendo de la distinción entre la posición de garante derivada de la organización de la actividad (posición de garante de competencia de organización) y la posición de garante derivada de la posición institucional del omitente (posición de garante de competencia institucional)<sup>90</sup> la prueba tiene que referirse, en el primer caso, a las circunstancias que fundamentan la posición de garante, no al contenido del deber (por ejemplo, que el acusado es el dueño del perro que mordió a otro, y que en el momento de producirse tal hecho actuaba aquél como tal), y, en el segundo caso, simplemente a la constatación de que la institución existe en el caso concreto y de que el acusado es quien responde por la institución (por ejemplo, en un caso en que un niño muere por inanición, la institución paterno-filial, que prueba la relación institucional entre garante y protegido).<sup>91</sup>

Por supuesto, como se dijo, también debe ser objeto de la prueba de la omisión todos aquellos elementos relacionados con la situación generadora del deber de actuar (peligro jurídicamente desaprobado respecto a la omisión) y con la capacidad de actuar.

Por tanto, sólo aquellos elementos que constituyen verdaderamente “hechos”, presupuestos fácticos, pues, que integran el tipo penal (no, en cambio, los llamados “elementos normativos”, que, como tales, requieren una valoración), pueden ser objeto de la prueba de las omisiones. No lo pueden ser, en cambio, aquellos elementos que cons-

<sup>90</sup> Cfr., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 29 y ss., y Bacigalupo, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. C. Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, 1997, t. I, pp. 436 y ss.

<sup>91</sup> Cfr. Pérez del Valle, C., “La prueba de la omisión”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 457, de 19-10-2000, p. 2.

tituyen el contenido y extensión del deber, “aspectos en los que la imputación depende de un debate jurídico que no es como tal un hecho objeto de prueba, sino un problema propio de la subsunción”<sup>92</sup>, que plantea otros problemas, naturalmente ajenos a la esfera de la presunción de inocencia.

### **16.2.** La prueba de los delitos de peligro.

La misma confusión entre prueba y subsunción se puede apreciar en relación con los delitos de peligro (abstracto) en parte de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional.

**16.2.1.** En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se percibe esa confusión en aquellas Sentencias que han venido absolviendo, en materia de tráfico de drogas, en los llamados supuestos de ínfima cantidad de droga.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 9 de julio de 2001 se declaró que el hecho no es punible, incluso en casos de tráfico efectivo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo a la salud.

Sin embargo, es claro que en delitos de esta naturaleza, de peligro abstracto, no hay que probar una acción que suponga un peligro de daño de una cosa determinada, la “salud pública”. Este objeto, en aquellos delitos, es inexistente, pues no hay más salud que la individual. La norma penal en este caso lo que pretende es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas, por lo que también la acción consistente en vender una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia de la norma que prohíbe el tráfico de drogas, pues, como atinadamente se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004, “se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere

---

<sup>92</sup> Pérez del Valle, *op. cit.*, p. 3.

evitar atacando, precisamente, toda manifestación individual de comportamientos que acumulativamente llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas” y “es por tal razón que conductas cuya peligrosidad individual sólo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación”<sup>93</sup>.

Una cosa, pues, es el “tipo del texto”, en el que, ciertamente, aparece la poco afortunada expresión “grave daño a la salud (pública)”, y otra el “tipo de la interpretación”, que, sin superar los límites del texto, ha de permitir una aplicación racional de la ley que tenga en cuenta su finalidad, que, en el caso del tráfico de drogas, no es otra sino la de evitar la difusión del consumo de drogas, por el daño a la salud que las mismas suponen.

**16.2.2.** Y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se percibe también cierta confusión sobre el objeto de la prueba en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Así, decía la Sentencia 68/2004, de 19 de abril, que, a diferencia de la infracción administrativa, el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha

---

<sup>93</sup> Actualmente, en una línea jurisprudencial iniciada a partir de la Sentencia de 28 de diciembre de 2003, se viene entendiendo, en materia de tráfico de drogas, que el principio de mínima insignificancia determinante de la exclusión de la pena sólo es aplicable respecto a cantidades que estén por debajo de las cuantías mínimas de droga con valor psicoactivo. Es decir, hoy el principio de la mínima insignificancia depende de que la droga no sea psicoactiva. Las dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas se entiende actualmente que son las siguientes: 0’66 mg. (heroína); 50 mg. (cocaína); 20 mg. (éxtasis); 2 mg. (morfina), etc.

ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito.

Para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, añade la Sentencia, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor.

La demanda de amparo resuelta – favorablemente – por esta Sentencia tenía por objeto la impugnación de una sentencia, confirmada en apelación, que había condenado al recurrente por un delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.<sup>94</sup>

El demandante de amparo imputaba a las resoluciones judiciales recurridas la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al no existir a su juicio prueba directa ni indirecta de uno de los elementos que integran el tipo del delito contra la seguridad del tráfico, cual es la incidencia de la ingestión de bebidas alcohólicas en las facultades psicofísicas del conductor y, derivado de ello, en su forma de conducción, criticando que las Sentencias impugnadas se apoyaran exclusivamente en el resultado de la prueba alcohométrica, al entender que el simple hecho de superar una determinada tasa de alcohol constituye prueba suficiente para estimar acreditada la afectación de las facultades psicofísicas del conductor.

El Ministerio Fiscal – a mi juicio, con buen criterio – se oponía a la estimación de la demanda de amparo, argumentando que “es cuestión pacífica entre especialistas en las ciencias toxicológicas que a determinados grados de intoxicación etílica corresponden unos síntomas que obje-

---

<sup>94</sup> Previsto en España en el art. 379 del Código penal.

tivamente se producen en cualquier caso, si bien con ligeras variaciones dependiendo de las características orgánicas del sujeto. Así los efectos asociados a un grado de intoxicación como el apreciado en este supuesto (1,90 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos de sangre en la primera prueba y 1,78 gramos en la segunda) se manifiestan en el mejor de los casos en inestabilidad emocional y reducción de inhibiciones; pérdida de juicio crítico; empeoramiento de la memoria y capacidad de comprensión; reducción sensorial e incremento del tiempo de respuesta; y, en fin, en alguna falta de coordinación muscular. Por ello concluye que la prueba practicada en este caso, como lo es la prueba etilométrica sumada a la propia declaración del recurrente en amparo, desvirtúa la presunción de inocencia, al reflejar la objetiva realidad de una serie de alteraciones funcionales que, aun no advertidas por los agentes policiales, se estaban manifestando necesariamente en la fisiología del individuo examinado y mermaban las cualidades que resultan absolutamente necesarias para una conducción, en la que pueda conjurarse la aparición de riesgos, añadidos a los ya que por sí concurrentes en tal compleja actividad humana”.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, en relación con los elementos del delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, aunque desconociendo, una vez más, en mi opinión, la naturaleza de delito de peligro abstracto que tiene este delito, y, por tanto, que en los delitos de esta naturaleza no se trata de la prueba sobre la existencia de una acción que suponga un peligro de daño de un objeto determinado, pues para ello ya hay otros delitos (de resultado), sino de la prueba sobre la existencia de una acción, conducir en estado de ebriedad, que implica un peligro para los bienes jurídicos de los demás y que, por tal razón, se quiere prevenir.

Como decía la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004, a propósito de otro delito de peligro abstracto, “el bien jurídico del derecho pe-

nal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede contar con consideración respecto de los bienes jurídicos, de las funciones sociales (roles) y la paz jurídica”.

También parte la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional de una muy discutible distinción entre el delito, que dice aquélla que exige “un peligro real para la seguridad del tráfico”, y la infracción administrativa, que tendría según la Sentencia un mero “carácter formal”, aplicándose en forma “automática”.

Discutible porque, como es sabido, uno y otro orden, el administrativo sancionador y el penal, ambos, pues, sancionadores, deben ser respetuosos de los mismos principios, bien conocidos en el ámbito penal, como el de legalidad, con todas sus consecuencias y manifestaciones, y el de culpabilidad, igualmente con todas sus consecuencias. Doctrina en la que el propio Tribunal Constitucional viene insistiendo. Así, en su Sentencia 157/2000 este Tribunal recordó una vez más que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación (con ciertos matices) al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales habían sustentado la afectación o influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas del demandante de amparo para la conducción del vehículo a motor, pues, en la consideración de que a partir de determinado índice de impregnación alcohólica devienen seriamente mermadas las facultades para la conducción de un vehículo a motor, y, por ello, en tales condiciones se prohíbe la conducción. Es decir, la experiencia general enseña que la conducción bajo esas condiciones ejerce una influencia negativa en la capacidad psicofísica del conductor, pudiendo afectar a la forma de conducción y, por tanto, a la seguridad del tráfico, razón la que precisamente se le prohíbe la conducción (“por precaución”).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español no lo entendió así, afirmando que no se practicó prueba alguna

sobre la afirmación en la que se sustentaba la acreditación de la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades de conducción del demandante de amparo, por lo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en amparo.

El anterior punto de vista no tiene en cuenta, en mi opinión, que el objeto de la prueba no era la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades para la conducción del vehículo a motor, que no forma parte del tipo de la interpretación, sino la acción de conducir habiendo bebido determinadas cantidades de alcohol, que es el objeto de la prohibición. La norma no puede querer decir que “no está prohibido conducir bebido, siempre y cuando ello no tenga influencia en la conducción”, sino que lo que quiere evitar es conducir bebido.

A mi juicio, yerra el Tribunal Constitucional cuando afirma la necesidad de prueba respecto a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pues el que conduce “bebido” conduce “bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, conclusión esta última que se puede afirmar sobre la base de principios de la experiencia y de conocimientos científicos, como lo razonaba el Ministerio Fiscal en su informe, luego no es necesario una prueba sobre la incidencia concreta de la ingesta de alcohol en la conducción.

En el mismo sentido se ha manifestado la *Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2005*, en un caso similar, afirmando que “para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal (de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esta circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor”.

Se olvida que la razón de aquel tipo penal no puede ser otra sino la de evitar que se llegue a materializar la influencia de la ingesta de alcohol en la conducción - no conduciendo -, porque de lo contrario será casi siempre dema-

siado tarde para brindar la necesaria protección. Este tipo de la interpretación no choca en absoluto con el texto legal, salvo que se lo enjuicie desde una perspectiva puramente positivista; al contrario, es perfectamente compatible con la finalidad de la norma.

Como decía atinadamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo - a quien corresponde la interpretación última de los tipos penales -, en la Sentencia de 14 de septiembre de 2002, a propósito de los delitos alimentarios, “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza (administrar determinadas sustancias a animales destinados al consumo humano), basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”.

Las mismas consideraciones se pueden trasladar al ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, cuya materia no es menos sensible que la de los delitos alimentarios.

Naturalmente, estas dificultades en la aplicación de las normas vienen originadas por la existencia en esta y otras muchas materias de un sistema mixto de protección (penal y administrativo sancionador), acaso no siempre necesario, y que pone de manifiesto la insatisfacción que supone la aplicación en ocasiones de reglas diferentes según sea la sanción de una u otra naturaleza, cuyo tratamiento debería unificarse, pues al fin y al cabo ambas son manifestaciones del mismo ordenamiento punitivo del Estado.

## II. Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado

1. Para evitar toda indefensión, proscrita constitucionalmente, *las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses*, es decir, debe facilitarse el necesario enfrentamiento dialéctico entre aquéllas.

Como dijo la *Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2000*, si el Tribunal impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, vulneraría este derecho fundamental, es decir, no es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción.

En numerosas Sentencias, el Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de contradicción en el proceso penal, aspecto que considera esencial para evitar una eventual indefensión.

La mencionada Sentencia otorgó el amparo por esta razón. En esta ocasión, el recurrente en amparo había dirigido su recurso contra una Sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la Sentencia absolutoria recaída en la instancia, lo había condenado como autor de una falta de lesiones, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, porque el órgano *a quo* no había remitido a la Audiencia, órgano *ad quem*, su escrito de impugnación del recurso de apelación presentado por la denunciante, produciéndole una clara indefensión al sustanciarse el recurso sin su intervención.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que *el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE incorpora como contenido esencial la exigencia de que no se produzca indefensión, lo cual significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intere-*

*ses (...). Un órgano judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, incurre en una vulneración del principio de contradicción (...) y por ende, en denegación de tutela judicial sin indefensión. No es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción (...). Y en esta misma línea hemos sostenido que la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (...).*

La Sentencia del Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que en el caso concreto efectivamente se produjo la denunciada vulneración constitucional, porque el hecho de que el escrito de impugnación no fuera unido a la causa en su debido momento y, por tanto, remitido a la Audiencia Provincial antes de resolver ésta el recurso de apelación, no se podía achacar a la pasividad o negligencia de la parte, sino a una actuación imputable al órgano judicial *a quo* que extravió el documento en su oficina judicial. En consecuencia, la Sentencia estimó el amparo y retrotrajo las actuaciones al momento en que se había producido aquella omisión.

Insistiendo en la importancia de esta exigencia, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2000* afirmó que

“el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del

Estado en su forma más extrema - la pena criminal -, y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales (...). Así, este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (...).”

**2.** La asistencia de Letrado tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se trata así de evitar desequilibrios entre las partes, que podrían originar indefensión.

Su finalidad, decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2005, como derecho subjetivo, es “asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.2 CE”.

En la Constitución española, este derecho fundamental tiene una doble proyección, pues como lo recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2004, por una parte el art. 17.3 reconoce el derecho del “detenido” a la asisten-

cia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, como una de las garantías del derecho a la libertad que el mismo precepto constitucional reconoce, y por otra parte el art. 24.2 lo reconoce como una garantía más del debido proceso.<sup>95</sup>

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999* decía que este derecho fundamental

“es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, ..., un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado (y Procurador)... (arts. 118 y 860 LECrim.)”.

Es decir, constituye también una exigencia estructural del proceso y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo.

“Dicho de otro modo, el mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica”.

La Sentencia añade que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales,

---

<sup>95</sup> V., en el mismo sentido, la Sentencia 165/2005

“de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios (...). En particular, este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo en la detención (...) y en la prueba sumarial anticipada (...), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes (...). En consecuencia, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que haya de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor”.

**3.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003* se ha referido nuevamente a este derecho, concretamente a su contenido, reiterando que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios.<sup>96</sup>

En particular, dice la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha reclamado dicha intervención sólo

---

<sup>96</sup> En España, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha venido a configurar como un *derecho indisponible* el derecho a la asistencia de letrado, al afirmar que bien desde la detención, bien desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada “será necesaria la asistencia letrada”, nombrándose, en su caso, de los del turno de oficio. Es decir, que aunque no se haya producido la detención, si de las actuaciones resulta la imputación del sujeto, éste debe disponer de asistencia letrada: no puede renunciar a ella!

en la detención<sup>97</sup> y en la prueba sumarial anticipada; en los demás actos procesales, con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia de aquél.

Además, hay que tener en cuenta que si bien es necesaria la presencia de Abogado cuando se toma declaración a un detenido o preso, en la hipótesis de que ello no hubiera tenido lugar, la admisión de tal declaración no tiene por qué afectar a posteriores declaraciones que sí se hayan realizado con aquella asistencia letrada, luego garantizando la necesaria contradicción y derecho de defensa.

Así lo consideró la *Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999* cuando afirmaba que

“la admisión judicial de que la declaración se efectuara sin la presencia del Letrado del imputado sólo constituiría quiebra de la garantía de contradicción y paralela limitación de su derecho de defensa con resultado de indefensión material, si, a partir de su contenido autoinculpatario, se le hubiera otorgado validez como prueba preconstituida y siempre que hubiera sido valorada como prueba de cargo sobre la que sustentar su condena”.

En definitiva, sólo cuando la vulneración de este derecho fundamental haya provocado un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, que le haya generado efectiva-

---

<sup>97</sup> Evidentemente, el cacheo, que se debe regir por las exigencias de racionalidad y proporcionalidad, no equivale a una detención, por lo que las exigencias previstas en la Ley para ésta no se pueden extender a aquella diligencia, luego no procede exigir en el cacheo la presencia de Letrado. V. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2000, con amplias referencias sobre el «cacheo por la policía» y sus exigencias desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

mente indefensión a quien la alegue, se podrá afirmar la relevancia constitucional de aquélla.

4. En un caso resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo - favorablemente - por la *Sentencia de octubre de 1998*, en el que el recurrente había sido condenado por un delito de tráfico de drogas, al habersele descubierto en el interior de su cuerpo la droga transportada, dicha Sala hizo importantes declaraciones sobre el *derecho de defensa cuando se somete al acusado a una intervención corporal*.

El Tribunal Supremo puso de manifiesto que el recurrente no había contado con asesoramiento letrado y que sus posibilidades de defensa en el momento de confesar ante la policía habían sido prácticamente nulas, pues el recurrente, dada su condición de extranjero, no pudo saber cuáles eran los derechos que le garantizaba el orden jurídico español ni los riesgos jurídico-penales a los que estaba expuesto.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, la circunstancia de que el recurrente no tuviera aún el carácter formal de detenido carecía de relevancia, pues

*el derecho de defensa no depende de la declaración formal de la detención, sino de la real situación de una persona respecto de la que se tienen sospechas de la comisión de un delito y se van a tomar contra ella medidas que pueden tener por resultado la obtención de pruebas en su contra. Es claro que el recurrente no podía disponer de su libertad ambulatoria y que si los agentes de la Guardia Civil no tenían sospechas suficientes, tampoco podían haber ordenado la limitación de dicha libertad ambulatoria en la que aquél se encontraba, pues, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10-7-86 y STEDH de 6-11-80, así como la STS de 24-2-97, no existen situaciones intermedias entre la detención y la libertad.*

*El art. 520 LECrim. establece que la instrucción sobre los derechos del detenido debe tener lugar en forma inmediata. Todo retardo, a partir del momento de la detención, constituye una infracción de dicha norma, que, por lo demás, en el presente caso aparece como injustificada.*

*Asimismo, el acusado tenía derecho a solicitar la presencia de un abogado para que asista a las diligencias policiales, según lo que establece el art. 520.2 c) LECrim. Tampoco fue instruido de este derecho cuyo ejercicio o renuncia - como es obvio - deber previo a toda diligencia policial o judicial. En este sentido el mismo art. 530.4 LECrim. impone una espera de ocho horas para que comparezca el abogado del detenido y sólo cuando dicho plazo haya transcurrido “podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere”. De esta disposición se deduce que ninguna diligencia puede ser realizada sin asistencia letrada del inculpado.*

La Sentencia del Tribunal Supremo, pues, al concluir que las pruebas - básicamente consistentes en la exploración radiológica - se habían obtenido con vulneración del derecho fundamental a la defensa letrada, luego estaban afectadas por una prohibición de valoración, casa la Sentencia de instancia condenatoria y dicta una segunda Sentencia absolutoria.

5. Muy interesante resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2002* en orden al conocimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el *derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios*, en el que, dice aquella Sentencia, las garantías del proceso penal han de aplicarse con especial rigor, pues la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena. Entre aquellas garantías, la Sentencia menciona, además del derecho de defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia.

La Sentencia, inicialmente, se refiere a la *doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas que se encuentran recluidas en un centro penitenciario, y, en particular, de los que se refieren a las garantías inherentes a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario*, recordando que

*con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (...).*

*Más en concreto, en relación con las garantías inherentes al procedimiento disciplinario, nuestra doctrina ha afirmado que, con carácter general, las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones oportunas. No se trata, según hemos sostenido reiteradamente, de una traslación literal de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, dadas las diferencias entre uno y otro, sino de la aplicación de aquéllas que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador. En los expedientes disciplinarios en el ámbito penitenciario, hemos dicho, además, que estas garantías han de aplicarse con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena. Expresamente hemos declarado que entre las garantías indudablemente aplicables ex art. 24.2 CE en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia cuya vulneración se denuncia en este caso por el recurrente (...). En definitiva, las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que “la justicia se detenga en la puerta de las prisiones” (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 128/1996, de 9 de julio, entre otras, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984).*

*En este ámbito de declaraciones generales tampoco resulta gratuito insistir en el relevante papel que en nuestro*

*sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo “resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias” (art. 76.2 e), Ley Orgánica general penitenciaria, y art. 94 Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en general “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse” (art. 76.1 Ley Orgánica general penitenciaria).*

Y en cuanto al *derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios*, dice la Sentencia que

*cobra una perspectiva distinta en la medida en que (por lo dispuesto en el art. 242.2 del Reglamento penitenciario) el asesoramiento para la defensa del incurso en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el jurista criminólogo, como consta en el Reglamento penitenciario de 1981 [...]. Además, el propio Reglamento permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo “por cualquier persona que designe.*

*Planteada ya la cuestión en estos términos, será preciso partir de nuestra consolidada doctrina en materia de indefensión en estos procedimientos sancionadores. Hemos afirmado que la vulneración del derecho fundamental a la defensa por parte de la Administración penitenciaria se produce cuando “la actuación de aquéllas hubiera causado la indefensión real del interno”, pues “una indefensión de este tipo sólo se produce cuando se priva al ciudadano de los medios legales suficientes para la defensa de sus legítimos intereses; esto es, cuando se eliminan o se disminuyen sustancialmente los derechos que le corresponden a quienes toman parte en el proceso o en un procedimiento sancionador, privándoles de una oportunidad real de defender sus intereses.*

En el caso concreto, a pesar de la solicitud de asistencia jurídica que había realizado el recluso, éste no recibió ninguna respuesta, por lo que la Sentencia afirma la vulneración del derecho de defensa.

También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2003* se refirió a este *derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios*, resumiendo así su doctrina:

- a) la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición;
- b) no se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita;
- c) cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el art. 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario, que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento;
- d) la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de asesoramiento durante la tramitación de un expediente disciplinario, realizada en tiempo y forma ante el órgano competente (el Instructor) puede significar la vulneración del art. 24.2 de la Constitución, si la asistencia que efectivamente se ejercitó se manifestó incapaz de contribuir satisfactoriamente al

examen de las cuestiones jurídicas suscitadas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

6. Un instrumento esencial en el ejercicio de la defensa letrada es el *derecho a la libertad de expresión*.

Sobre este importante aspecto del derecho a la defensa se ha pronunciado nuevamente el Tribunal Constitucional en su *Sentencia 117/2003*, destacando que *el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes*, naturalmente en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, *posee una singular cualificación, pues está ligado estrechamente a la efectividad del derecho de defensa*.

En particular, en el caso resuelto – favorablemente – en la mencionada Sentencia, el recurrente en amparo, Letrado del Colegio de Abogados de Madrid, había impugnado la sanción disciplinaria consistente en una multa<sup>98</sup>, por las descalificaciones vertidas en su escrito de recusación contra dos Magistrados. En dicho escrito el demandante de amparo, actuando como Letrado, solicitando para su defendido la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, había inferido la enemistad manifiesta de los Magistrados de determinadas “resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas, que evidencian por sí solas el apasionamiento hostil, la animosidad y el incono intraprocesales de los magistrados hacia el ejecutado”. El recurrente alegaba la vulneración de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, por cuanto que, a su juicio, el escrito de recusación no contenía expresiones objetivamente injuriosas.

El Tribunal Constitucional, que otorgó el amparo al recurrente, luego de poner de manifiesto que el objeto del proceso consistía en determinar si los Acuerdos que impu-

---

<sup>98</sup> Multa que se le había impuesto en base a lo dispuesto al respecto en el art. 450.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

sieron al demandante de amparo una corrección disciplinaria por falta de respeto debido a los Jueces y Tribunales habían vulnerado su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, recuerda, con cita de la Sentencia 235/2002, que

*en nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE (...). Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), 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 tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (...).*

*Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ —según el epígrafe del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (...). La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1 LOPJ, al disponer que ‘en su actuación ante los Jueces y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los*

*derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa'. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del art. 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores puedan ser corregidos disciplinariamente ante los Juzgados y Tribunales 'cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso' (...).*

*Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del 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 erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod).*

*La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso”.*

La Sentencia, luego de comprobar que la conducta por la que el demandante de amparo había sido sancionado consistió en una actuación forense, es decir, ligada a la función de representación y defensa de los intereses de su patrocinado, así como que los Acuerdos recurridos contenían una adecuada apreciación de los derechos fundamentales en conflicto, centra su atención en la cuestión sobre si la valoración llevada a cabo por los órganos judiciales desconoció el derecho a la libertad de expresión en la actividad de defensa, o si, por el contrario, aquella libertad no daba cobertura a las calificaciones vertidas en el escrito de recusación.

*En este punto debemos recordar de nuevo que “el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura” (...). Por ello, tal como afirmamos en la STC 226/2001, de 26 de noviembre, ... el límite de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa lo constituye, en este caso, el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y para comprobar si aquél se ha franqueado habremos de atender principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas, en cuanto puedan revelar una intención de menosprecio en la plasmación de las ideas y conceptos a cuya expresión sirven en una comprensión global del escrito enjuiciado. Tal menosprecio hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye un límite a la libertad de expresión del Abogado, pues, según reiteradamente hemos afirmado, “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 para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legíti-*

*mos, tanto más cuanto se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado.*

En el caso concreto, las descalificaciones contenidas en el escrito de recusación no se habían dirigido personalmente a los Magistrados, sino a las resoluciones dictadas por éstos, sin utilizar expresiones objetivamente injuriosas, sino que,

*por el contrario, son calificativos empleados en términos de defensa que no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal, ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial, pues pretenden demostrar la concurrencia de la causa de recusación invocada por el Letrado demandante, lo cual exige referirse forzosamente a la actuación del Tribunal en términos críticos. Por ello las expresiones vertidas por el recurrente en su escrito de recusación se amparan en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte. Y ello con independencia de la actitud procesal del Letrado recurrente, sobre la que no debemos pronunciarnos porque que no fue propiamente objeto de la corrección disciplinaria impuesta por los órganos judiciales.*

*En definitiva, el Abogado recurrente actuó en este caso en defensa de su cliente, intentando la recusación de los Magistrados que, a su juicio, mostraban hacia aquél una enemistad manifiesta que podía inferirse del contenido de sus resoluciones, a las que criticó en términos básicamente jurídicos que, pese a su rotundidad, no pueden considerarse transgresores de la libertad de expresión en la defensa letrada. En consecuencia, los Acuerdos ahora recurridos, al sancionar al demandante de amparo exclusivamente por la utilización de tales términos, vulneraron esta manifestación cualificada de la libertad de expresión, y por ello debe otorgarse el amparo.*

### III. Derecho de acceso al proceso

Es el llamado *ius ut procedatur*: los tribunales han de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso, que en el proceso penal español se concreta mediante la acción popular<sup>99</sup>, la acusación particular, que es la que puede ejercitar el perjudicado, y la acusación privada, en los delitos, hoy excepcionales, perseguibles a instancia de parte.

Este derecho forma parte de la tutela judicial efectiva, y significa que los tribunales han de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso.

En particular, el caso de la acusación particular - la que puede ejercitar el perjudicado - que en el procedimiento abreviado - previsto en España para delitos con penas de hasta nueve años de prisión - no requiere ni siquiera un acto formal de imputación, como la querrela, bastando con que el perjudicado se muestre parte en la causa, y el caso de la acusación privada, que es la que se prevé para los pocos delitos existentes aún perseguibles sólo a instancia de parte, constituyen, como lo recordaba la *Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2001*, “un interés digno de pro-

---

<sup>99</sup> Prevista en el art. 125 de la Constitución española. La acusación popular tiene una importancia especial en España, dada la configuración que tiene el Ministerio Fiscal, pues éste se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124 de la Constitución), siendo nombrado el Fiscal General del Estado por el Rey a propuesta del Gobierno, que, evidentemente, lo puede cesar en cualquier momento, es decir, aquél está más en la órbita del ejecutivo que en la del judicial. Por ello, la posibilidad que existe de que la acusación sea ejercitada también por los ciudadanos, directamente, y no sólo a través del ejercicio de la acción particular o privada por los perjudicados por el delito, sino también a través del ejercicio de la acción popular, presente en España en la práctica totalidad de los grandes procesos, neutraliza la eventual falta de independencia del Ministerio Fiscal, ello con independencia de que, en realidad, quien debe ser verdaderamente independiente es el órgano judicial, Juez o Tribunal, que es quien toma las decisiones.

tección que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado”.

Evidentemente, como aclara esta misma Sentencia, no se trata de un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino del derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento de las actuaciones, o incluso la inadmisión de la querrela presentada, porque, por ejemplo, el Juez entienda que los hechos carecen de ilicitud penal.

Como primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva ha calificado el Tribunal Constitucional este derecho, señalando que si bien se debe ejercitar conforme a la configuración prevista por el legislador, por lo que los órganos judiciales pueden apreciar una causa impositiva del pronunciamiento sobre el fondo, “la apreciación de dicha causa debe hacerse, desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso para con el derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la partes, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión”.<sup>100</sup>

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2001* se refirió a este derecho, configurado como un *ius ut procedatur*, en el ámbito específico del proceso penal, en el que “confluyen dos elementos (el derecho de acción y el derecho material de penar) que, ..., no cabe confundir”, sin que se pueda olvidar “que la acción penal se entabla para que el Estado, a través de la jurisdicción, ejerza la potestad punitiva”, no existiendo un derecho a obtener condenas penales, ni un derecho a la completa sustanciación del proceso penal.

---

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2000.

Ahora bien, lo anterior no significa que la tutela judicial efectiva y las demás garantías del proceso penal se refieran sólo al imputado, procesado o acusado. “Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible ... desconocer en un juicio justo ... De ello deriva que el *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan ... los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso”.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2001* se refirió también a la configuración del derecho de acción penal como un *ius ut procedatur*, señalando que

*la primera nota esencial del derecho a la tutela judicial que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. El art. 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva; el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (...). En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y, por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 CE, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad (...). Es cierto que este ius ut procedatur que ostenta el ofendido no contiene, ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (...). No se tiene, en definitiva, un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones*

*nes o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (...). Una resolución de inadmisión o desestimación de la querrela no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 313 LECrim., el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal; lo que no obsta, sin embargo, para que al mismo tiempo se reconozca como facultad integrante del citado derecho fundamental un ius ut procedatur, en virtud del cual, cuando la resolución judicial no excluya ab initio en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de sumario, diligencias previas o preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de plenario, sólo cabe por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso, 789.1 LECrim. (...).*

Según la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, el *ius procedatur*

*no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso. El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un ius ut procedatur, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (...), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE. La especificidad de esa manifestación del derecho a la jurisdicción viene dada por las peculiares características del proceso penal. Pues en él confluyen dos elementos (el derecho de acción y el derecho material de penar), que, como hemos destacado en diversas ocasiones (...), no cabe confundir. Así pues, nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las*

*partes al proceso. De ahí que, incoada una instrucción penal, el Juez haya de otorgar al ofendido por el delito la posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela mediante el denominado “ofrecimiento de acciones”, a fin de que pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada, todo ello en orden a que pueda deducir y sostener la pretensión penal (...). No cabe negar, pues, la posibilidad de que en determinados supuestos la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o al interesado, que no conozca la existencia del proceso (...), conviertan el incumplimiento del deber de información al que se refiere el art. 109 LECrim. en auténtica denegación de tutela, con frustración del derecho del ofendido a erigirse en acusador particular en el proceso. “Aquél que ... resultado lesionado y ... un potencial ofendido, en la terminología de la propia Ley, ostenta la cualidad de interesado y está dotado de legitimación para actuar en juicio”. Por ello, cuando no se pone en su conocimiento la existencia de un proceso en que tan directamente se encuentran implicados sus intereses (cuando no tiene lugar el llamado “ofrecimiento de acciones”, en la terminología del art. 109 LECrim.) con el resultado obstativo que se ha descrito, por simple ignorancia de la pendencia del proceso y no por propia decisión o como resultado de su negligencia, se cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial, que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa (...). Ahora bien, conviene tener en cuenta que, mientras que la querrela es un acto de ejercicio de la acción penal, mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento, la denuncia no es más que una declaración de conocimiento y, en su caso, de voluntad, por la que se transmite a un órgano judicial, ministerio público o autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho, presuntamente constitutivo de infracción penal.*

De nuevo la *Sentencia 21/2005* ha insistido que el *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino el derecho a una decisión ju-

dicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que puede consistir incluso en la inadmisión de la querrela presentada o en el archivo de las actuaciones.

#### **IV. Principio acusatorio: sus manifestaciones**

Derecho a ser informado de la acusación.

Separación de las funciones acusadora y decisoria.

Congruencia entre acusación y fallo

El principio acusatorio y todas sus manifestaciones, entre ellas el derecho a ser informado de la acusación, a fin de poder llevar a cabo una defensa contradictoria, único al que se refiere expresamente el art. 24 de la Constitución española, forma parte también del debido proceso o, en España, “proceso con todas las garantías”.

Además de la anterior, otra de las manifestaciones más características del principio acusatorio reside en la separación entre el órgano judicial que va a decidir la solución del proceso, independiente e imparcial, y la acusación. Esta última se debe limitar al ejercicio de la acusación, mientras que aquél se debe limitar a juzgar.

1. En resumen, las *distintas manifestaciones del principio acusatorio* son las siguientes:
  - a) que *nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él*, evidentemente por persona distinta a quien tenga la función de juzgar, *una acusación* de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*);
  - b) que *la imputación debe tener lugar en la fase de instrucción*; se quieren evitar así acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya dado la posibilidad de participación en

aquella fase; en realidad, aunque en algunos países - como en España, a través del llamado auto de procesamiento<sup>101</sup> - se exige un acto formal de imputación, lo cierto es que desde el mismo momento en que se le imputa a otro un delito, se le debe tomar declaración como imputado, gozando desde ese mismo momento del derecho de defensa, pudiendo tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga - ino se debe esperar, pues, al dictado de un acto formal concreto! - (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000); por ello, es altamente dudoso lo dispuesto en el art. 8º del Código de Procedimiento Penal de Colombia, según el cual se hacen depender los derechos de defensa de la obtención de la “condición de imputado”; a mi juicio, aquéllos deben poder ejercitarse desde el mismo momento en que de las actuaciones resulta la imputación de un delito contra una persona determinada, iaunque no se le haya imputado aún formalmente!;

- c) el principio acusatorio impone la *exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible*, pues el testigo está obligado penalmente a decir la verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, e incluso mentir; la imputación, pues, como se dijo, ino ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario!, porque la misma implica el surgimiento del derecho de defensa (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000);
- d) por supuesto, el hecho objeto de la acusación y el que sirva de base a la condena deben permanecer

---

<sup>101</sup> V. art. 384 LECrim. española, con relación al procedimiento ordinario.

inalterados (*identidad del hecho punible*), pues de lo contrario el Juez se convertiría en acusador comprometiendo con ello su necesaria imparcialidad<sup>102</sup>;

- e) y también exige el principio acusatorio la *homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación*, a fin de que no se produzca indefensión; por ello, en el proceso penal el derecho de defensa y la necesidad de debate contradictorio entre las partes, que no se limita a los hechos y a su prueba, sino que también se extiende a la calificación de los hechos, impone inexcusablemente limitaciones al principio *iura novit curia*, que rige, sin embargo, en el proceso civil. Por ello, el *deber de congruencia*<sup>103</sup> entre la acusación y el fallo que deriva del principio acusatorio implica un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, concretado este último en la calificación definitiva. En otras palabras: *en el proceso penal no sólo se discuten los hechos, sino también el derecho*.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 228/2002* recordaba, al referirse al principio acusatorio, que *el Juez*

<sup>102</sup> De todos modos, como lo aclara la *Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2005*, el condicionamiento fáctico “no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal”.

<sup>103</sup> Decía la *Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2005 sobre el deber de congruencia* que este principio exige que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por «cosa», en este contexto, tanto un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, cuanto la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, ya que el debate contradictorio recae, no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica».

*puede condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación, pero siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad.*

Una cuestión que puede ofrecer algunas dudas es la relativa a la *homogeneidad*. El Tribunal Supremo español la ha apreciado cuando, por ejemplo, se había acusado por asesinato y se condenó por delito de homicidio con abuso de superioridad, cuando se había acusado por una tentativa de homicidio y se condenó por delito de lesiones, entre el robo y el hurto, entre la apropiación indebida y la malversación (peculado), entre los distintos tipos penales de abusos sexuales, etc.

En realidad, todos estos casos de homogeneidad permiten la aplicación de la llamada *doctrina de la pena justificada*, según la cual *si los hechos de la acusación consienten una subsunción que hubiera determinado la pena impuesta, no cabe estimar la infracción de ley para modificar la calificación incorrecta, pues el resultado permanecería invariado.*<sup>104</sup>

Lo que evidentemente no puede hacer el Juez o Tribunal es condenar por un delito de mayor gravedad, salvo que exista un cauce que permita a aquéllos hacerles saber a las partes esa posibilidad y la misma se haya podido debatir antes de la sentencia, alejando cualquier resquicio de indefensión.<sup>105</sup>

Por ello, en cuanto a los eventuales *cambios de calificación al fijarse las conclusiones definitivas*, que suponga una calificación más grave, es claro que ello no supondrá

<sup>104</sup> Esta doctrina, de origen francés, como el recurso de casación, responde a la regla general que rige en casación, según la cual *entre la infracción de ley que se denuncia y el resultado al que llega la sentencia debe existir una relación de causalidad*. No se da esta relación cuando corregida aquella infracción el resultado permanece invariable, es decir, la pena se impondría de todos modos, aún con la calificación jurídica más correcta.

<sup>105</sup> V. arts. 733 y 788.4 de la LECrim., este último según la redacción dada por la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre.

una vulneración del derecho a no ser condenado sin acusación, pues precisamente *es el escrito de conclusiones definitivas el instrumento procesal esencial para la fijación de la acusación en el proceso* (por todas, Sentencia 62/1998), aunque tales modificaciones podrían vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien, dada la instrumentalidad que tiene el derecho a ser informado de la acusación respecto al derecho de defensa, es a la parte, dice la *Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003*, a quien corresponde dar la oportunidad al órgano judicial de reparar la indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estima que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones es sorpresiva y no le es posible defenderse adecuadamente, debe solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa.<sup>106</sup>

2. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2003*, luego de poner de manifiesto una vez más la conexión del derecho a ser informado de la acusación con el derecho de defensa, pues aquél es un presupuesto de éste, declaró, en síntesis, lo siguiente:

- El derecho a ser informado de la acusación se ciñe a serlo de aquellos elementos fácticos y jurídicos que conforman el hecho constitutivo de delito y su correspondiente calificación jurídica. De modo que si dichos elementos figuran en las calificaciones provisionales y en éstos se sustenta la condena, las modificaciones en las calificaciones definitivas o en los hechos declarados probados por la

---

<sup>106</sup> Conforme al art. 793.7 LECrim. (hoy 788.4, según la reforma introducida en la LECrim. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre).

sentencia no implicarán ni una condena sin acusación, ni una condena sin ejercicio del derecho de defensa.

- No toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de enjuiciamiento criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica.<sup>107</sup>

- No puede considerarse que el trámite de informe oral de la defensa o el relativo al derecho a la última palabra pueden suplir las limitaciones del derecho de defensa, ya que, de un lado, el segundo tiene una función distinta, y, de otro, en el primero difícilmente se pueden rebatir los hechos sin haber tenido ocasión de presentar pruebas frente a ellos, y, si bien dicho trámite puede ser utilizado para argumentar contra la nueva calificación jurídica, la falta de tiempo para la preparación del mismo convierte en puramente formal su existencia.

- Tampoco puede afirmarse (argumento que había utilizado el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada) que la suma gravedad, como dato objetivo e incontestable, era conocido desde el inicio del proceso y de la propia acusación por el inculpado, pues en los procesos por delito no cabe una acusación implícita o tácita, de modo que no es posible dar por conocido lo que no figura expresamente en los escritos de calificaciones, ni puede entenderse que el acusado ha tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa frente a lo que en dicho escrito no consta.

- El derecho de defensa comprende no sólo el de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación, sino tam-

---

<sup>107</sup> La Sentencia se refiere, en cuanto al procedimiento ordinario, a los arts. 732, 733, y 746.6 en relación con el art. 747 LECrim., y en cuanto al procedimiento abreviado al hoy art. 788.4 (Ley Orgánica 38/2002).

bién la posibilidad de alegar y contradecir sobre todos los elementos esenciales de la calificación jurídica.

El Tribunal Constitucional apreció en este caso la vulneración del derecho a la defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y a las pruebas pertinentes (con un voto particular), por la inadmisión de todas las pruebas propuestas por la defensa tras la modificación esencial de los hechos objeto de acusación en el escrito de calificaciones definitivas.

3. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2003* ha apreciado una vulneración del principio acusatorio y, por tanto, del derecho a un proceso con todas las garantías, por una sentencia que había condenado por un delito doloso (un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 del Código penal) a quien había sido acusado por un delito imprudente (el mismo delito pero a título de imprudencia: art. 317), es decir, por un delito no sólo distinto y heterogéneo, sino, además, castigado con pena superior a la pedida por la acusación, lo que le está vedado al juzgador.

El Juez, pues, puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación, pero siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que haya sido objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad.

4. En la jurisprudencia española se venía entendiendo que la imposición de una pena mayor a la solicitada por las acusaciones no tenía por qué suponer necesariamente una vulneración del principio acusatorio, siempre que el órgano jurisdiccional, que es a quien corresponde la función de individualizar la pena, “lo haga dentro de los límites fijados en la Ley para el delito objeto de acusación” (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1999, en una línea jurisprudencial consolidada), y “se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión” (Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2003), es decir, no es que no pudiera imponer el órgano judicial una pena mayor, sino que por razones derivadas de aquel prin-

cipio constitucional, se entendía que dicho órgano debía hacer un mayor esfuerzo de motivación en la hipótesis planteada; si se cumplía este deber reforzado de motivación, de tal manera que fuera posible su control posterior en evitación de una eventual arbitrariedad, nada se podía objetar a la decisión judicial consistente en imponer una pena mayor a la pedida por las acusaciones, evidentemente siempre dentro del marco legal correspondiente.

Hoy, sin embargo, no parece posible la imposición de una pena mayor, ni siquiera dentro del marco legalmente previsto, pues el art. 789.3 LECrim. española, según la modificación operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, afirma que “la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”, salvo que se haya asumido por el Juez o Tribunal la “tesis” planteada.

5. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2005* se ha referido ampliamente al principio acusatorio, insistiendo en las dos dimensiones que derivan del mismo, esto es, la del derecho a ser informado de la acusación y la dimensión consistente en que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación, haciendo hincapié en las tres funciones procesales fundamentales: “la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio”.

6. Por último, una cuestión que ha sido tratada últimamente por el Tribunal Constitucional español es la relativa a la *proyección del deber de congruencia en el recurso de casación*, cuyo objeto, básicamente, es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada.

Así, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2005*, luego de señalar que el recurso de casación es un recurso

de cognición restringida que cumple una función revisora y que está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, aunque al hacerlo protege también al justiciable, que a través del recurso de casación puede someter el fallo condenatorio a un Tribunal superior, dice que en un recurso como el de casación, de estricta revisión de la legalidad de la resolución impugnada, tanto el objeto de enjuiciamiento como la posición del órgano judicial y de las partes procesales es diferente al que corresponde a la resolución impugnada, propiciando dicha situación “de un lado, que no tengan que ser de aplicación de manera idéntica las exigencias del principio acusatorio, y, de otro lado, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida”.

Añade dicha Sentencia, que *el objeto del recurso de casación es la revisión de la calificación jurídica contenida en el resolución impugnada y no una pretensión punitiva*, lo que propicia que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria, sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Es la conformidad a derecho de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada el elemento sobre el que se establece el debate contradictorio a través del recurso interpuesto por la parte recurrente, y, por tanto, sobre el que el Tribunal de casación debe pronunciarse.

## V. Derecho al Juez natural

También llamado “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” o “derecho al juez legal”, constituye una verdadera garantía frente a los otros poderes, así como tam-

bién frente a los órganos de gobierno del propio poder judicial.

Este derecho está reconocido en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos. Así, el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político prevé en su art. 14.1 el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

Con este derecho fundamental se garantiza que el ciudadano sea juzgado por un juez previamente determinado en la ley, evitando así posibles intromisiones de otros poderes del Estado, por ejemplo del ejecutivo, que podría estar interesado en algún momento en la creación de un Tribunal de excepción o de un juez o tribunal *ad hoc*<sup>108</sup>. Estos supuestos, lo mismo que el del juez o tribunal *ex post facto*, esto es, el del órgano creado con posterioridad a la iniciación del proceso, chocan frontalmente con el “derecho al juez natural”. Se garantiza, pues, la imparcialidad del órgano jurisdiccional interviniente.

1. En los precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la *Sentencia 47/1983* la que expresa claramente el contenido de este derecho fundamental.

*El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del tribunal venga determinado por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento*

---

<sup>108</sup> En España, el art. 117.6 de la Constitución prohíbe los Tribunales de excepción.

*legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.*

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2001* reiteró la anterior doctrina. En esta ocasión el recurrente en amparo, cuya extradición había sido solicitada por las autoridades judiciales de Palermo para ser enjuiciado por delitos contra la salud pública, había alegado en la Audiencia Nacional su condición de español para oponerse a la extradición, siendo rechazada tal argumentación por aquel órgano judicial, por entender que la condición de español no es, en el ámbito del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ratificado por España en 1982), un obstáculo para la entrega del requerido, pues el art. 6 de dicho Tratado contiene simplemente una cláusula potestativa de entrega que puede ser sometida a reserva por los respectivos Estados signatarios, y que, en el caso de España, no ha sido hecha efectiva. Según la resolución judicial impugnada por el recurrente, el Convenio debe prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Extradición pasiva (LEP), que no permite la extradición de los nacionales, debiéndose estimar cumplida la exigencia de reciprocidad solicitada de las autoridades italianas con la respuesta facilitada por éstas. Entre otras vulneraciones constitucionales, todas rechazadas por el Tribunal Constitucional, el recurrente había alegado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

La Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que este derecho

*exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como órgano especial o excepcional (...). Es decir, en otras palabras, que el legislador ha de haber determinado en una norma con rango de ley y con carácter previo al hecho las reglas de competencia fundadas en criterios objetivos y generales (...).*

La Sentencia hace hincapié en que

*los hechos que han dado lugar a la solicitud de extradición se enmarcan en el ámbito de la delincuencia internacional de tráfico de drogas, y si bien es cierto que, de acuerdo con el art. 23.4 LOPJ, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros susceptibles de ser calificados, conforme a la Ley española, de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, también lo es que el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalidad de la competencia jurisdiccional de los Estados y de sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o, dicho de otro modo, de Estados competentes, respecto de las actuaciones indicadas. Y es que tanto el Estado español como el italiano son partes del Convenio único sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (...) y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988 (...); y del art. 36 del primero, así como del art. 5.1 b) III) en conexión con el art. 3.1 c) IV del segundo, deriva la posible base de la jurisdicción universal en materia de drogas o estupefacientes y el fundamento para pedir y, en su caso, conceder la extradición respecto de los delitos contemplados por dicho Convenio. Por consiguiente, este Tribunal ha de partir de la competencia de los Tribunales de Italia, derivada de la asunción por el Estado italiano de los compromisos internacionales plasmados en los Convenios anteriormente citados, para conocer del hecho de la pertenencia a una banda internacional dedicada al tráfico de estupefacientes; conducta que, por otra parte, puede considerarse cometida tanto en la sede en la cual opera el colaborador (España), cuanto en el lugar o en los lugares en los que produce sus efectos dicha colaboración con la banda (Italia u otros países), como, por último, en aquel o aquellos puntos geográficos en los que la dirección de la banda dirige, planifica y coordina su actividad delictiva.*

2. También la *Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2002* ha tenido la oportunidad de referirse a este derecho fundamental, a propósito de un caso en el que el recurrente había sido condenado en apelación por un delito de apropiación indebida, del que había sido absuelto en la instancia, basando aquél la vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley en el hecho de que el Tribunal penal no había suspendido el procedimiento penal por él solicitada en espera de la resolución del procedimiento civil que debía pronunciarse sobre la reclamación al recurrente de la mitad de un premio especial, considerando éste que el juez natural para conocer de la cuestión del título propio del tipo penal de apropiación indebida era el juez civil.

La Sentencia, que desestima tal pretensión, opuso que, en realidad, el recurrente confundía lo que es una cuestión de competencia o prejudicialidad con la determinación del juez legal garantizado en el art. 24.2 de la Constitución, aclarando que

*el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (...). Pero esta garantía no supone el derecho a un Juez determinado en concreto (...) ni excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales.*

Y en cuanto a la *prejudicialidad*, que el recurrente había confundido con el derecho fundamental al juez natural, la Sentencia concluye que aquél había recibido por parte del órgano judicial una respuesta motivada, fundada en una interpretación de la legalidad y de sus competencias que no podía tacharse de irrazonable o arbitraria, pues

*no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada*

*uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el art. 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que, como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado, bajo ópticas diferentes, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2004 ha insistido en su doctrina sobre este derecho fundamental, señalando de nuevo su correspondencia con la prohibición constitucional de los tribunales de excepción, y aclarando que el “derecho al juez natural” no tutela un pretendido derecho al juez más próximo en sentido territorial al justiciable, “sino un derecho al juez ordinario, lo que significa el juez establecido por el legislador y que merece un tratamiento orgánico y funcional común con el de los demás órganos jurisdiccionales”. Naturalmente, añade la Sentencia, tampoco asegura la norma constitucional un juez concreto, “pues los factores de casualidad y aleatoriedad en las normas de reparto entre jueces previamente competentes sirven precisamente para preservar la imparcialidad”.

3. En la doctrina se ha sostenido, con buen criterio, en orden a quién deba valorar la prueba, que no puede ser otro – por exigencia del principio de inmediación – sino el Juez que la ha podido percibir directamente, que es a su vez quien dictará la correspondiente sentencia, la *relación del principio de inmediación con el derecho al Juez predeterminado por la ley*. En este sentido, dice Bacigalupo que “un juez que introduce, en su ponderación de la prueba, la obtenida mediante subrogación de otro, reemplaza la convicción del juez predeterminado por la ley por la de otro juez u otra persona (por ej., un funcionario)”<sup>109</sup>.

4. Por último, hay un aspecto del proceso penal que podría afectar a este derecho fundamental. Me refiero a las *normas de reparto*, que por lo general suelen quedar en España al arbitrio de las Salas de Gobierno de los distintos Tribunales.

Bien distinta es la situación en Alemania, en donde la regulación básica de aquéllas se encuentra regulada en la Ley de Constitución de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*), interpretada por el propio Tribunal Constitucional, quien ha declarado que el reparto de los asuntos entre las diversas secciones y órganos judiciales ha de ser establecido de la forma más exacta posible<sup>110</sup>, de manera que ninguna persona se puede beneficiar de tales normas de reparto; incluso ni siquiera la propia Administración de Justicia, pues el mandato que deriva del Juez predeterminado por la ley se dirige no sólo al poder ejecutivo y al poder legislativo, sino también al propio poder judicial. Y, como lo ha advertido Sánchez-Vera, “en realidad, en un Estado de Derecho como el alemán o el español, es precisamente este último caso – la violación por parte del poder judicial del mandato del juez predeterminado – el único que en la práctica resulta imaginable”, pues “que el poder ejecutivo cree tribunales especiales, o que tales sean aprobados por el parlamento, no será ciertamente una situación concebible, pero sí podrá serlo, en cambio, un supuesto en el que, por ej., un juez sustituya antirreglamentariamente al juez que había sido predeterminado por la ley o cuando se produzcan “repartos” *ad hoc* para aliviar situaciones de acumulación de asuntos en un mismo juzgado, etc.”<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. *Justicia Penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 207.

<sup>110</sup> Así, BVerfGE 17, 294.

<sup>111</sup> “Aspectos para una reforma del derecho procesal penal español”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 4/1999, p. 126.

No cabe duda, pues, que la protección del derecho al Juez predeterminado por la ley exige unas normas de reparto que sean claras y precisas, a las que se les debe dar, además, la necesaria publicidad, para su conocimiento general. No se trata de simples normas de división interna del trabajo (salvo, si acaso, la designación del ponente dentro de un órgano colegiado, en el que la potestad de juzgar la tienen atribuida todos los jueces que lo integran y que tienen que decidir – colegiadamente – el asunto) sino de la atribución de la potestad de poder juzgar en el caso concreto, luego de la fijación del juez predeterminado por la ley.

## **VI. Derecho a la legalidad de las pruebas. Prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. La prueba ilícita: consecuencias**

La única prueba que puede permitir basar un fallo condenatorio es la efectuada en el juicio oral, bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación; regla que sólo admite una excepción en el caso de los supuestos de prueba anticipada.

Dicha prueba, además, debe ser una prueba válidamente obtenida, esto es, una prueba lícita. Ello se traduce en la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

*La verdad, pues, no puede perseguirse y obtenerse “a cualquier precio”;* sólo es posible en el marco del proceso penal, de acuerdo con las normas que hacen posible la realización efectiva de un proceso con las garantías propias de un Estado de Derecho.

El art. 382 del Código de Procedimiento Penal de Colombia afirma que sólo son medios de prueba aquellos que “no violen el ordenamiento jurídico”, es decir, tiene inclu-

so un alcance mayor, pues proscribe tanto las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales como las obtenidas ilegalmente. Unas y otras quedarían excluidas de la valoración judicial.

Prueba de la complejidad y amplia diversidad de perspectivas posibles sobre la prueba ilícita obtenida<sup>112</sup> y sus consecuencias, lo representa precisamente el hecho de que es en relación con esta materia en donde se ha producido un cierto distanciamiento entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo españoles.<sup>113</sup>

La razón está en la pluralidad de aspectos que concurren en los casos en los que se plantean. A la vulneración del derecho fundamental sustantivo, la mayoría de las veces relacionado con escuchas telefónicas y con registros domiciliarios, luego con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, se une la lesión del derecho al proceso con todas las garantías si se llega a producir la valoración procesal de la prueba ilícita y también en ocasiones el derecho a la presunción de inocencia. Y aquí está precisamente una de las dificultades, porque puede ocurrir que, a pesar de la existencia de una prueba ilícita, haya otras pruebas jurídicamente independientes, no contaminadas, a las que no alcance la prohibición de valoración, y que, por tanto, tengan la suficiente capacidad para enervar la presunción de inocencia.

Se trata de saber, pues, *en qué casos, a pesar de la ilicitud declarada sobre alguna prueba, se puede afirmar una desconexión con respecto a otras pruebas posteriores*, las cuales podrían permitir basar una Sentencia condenatoria.

---

<sup>112</sup> Cfr. Urbano Castrillo, E. y Torres Morato, M. A., *La prueba ilícita penal*, Pamplona, 2000 (2ª edición).

<sup>113</sup> V, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2003.

En España, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla expresamente la prohibición de valoración de las pruebas ilegalmente obtenidas, refiriendo tal prohibición a las pruebas “directa o indirectamente” obtenidas en una vulneración de derechos fundamentales; nada dice respecto a otras eventuales infracciones. Una aplicación estricta de la disposición contenida en dicho precepto legal parece que debería conducir a apreciar una contaminación de la práctica totalidad de la prueba, pues los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución española son derechos de configuración legal<sup>114</sup> y, sin embargo, con su jurisprudencia en esta materia el Tribunal Constitucional español está limitando el alcance que le da el art. 11.1 de dicha Ley a las pruebas ilegalmente obtenidas.

El Tribunal Constitucional español, sobre la base de distinguir entre causalidad natural y causalidad jurídica, ha establecido en su jurisprudencia que la prohibición de valoración depende de lo que denomina “conexión de antijuricidad”<sup>115</sup>.

1. La *Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2001* se refirió a la posibilidad de que la prohibición de valorar la prueba declarada nula por vulneración de un derecho fundamental (prueba originaria) no afecte a las pruebas derivadas. En esta ocasión, uno de los recurrentes había cues-

<sup>114</sup> Coherentemente con ello, el Tribunal Constitucional español, en una primera etapa (v., por ejemplo, la Sentencia 114/1984), había proclamado con carácter absoluto la inadmisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico; jurisprudencia que, precisamente, está a la base del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se aprobó poco después (1985). Este punto de vista ha sido defendido en la doctrina, entre otros, por López Barja de Quiroga, J., en *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1999, p. 281, y Díaz Cabiale, J.A. / Martín Morales, R., en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pp. 27 y ss.

<sup>115</sup> Sobre este criterio jurisprudencial, v., entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998.

tionado la legitimidad de la diligencia de entrada y registro de la sede de una empresa, tanto desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que el registro habría sido consecuencia de las informaciones obtenidas en una intervención telefónica declarada ilícita, como desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por no haberse ajustado el registro a la proporcionalidad necesaria de toda medida restrictiva de derechos fundamentales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, con remisión a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1998, recuerda que en esta Sentencia ya se sostuvo que el Auto de registro de la empresa estaba suficientemente motivado y que reflejaba la pertinente ponderación de los intereses en conflicto y que la práctica del registro sin la intervención del Secretario judicial suscitaba el quebrantamiento de una garantía procesal establecida en la ley, pero no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de forma que dicha quiebra sólo impide la aportación del acta del registro como prueba en el proceso, pero no los documentos hallados en el mismo. Y en cuanto a la validez del registro, en el sentido de que derivaría directamente de una intervención telefónica cuya nulidad fue declarada por el Juzgado de lo Penal, recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional que,

*declarada la nulidad de una prueba por haberse obtenido directamente con vulneración de un derecho fundamental de carácter sustantivo, la prohibición de valorar dicha prueba no conduce en todo caso a la prohibición de valoración de toda prueba que se conecte en alguna forma con ella. En efecto, desde la STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, y especialmente en la STC 49/1999, ... hemos declarado que la prohibición de valoración de las pruebas originales, en cuanto obtenidas con vulneración de un derecho fundamental de carácter sustantivo, no afecta a las derivadas si entre ambas no existe relación natural o si no se da entre ellas la que hemos denominado conexión de antijuricidad que resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su*

*resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, la de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de ese derecho. En aplicación de dicha razón de decidir, este Tribunal ha declarado en casos muy similares al que es objeto de examen en este momento (...), la desconexión entre una intervención telefónica declarada nula y las pruebas mediante ella obtenidas y un posterior registro y las pruebas en el mismo halladas, bien a partir del juicio emitido por el órgano judicial sobre la desconexión entre las pruebas, bien examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal.*

**2.** La Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2001 se refirió a un supuesto de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por una Sentencia que había valorado pruebas derivadas de un registro domiciliario declarado ilícito, conectadas de forma antijurídica con la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque aquella vulneración no implicó la lesión del derecho a la presunción de inocencia, pues existían en el caso en particular otras pruebas constitucionalmente legítimas capaces de sustentar la declaración de culpabilidad.

En lo que se refiere a la pretensión del recurrente que acepta el Tribunal Constitucional, centrada en el hecho de que según aquél se le había condenado por la Audiencia Provincial en base a pruebas que debían considerarse contaminadas por derivar del registro domiciliario realizado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

*la valoración de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, pues la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho funda-*

*mental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (...). Ahora bien, ello no significa que la valoración de toda prueba conectada directa o indirectamente con las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental material esté prohibida constitucionalmente por suponer lesión del derecho al proceso con todas las garantías o porque la condena con base en ellas pueda implicar la lesión del derecho a la presunción de inocencia. Como este Tribunal ha declarado, es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (...). Por consiguiente, la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicial y directamente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas en virtud de la que hemos denominado conexión de antijuricidad, ya que las pruebas derivadas son desde su consideración intrínseca constitucionalmente legítimas, pues no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental (...). Dicha conexión de antijuricidad, que resulta del examen conjunto del acto lesivo y su resultado, tanto desde una perspectiva interna como externa (...), ha sido afirmada entre la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio ocasionado en un registro y el acta donde se recoge el resultado del mismo, las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevaron a cabo y las declaraciones del resto de los testigos presentes en el mismo. Así, respecto de las declaraciones de los policías, el fundamento de la conexión de antijuricidad reside en que no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental (...). Sin embargo, lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (...). En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al*

*derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria (...). De la citada jurisprudencia constitucional deriva que la afirmación de que el registro se efectuó con lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio conduciría a otorgar la razón al recurrente en cuanto a la valoración de pruebas ilícitas, dado que, como se ha expuesto, la Sentencia condenatoria declara probados hechos substanciales en los que sustenta la condena a través de las declaraciones de los policías presentes en el registro, como son la aprehensión de la droga, su existencia misma, su posesión por el acusado, y el hallazgo de la balanza que se utiliza como hecho indiciario del que deducir la preordenación al tráfico de la droga junto con la cantidad de droga y su grado de pureza. De manera que, si bien estas declaraciones no son pruebas obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales al haber sido prestadas con todas las garantías en el juicio oral, derivan del registro y se conectarían de forma antijurídica con la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en caso de apreciarse ésta, pues constituirían su materialización directa y aportarían el conocimiento directamente adquirido al practicar el registro.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, entiende que las anteriores consideraciones no deben conducir a la automática estimación de la también alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia, pues ello sólo sería así

*en la medida en que la condena se haya sustentado exclusivamente en dichas pruebas ilícitas. De modo que, como declaramos en la STC 48/1999, ..., determinar si, excluidas dichas pruebas, restan otras constitucionalmente legítimas capaces de sustentar la declaración de culpabilidad y la condena del recurrente constituye una función que corresponde cumplir al Tribunal juzgador. En consecuencia, se han de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba, para que si, una vez excluidas las declaraciones*

*policiales, con las restantes pruebas se mantuviera la acusación, pueda el órgano judicial competente proceder a determinar su ilicitud o licitud, y en su caso, a valorarlas en el sentido que estime oportuno.*

En el caso concreto, la prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria era la *declaración del acusado*, aunque el Tribunal Constitucional lo que hace es retrotraer las actuaciones para que, en su caso, fuera el órgano jurisdiccional el que llevara a cabo la oportuna valoración de la prueba.

Por tanto, la declaración judicial prestada por el acusado, advertido de los derechos que le asisten, entre ellos, naturalmente, el derecho a guardar silencio, a no declarar y a no confesarse culpable, luego con absoluta libertad para declarar o no declarar, y para dirigir el contenido de sus manifestaciones en uno u otro sentido, es una prueba que el Tribunal de instancia puede valorar legítimamente, siempre – como todas las pruebas – en forma razonada.

En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1999 había afirmado que la admisión por el propio acusado de la tenencia de la droga era una prueba de cargo suficiente y válida, por ser independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, pues se trata de una prueba – confesión – que, por su propia naturaleza, es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso, ya que por su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, sin que, evidentemente, pueda en ningún caso aquélla responder a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación.

Ya veremos más adelante que el Tribunal Supremo (Sentencia de 18 de julio de 2002) no acepta plenamente esta tesis, exigiendo para su validez que el acusado haya declarado con plena conciencia de la ilegitimidad de la prueba.

**3.** Con buen criterio el Tribunal Supremo español se ha referido al problema de la *relación causal de una prueba respecto de otra prueba*, esencial para determinar la exis-

tencia o no de conexión causal entre una prueba ilícita y otra obtenida válidamente.

Así, en su *Sentencia de 3 de julio de 2002* dijo que

*la relación causal de una prueba, cuya valoración queda excluida por vicios de legalidad respecto de otra prueba, se deberá estimar aplicando el criterio de la teoría de la conditio sine qua non; por lo tanto, debemos afirmar la causalidad cuando sin el conocimiento obtenido de la primera, la segunda no se hubiera podido obtener. Si, por el contrario, la autoridad de persecución del delito tenía en su poder conocimientos que le hubieran permitido obtener las pruebas sin recurrir a los que le hubiera podido proporcionar la diligencia ejecutada sin dar cumplimiento a las exigencias legales, faltará la causalidad.*

Por su parte, la *Sentencia de 21 de mayo de 2002* se refirió en orden a la prueba ilícitamente obtenida<sup>116</sup> a la teoría del “*inevitable discovery*” (descubrimiento inevitable) y la del “*fruit of the poisonous tree*” (fruto del árbol envenenado).

En el caso resuelto por esta Sentencia, en el que el recurrente había sido condenado, como autor de un delito de violación y otro de asesinato, a la pena de treinta años de prisión, se planteaba de nuevo una cuestión relativa a la prueba ilícita.

La defensa del recurrente sostenía la infracción de los arts. 24 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia de la obtención de un molde de yeso que reprodujo la dentadura del acusado, que permitió más tarde su identificación como autor de los delitos imputados, sin habersele proporcionado una defensa letrada, y sin que la Policía solicitara autorización judicial para la práctica de la medida, por lo que consideraba que la prueba había sido ilícitamente obtenida; posteriormen-

---

<sup>116</sup> Art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

te, de todos modos, se había adoptado por el Juez instructor la medida, ya con la debida instrucción de derechos al recurrente, en su calidad de imputado.

Pues bien, en el presente caso la comprobación de la posible autoría del imputado era prácticamente inevitable, porque el Juez conocía la relación personal del recurrente con la víctima y la autopsia había revelado la existencia de una mordedura que permitía identificar al autor conociendo la estructura de su dentadura.

En estos casos, la Sentencia de la Sala Segunda pone de manifiesto que la llamada doctrina del *fruit of the poisonous tree* admite una corrección a través de otra teoría, la del *inevitable discovery*.

La Sentencia del Tribunal sostuvo que la infracción jurídica no permitía invalidar las pruebas posteriores, declarando lo siguiente:

*En efecto, cuando la medida adoptada posteriormente con la debida instrucción de derechos al recurrente, en su calidad de imputado, fue judicialmente decidida, no podía ser considerada como consecuencia de la primera, toda vez que con los conocimientos que en ese momento obraban en la causa, la comprobación de la posible autoría de aquél era prácticamente inevitable. No ofrece dudas que era conocida por el Juez de Instrucción la relación personal del recurrente con la víctima, que las características de esa relación podían ser el motivo del hecho ocurrido y que la autopsia había revelado la existencia de una mordedura que permitía identificar al autor conociendo la estructura de su dentadura. En tales condiciones, la medida adoptada no puede estar condicionada por la obtención previa del molde, pues incluso sin éste, cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia si hubiera tenido conocimiento de la herida. En estos casos, la llamada doctrina del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del “inevitable discovery” (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posi-*

*ble vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.*

4. Muy interesante es la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002*, que trató ampliamente la cuestión sobre la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, refiriéndose a su alcance, al llamado “efecto dominó” (o suicidio procesal), a la “prueba diferente” (pero derivada), a la “prueba independiente” (sin conexión causal) y a la “conexión de antijuricidad”, así como a la excepción para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, aclarando que la misma no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración a los coimputados que no confiesen los hechos.

Esta Sentencia hace importantes declaraciones sobre la prohibición de *la prueba constitucionalmente ilícita y sus efectos*, señalando que

*la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan “indirectamente” de dicha vulneración.*

*La justificación de este denominado “efecto dominó” (...), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo*

*se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (...).*

*(...) prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso.*

*La defensa del efecto expansivo prevenido en el art. 11.1º de la L.O.PJ. determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección en el proceso a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que este efecto resulta aplicable, para evitar una desmesurada extensión del mismo. Como se deduce de la propia expresión legal, el efecto dominó únicamente se produce en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones “indirectas” del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.*

La Sentencia del Tribunal Supremo concluye que la doctrina de la contaminación o prohibición de valoración de los frutos del árbol prohibido, constituye en nuestro ordenamiento derecho positivo a través de lo dispuesto en el art. 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que el efecto expansivo sólo faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo que *es necesario poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal). Las primeras, en la medida*

*en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal.*

*En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuricidad” utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (...), y acogida en ocasiones por esta Sala (...), pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985.*

Se refiere entonces la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la *declaración del acusado admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria*, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene considerando como un supuesto excepcional en que la prueba refleja se considera ajena a la vulneración del derecho<sup>117</sup>, pese a existir una relación de conexidad natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental.

Dice al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo que

*se trata ciertamente de un supuesto muy dudoso, en el que habrá que valorar en cada caso si la confesión se ha efectuado de forma desconectada con el dato inconstitucionalmente obtenido, o bien dicho descubrimiento ha sido determinante para la aceptación por el acusado del “fait accompli”.*

*Ahora bien, en todo caso debe tenerse en cuenta que esta excepción se fundamenta, en primer lugar en que tanto al imputado como al acusado se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, declaración que en el juicio oral debe lle-*

---

<sup>117</sup> V., por ejemplo, la Sentencia 149/2001.

*var a cabo con asistencia letrada, siendo ello un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coacción o compulsión ilegítima, y por ello el contenido de sus declaraciones puede ser valorado como prueba válida contra el mismo capaz de enervar su presunción de inocencia. En segundo lugar, como también señala la citada S.T.C. 161/99 “la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material, que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”. Y, en tercer lugar, la validez de la confesión “no depende de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (S.T.C. 86/1995), finalizando la 161/99 afirmando que “de lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación.*

*En consecuencia, la excepción admitida para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, que debidamente asesorado y con plena consciencia de la ilegitimidad de la prueba decide pese a ello aceptar los hechos de forma voluntaria en el juicio oral, no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración para los coimputados que no confiesan los hechos, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional*

*de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito.*

5. En la misma línea jurisprudencial, aunque llevada la anterior doctrina a su extremo, esto es, a la no sanación, en ningún caso, de la prueba ilícita por la declaración autoincrinatoria del acusado, se ha pronunciado la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2003*.

Esta Sentencia contiene un profundo examen de la prueba ilícita y, en particular, de su proyección en el material probatorio posterior, rechazando, frente a la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional y de la propia Sala Segunda, que la confesión posterior del acusado no quede contaminada por aquélla. Para ello, la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la línea jurisprudencial concretada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1996 y en la Sentencia del Tribunal Supremo 1380/1999, que aplica estrictamente lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece la prohibición de valorar no sólo la prueba obtenida a través de la vulneración de algún derecho fundamental, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta merced a esa misma vulneración, así como a la doctrina de la “conexión de antijuricidad” acuñada por el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 81/1998, según la cual, en casos como el que era objeto de examen en la Sentencia del Tribunal Supremo, en el que a la prueba original ilícita se yuxtaponen otra de carácter personal, como la confesión del imputado, no existe aquella conexión, conclusión esta última que es rechazada en la presente Sentencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia se refiere entonces al *grado de vinculación del criterio de la “conexión de antijuricidad”*, a tenor de lo que dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los órganos jurisdiccionales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la in-

terpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, señalando que la actividad decisional que en el caso se realiza consiste en valorar “el rendimiento de un cuadro probatorio complejo, en uso de la libertad de conciencia reconocida en el art. 741 LECrim., a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J.”, es decir, “si dada la forma en que se produjo la confesión de los inculpados, a partir de la información obtenida de modo inconstitucional en las interceptaciones telefónicas y en el registro de su domicilio, hay o no razones suficientes para considerar que también el resultado de aquélla se dio con violación (indirecta) del derecho fundamental, siguiendo en esa apreciación las indicaciones de método que ofrece la citada jurisprudencia constitucional, si bien tomadas como lo que realmente son: un planteamiento doctrinal singularmente autorizado”.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, el modelo con que opera la doctrina de la “conexión de antijuricidad” tiene un antecedente teórico en la teoría de la imputación objetiva, aunque mientras que ésta trata de restringir el alcance del tipo penal, aquélla, por el contrario, abre la posibilidad de recortar discrecionalmente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, haciendo hincapié la Sentencia del Tribunal Supremo en la necesidad de evitar que aquella fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Sentencia rechaza entonces que la información de derechos, la asistencia de defensor y la voluntariedad de las declaraciones inculpativas, impliquen una desconexión jurídica entre una y otra prueba,

*primero, porque toda la información relevante, incluida la que sirvió de base para que se pudieran formular las preguntas que dieron lugar a las declaraciones autoinculpativas, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración de los derechos fundamentales del art. 18.2 y 3 CE. De manera que entre las interceptaciones y el registro inconstitucionales y esas manifestaciones corre un hilo conductor*

*no simplemente causal-natural, sino de auténtica causalidad jurídica, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de previas decisiones judiciales. Decisiones judiciales adoptadas con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como prácticas procesales afectantes a derechos fundamentales, tendrían que haberse ajustado, y que – tras de no haber sido así – siguieron proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales. Por ello, al tratarse en todo caso de intervenciones debidas a sujetos institucionales que actuaron en el marco de sus atribuciones, no cabe identificar o aislar dentro de ellas una dimensión o proyección significativa que no fuera rigurosamente jurídica. Lo que impide que puedan ser valoradas en sí mismas y en sus derivaciones y consecuencias – todas intraprocesales – haciendo abstracción de esa dimensión jurídico-normativa. Es por lo que no cabe afirmar que entre las fuentes de prueba contempladas no se dio la llamada conexión de antijuricidad.*

*De otra parte, al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio de los imputados de que se trata fue obtenida mediante – y en el curso de – actuaciones declaradas constitucionalmente ilícitas, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor primero, y, luego, por la acusación como si no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas “capciosas”, en el sentido de inductoras a error (art. 709 LECrim.). Así ha de ser, puesto que se ocultó a los interrogados – formalmente asistidos de letrado, pero ingenuamente rendidos ante la evidencia física de los hallazgos de la droga y las armas, y desinformados por tanto – un dato relevante del contexto jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa: el de la invalidez radical de esos elementos de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculpado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).*

*Y no es en absoluto realista suponer que los interrogados, de haber sido conscientes de que tenían a su alcance la absolució con sólo negar la existencia de la droga, no se hubieran decantado por ello. En cualquier caso, y aun cuando –en una improbable hipótesis de escuela– las declaraciones autoinculpatorias hubiesen sido prestadas con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la aplicación del ius puniendi, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye de raíz, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando.*

*Es por lo que, en suma, de dar a la ilegitimidad constitucional de las interceptaciones del registro domiciliario producidos todo el alcance que impone el art. 11.1 LOPJ, habrá que tener por igualmente ilegítima, e inutilizable, la información obtenida (“indirectamente”) mediante el interrogatorio de los afectados, con el resultado de la inexistencia de prueba de cargo valorable (...).*

En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia impugnada, dictando una segunda Sentencia absolutoria.

En el Voto particular dos Magistrados discrepan de la Sentencia por entender que en la decisión no se ha observado la función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico-penal y por discrepar de la interpretación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, manifestando que la misma contradice abiertamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la misma Sala, según la cual la confesión es una prueba independiente de la nulidad de intervenciones telefónicas o de entradas y registros, reiterando que “la declaración libre, voluntaria y realizada con observancia de las garantías procesales de una persona imputada en los hechos en la que reconoce su participación en los mismos, no aparece, en principio, conectada con la vulneración del derecho fundamental previo en la medida en que la actuación libre del

imputado, reconociendo el hecho imputado, no incorpora la ilicitud de la vulneración producida, pues la confesión que participa es un acto de libertad (prohibición de regreso) realizado con observancia de las garantías previstas en la ley y desconectado de la ilicitud declarada” .

**6.** La *Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003* contiene una jurisprudencia (inérita) sobre la *determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho*, así como interesantes declaraciones sobre los efectos de la vulneración constitucional, con expresión incluso de un voto particular disidente, no conforme con la declaración contenida en la Sentencia de licitud de la prueba obtenida, a pesar de haber sido obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por basarse ésta en un “déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento”, que no cabe proyectar según la Sentencia sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación.

La cuestión planteada en el recurso de amparo resuelto en esta Sentencia, se refería al registro efectuado por miembros de la policía judicial de la vivienda del recurrente, una vez que éste había sido detenido y trasladado a la comisaría. Según el recurrente, no existía situación de delito flagrante, ni hubo autorización judicial previa, ni consentimiento del titular, ya que él no lo prestó y el consentimiento prestado por otros miembros de su familia (su esposa) no debía considerarse suficiente, como lo había entendido la Audiencia Provincial, que confirmó en apelación la condena por un delito de amenazas y un delito de tenencia ilícita de armas. Alegaba el recurrente que el concepto de titular a efectos de prestar el consentimiento a la entrada y registro domiciliario previsto en el art. 18.2 de la Constitución, cuya vulneración invocaba, debía ser interpretado restrictivamente, de forma que sólo aquel que, siendo morador, es objeto de la investigación en virtud de la cual se realiza la intromisión, puede otorgarlo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere al *contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio*, co-

menzando recordando la conexión entre este derecho fundamental y el derecho a la intimidad. La protección constitucional del domicilio, dice la Sentencia, es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, aunque el objeto de protección también es el espacio físico, razón por la que se ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar. Recuerda también el Tribunal Constitucional que según su jurisprudencia, como regla general, a falta de consentimiento del titular, el acceso al domicilio inviolable sólo se puede posibilitar sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías, o bien en el caso de flagrante delito.

En cuanto a la *flagrancia* dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

*hay que reconocer que, ciertamente, la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.*

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino

otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y, especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 c)] “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías ... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó”.

*En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún tal situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizado por dicha flagrancia.*

Descartada la flagrancia del delito en el caso resuelto, la Sentencia del Tribunal Constitucional examina a continuación la cuestión del *consentimiento*. Los órganos judiciales habían entendido, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo, que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado legitimaba el registro domiciliario. La Sentencia, pues, centra su análisis en la *determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del art. 18.2 de la Constitución, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho*, y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no se había abordado aún en su jurisprudencia.

*Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos*

*cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.*

*Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.*

*A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.*

*De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho. (FJ. 7).*

*Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de con-*

*traposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.*

*Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluye, pues, que en el caso enjuiciado el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa, vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del recurrente.

A continuación, la Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a los efectos de la vulneración en el proceso, señalando que

*desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (...).*

*La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que “tales pruebas reflejas son, desde un punto*

*de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).*

*Por tanto, hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, “la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental.*

*En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que “cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto —esto es, con independencia de las circunstancias del caso— tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales” (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.*

*No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y regis-*

*tro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.*

*La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.*

Por tanto, la Sentencia del Tribunal Constitucional concluye desestimando las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, que también había alegado el recurrente. Dice la Sentencia que en el caso enjuiciado la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio fue “un mero accidente” y

*el estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia.*

*Esto sentado, la estimación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio determina la declaración consiguiente que, a efectos de reparación por parte de este Tribunal, es bastante.*

En el *Voto particular disidente*, en cambio, se concluye, en orden a los efectos de la vulneración del derecho fundamental sustantivo en el proceso, que

*la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías. La prohibición de valoración se extiende tanto al hallazgo en sí mismo como al acta en la cual se documentó la diligencia y se recogió el resultado de ésta, a la declaración testifical del agente policial que practicó el registro, y a la de los testigos que lo presenciaron (la mujer y el hijo del recurrente), pues (como declaramos en STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8) “tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental” y “con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte ...*

Y, por tanto, añade dicho *Voto particular*,

*puede afirmarse que, excluidas las pruebas constitucionalmente ilícitas, no existe ninguna otra prueba de cargo válida respecto del delito de tenencia ilícita de armas, por lo que hemos de estimar también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, lo que conlleva la declaración de*

*nulidad parcial de dicha Sentencia y la de la que la confirma en apelación.*

## **VII. Derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior**

1. Según el art. 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)(Nueva York, 1966), “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo (...)*”, y el art. 14.5 PIDCyP reconoce a toda persona declarada culpable de un delito el “*derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley*” .

De estos dos artículos se deriva, ante todo, que el PIDCyP no reconoce ningún derecho a una segunda instancia, sino un derecho, no por ello menos efectivo, a la revisión del fallo condenatorio y la pena mediante un recurso efectivo ante un Tribunal superior.

Y la revisión que implica el recurso de casación penal español, como se verá, satisface plenamente este derecho.

Evidentemente, en el ámbito territorial de este Pacto Internacional la materialización de este derecho, que no es un derecho a la doble instancia penal<sup>118</sup>, depende de las características procesales de cada país, siendo lo decisivo que a través de un Tribunal superior exista la posibilidad de anular las resoluciones del inferior.

Precisamente por esta razón, el Tribunal Constitucional español ha venido considerando desde bien tempra-

---

<sup>118</sup> Cfr., en este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1997.

no<sup>119</sup> que el recurso de casación penal, aunque tenga un marco limitado, cumple suficientemente el PIDCyP.

Concretamente, la importante *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 37/1988* afirmó - ya lo había hecho antes con ocasión de su *Sentencia 60/1985* - que la casación penal abre al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior, cumpliendo en nuestro sistema procesal el mandato del art. 14.5 PIDCyP.

Ahora bien, añadía la *Sentencia del Tribunal Constitucional*,

*la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal “no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable” (STC 60/85). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no solo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, “inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 CE” (STC 76/82). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal superior, el Tribunal Supremo, “juzgando en casación”; “recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado sentencia condenatoria” (STC 60/85).*

A mi juicio, efectivamente la casación penal española, lo mismo que la de otros países de la Unión Europea que tienen estructurada su jurisdicción en forma similar a la

---

<sup>119</sup> V. *Sentencia 42/1982*.

española, como Alemania, Francia e Italia, cumple sobradamente las exigencias de los arts. 2.3 a) y 14.5 del PIDCyP, pues aunque no reciba el nombre de apelación, que es el término utilizado en el sistema procesal penal anglosajón, ni se la califique formalmente de “segunda instancia”, permite, con efectos devolutivo y suspensivo:

- a) controlar la aplicación del derecho sustantivo y de los principios del proceso penal<sup>120</sup>;
- b) entrar en el eventual error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Tribunal de instancia<sup>121</sup>;
- c) controlar la valoración de la prueba en lo que es controlable, esto es, en cuanto a su razonabilidad o no arbitrariedad, según la orientación jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo<sup>122</sup>; naturalmente, el tribunal revisor de la prueba que no la ha percibido directamente sólo puede controlar los problemas relativos a la insuficiencia de la prueba o de su ponderación no racional, no los problemas relativos a su credibilidad;

<sup>120</sup> Arts. 849.1º, 850 y 851 LECrim.

<sup>121</sup> Art. 849.2º LECrim. que, en realidad, también contiene un supuesto de infracción de ley, aunque indirecta, pues en la hipótesis aquí contenida la ley resulta infringida, no por una errónea aplicación del derecho, sino por una errónea determinación de los hechos, que es posible comprobar al tribunal de casación, como es el caso de aquellos documentos que constatan hechos y cuyo contenido, en principio, es vinculante para el Tribunal (por ejemplo, una partida del registro civil, escrituras públicas, certificaciones emitidas por un funcionario competente para ello, etc.); aquí, pues, se infringe la ley al haber sido aplicada a un hecho que, en realidad, no constituye su presupuesto de hecho.

<sup>122</sup> Jurisprudencia, a mi juicio, desconocida por el Comité de Derechos Humanos de la ONU con ocasión de su Dictamen de 20-7-2000; cfr. Jaén Vallejo, M., “La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20-7-2000)”, I y II, *Actualidad Aranzadi*, núms. 453 y 462, de 21-9-2000 y 23-11-2000.

d) y, en fin, también permite el conocimiento de toda pretendida infracción de precepto constitucional<sup>123</sup>.

Si a todo ello añadimos que la casación penal española no reenvía la causa al tribunal que dictó la sentencia impugnada, salvo supuestos de quebrantamiento de forma, sino que el mismo Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia sobre el fondo que sustituye a la anulada, conforme a la doctrina que este Tribunal aplica en su Sentencia, facilitando así al ciudadano la reparación inmediata de la lesión jurídica sufrida, es palmariamente claro que el recurso de casación es un verdadero “recurso efectivo”, en el sentido del art. 2.3 a) PIDCyP, pues permite un nuevo y amplio examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un Tribunal superior (art. 14.5 PIDCyP), que puede, además, revocar la sentencia recurrida y dictar, él mismo, una nueva sentencia.

El recurso de casación, pues, que se puede interponer contra todas las sentencias no apelables, no es un recurso extraordinario, por más que se empeñen algunos autores en afirmarlo - contribuyendo así a la confusión creada en el Comité de Derechos Humanos sobre su verdadera naturaleza y alcance - sino un recurso ordinario, que permite una amplia revisión por el Tribunal Supremo. Otra cosa es que debiera recuperar su carácter extraordinario, una vez que se corrija el déficit existente en España en el actual sistema de recursos.

El *Tribunal Supremo español*, en su *Sentencia de 8 de febrero de 2000*, tuvo la oportunidad de referirse al carácter de “recurso efectivo” del recurso de casación, aunque con relación al art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, firmada por España en 1977, similar a los arts. 2.3 a) y 14.5 PIDCyP, sosteniendo que este recurso permite no sólo controlar la aplicación del derecho sustancial, sino también la razonabilidad, “la falta de arbitrarie-

---

<sup>123</sup> Arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la LECrim.

dad respecto de la determinación de los hechos probados”, lo que se ha venido denominando control de la estructura racional del juicio sobre la prueba realizado por el órgano de instancia, evidentemente distinto a su valoración, pues ni la lógica, ni los conocimientos científicos se componen de valoraciones, y recordando que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “un recurso efectivo no requiere necesariamente que el Tribunal superior tenga la posibilidad de revocar la decisión recurrida”, siendo suficiente con que dicho Tribunal “pueda decidir sobre alguna forma de reparación”, luego, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo, “es evidente que el recurso de casación, que permite una revocación de la sentencia condenatoria, cumple ampliamente con las exigencias mínimas del derecho que garantiza el art. 13 CEDH”.

Posteriormente, el importante *Auto* en esta materia de la Sala Segunda de 14 de diciembre de 2001, expuso con amplitud la naturaleza del derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, con referencias incluso de derecho comparado, concluyendo que el recurso de casación penal, en el modo en que es aplicado actualmente, considerablemente ampliado, es compatible con el art. 14.5 del PIDCyP, tanto respecto a las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso, como también respecto a las cuestiones de hecho, pues se han reducido las cuestiones de hecho que quedan fuera del recurso “a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma”.

Muchas otras resoluciones de la Sala Segunda se han pronunciado sobre esta cuestión, todas ellas en el mismo sentido de confirmar la compatibilidad de la casación penal con los convenios internacionales; entre ellas puede mencionarse la Sentencia de 18 de abril de 2002 y la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, en la que se recordó - con cita de la Sentencia de 23 de marzo de 1999 - que

*el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fun-*

*damental de todo condenado, a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal superior (art. 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y, en consecuencia, ha de reconocérseles un espacio propio de control, diferenciado y más intenso en el plano jurisdiccional que el atribuido al recurso de amparo; espacio limitado, en cualquier caso por el respecto al principio de inmediación.*

*La efectiva realización de esta función ha obligado a la doctrina jurisprudencial a agotar los procedimientos para cumplir esta labor revisora, incluyendo la revisión fáctica. A ello se ha accedido a través del desarrollo de la doctrina casacional sobre la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, la exigencia de motivación, etc.”.*

Como dijo la mencionada Sentencia de 10 de diciembre de 2002, “en la actualidad, *el único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica, es el del principio de inmediación*, límite que también se aplica en el recurso de apelación”.

2. La compatibilidad de la casación penal española con lo dispuesto tanto por el PIDCyP como por la CEDH sobre la posibilidad de poder someter el fallo y la pena ante un Tribunal superior, se ha apreciado también, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, en aquellos casos excepcionales de instrucción y enjuiciamiento de la causa por el Tribunal Supremo respecto a las personas que gozan del *privilegio del fuero*<sup>124</sup>, por entenderse que este privilegio que supone ser juzgado por el Tribunal más alto en el orden penal, es un plus, que equilibra la inexistencia de un nuevo grado jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional confirmó esta compatibilidad en tres de las Sentencias del “caso Marey”.

Así, en la *Sentencia 64/2001*, dijo el Tribunal Constitucional, en cuanto a la pretendida vulneración del derecho

---

<sup>124</sup> Art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

al doble grado de jurisdicción en materia penal ex art. 24.2 de la Constitución y art. 14.5 PIDCyP, que la basaba el recurrente en el hecho de haber conocido el Tribunal Supremo en única instancia, no siendo él aforado, pues en el caso concreto se había trasladado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el enjuiciamiento, dado que uno de los imputados en la misma causa, el Sr. B, sí tenía la condición necesaria para el aforamiento previsto en el art. 71.3 de la Constitución, habiéndose apreciado conexidad respecto de los hechos atribuidos al aforado y a él mismo,

*que el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (...). De otra parte, ha de señalarse también que el art. 71.3 establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por último, ha de tenerse en cuenta que en la concreción del contenido del derecho constitucional al doble grado de jurisdicción le ha correspondido un importante papel al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en atención al mandato del art. 10.2 CE, como se aprecia en la decisión primeramente mencionada, ya que el art. 14.5 de dicho Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tiene el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley”. Pero admitido esto, dos precisiones son convenientes sobre el reconocimiento de tal derecho en la normativa internacional sobre derechos humanos. La primera, en relación con el referido Pacto Internacional, para indicar que en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda, respecto al Convenio europeo de derechos y libertades fundamentales hecho en Roma en 1950, que pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, sí lo ha reconoci-*

do en el Protocolo núm. 7 a este Convenio, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2, ya que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entren otros supuestos, “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. Extremos que son relevantes a los fines del art. 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos tanto por el Pacto Internacional de 1966 como por el Convenio europeo de 1950, aunque España aún no haya ratificado el mencionado Protocolo núm. 7<sup>o</sup>.

Añade la Sentencia del Tribunal Constitucional que el reconocimiento del derecho aquí considerado no puede obviar que el art. 71.3 CE establece que en las causas contra Senadores y Diputados será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De forma que, ..., la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, el Juez ordinario predeterminado por la Ley a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3. Pues, ..., la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores ... (reside en proteger) la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. De otra parte, si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única

*instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (...).*

En el caso concreto resultaba que el fuero especial del art. 71.3 de la Constitución no era directamente aplicable al recurrente en amparo, ya que carecía de la condición de Diputado o Senador, siendo el aforamiento especial de uno de los encausados el determinante de que el recurrente viera modificado el órgano competente con carácter general por razón de la materia, que era la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y se restringiera, como consecuencia de su enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo, su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal Superior.

*La legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego a la que nos acabamos de referir. Dicha ponderación ha de efectuarse primeramente por el legislador y después por los Tribunales penales teniendo en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 847 - redactada conforme a la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del*

*Tribunal del Jurado, Disposición final segunda, núm. 16 - ya no prohíbe expresamente el recurso de casación en estos casos. Sobre la base de un modelo de análisis similar, la Comisión Europea de Derecho Humanos en el caso Tanassi y otros, en su Decisión de inadmisión de 18 de diciembre de 1980, examinando la queja relativa al derecho a una doble instancia, tanto en cuanto lesión del derecho a un proceso justo, como en cuanto lesión del derecho a la igualdad, por afectar en aquel caso el aforamiento de una persona a otras no aforadas, tras declarar que el art. 6.1 CEDH no impone la exigencia de establecer una doble instancia (párrafo 16 de la decisión), llevó a cabo un juicio de proporcionalidad sobre las medidas existentes en el orden jurídico del Estado demandado, ponderando las desventajas que resultan para los no aforados de no gozar de un segundo grado de jurisdicción en una causa penal en relación con otros fines igualmente legítimos. Para concluir, en dicho caso, que la medida de la legislación interna que excluía la segunda instancia era proporcionada a otros fines legítimos; así, entendió que la protección de las funciones del gobierno, determinante de la competencia de la Corte Constitucional italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al gobierno. Juicio de proporcionalidad que también se ha llevado a cabo en decisiones posteriores relativas al Protocolo núm. 7 (...).*

La Sentencia del Tribunal Constitucional concluyó afirmando que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, había tenido en cuenta el tenor de las normas de la LECrim. (arts. 17, 18, 272.3 y 300), rechazando, en consecuencia, la pretendida vulneración constitucional. Otra opinión se mantiene, respecto a este aspecto de la Sentencia, en el Voto Particular formulado por uno de los Magistrados.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 65 y 66/2001 reproducen íntegramente las anteriores declaraciones sobre esta materia.

**3.** Una vez más, con toda razón en mi opinión, ha afirmado con rotundidad el Tribunal Constitucional la compatibilidad del recurso de casación penal español con el art. 14.5 PIDCyP, en su *Sentencia 80/2003*<sup>125</sup>, reiterando que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena, siempre que, en primer lugar, se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional, que es lo que ocurre precisamente en España desde hace ya años, rigiendo de hecho un sistema de “casación ampliada”, paralelamente al de una “apelación limitada”, de tal manera que, en realidad, las diferencias entre una y otra son prácticamente irrelevantes. Y siempre que, en segundo lugar, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional, el derecho reconocido en aquel Pacto Internacional se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primer instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.

Esta interpretación, y no otra, es la que se deriva, como se dijo, de la conjunción de los arts. 2.3 a) y 14.5 del PIDCyP, aplicables en esta materia.

Y, por supuesto, como dice la mencionada Sentencia, *si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal supe-*

---

<sup>125</sup> V., en el mismo sentido, Sentencias 70/2002, 105/2003 y 123/2005.

*rior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2000, los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión.*

4. Otra cuestión diferente es la relativa a la *conveniencia de generalizar la apelación contra sentencias en todo tipo de procesos*<sup>126</sup>, de tal modo que fuera posible la apelación no sólo contra las Sentencias que dictan los Juzgados de lo Penal, sino también contra las que dictan las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, así como la cuestión relativa a qué clase de apelación, esto es, si limitada, como la que actualmente está prevista en España, o con revisión total del juicio oral, lo que conllevaría una repetición del juicio.

En realidad, Alemania es el único país en el que se repite totalmente el juicio en apelación, aunque la apelación sólo está prevista contra resoluciones de los jueces unipersonales y de los tribunales de escabinos, y lo cierto es que este recurso de apelación está siendo muy protestado y criticado, entre otras razones porque el tiempo perjudica mucho la eficacia de los medios de prueba<sup>127</sup> (se ha llegado a decir que la apelación es una irracionalidad!). De ahí, como ha dicho Bacigalupo, la oportunidad de considerar la experiencia alemana en la futura configuración del recurso de apelación contra sentencias.

---

<sup>126</sup> V. al respecto : Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13 de septiembre de 2000; Sentencia de la Sala Segunda de 30 de abril de 2001 y Auto de la misma Sala de 14 de diciembre de 2001; y Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002.

<sup>127</sup> Cfr. Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pp. 217-224.

Y otra cuestión también es la de determinar cómo debe configurarse la futura casación penal.

A mi juicio, el *recurso de apelación* debería extenderse a todas las Sentencias, pero sin repetición del juicio oral. Sólo excepcionalmente debería posibilitarse la repetición de la prueba, cuando, por ejemplo, como dice Bacigalupo, con relación a la prueba pericial, “el tribunal de apelación tuviera necesidad de una mayor información”, o, con relación a la prueba testifical, cuando la propuesta de repetición de la prueba esté fundada por el recurrente, indicando éste la relevancia jurídica de la repetición, “es decir, demostrando su necesidad para la modificación del fallo que se persigue”<sup>128</sup>.

Y el *recurso de casación* debería ser un recurso que permitiera al Tribunal Supremo cumplir su misión de producción de jurisprudencia (art. 1.6 del Código civil) y garantizar la unidad del orden jurídico, cumpliendo así la alta función institucional que la Constitución española le asigna en el art. 123. En particular, la casación debería quedar reducida al conocimiento de los recursos por infracción de ley y quebrantamiento de forma en los siguientes casos: 1, cuando la sentencia recurrida sea contraria a la doctrina del Tribunal Supremo o, en su caso, a la doctrina establecida por otro u otros Tribunales Superiores de Justicia; y 2, cuando se refiera a cuestiones nuevas, sobre las que no exista doctrina del Tribunal Supremo. Es decir, la casación debería ser un cauce que, aunque limitado a los casos en los que fuera necesario para la unificación de doctrina, no tuviera, en cambio, la limitada extensión que actualmente tiene en España, en el sentido de que hay numerosos delitos sobre los que el Tribunal Supremo difícilmente puede llegar a conocer, como consecuencia de los criterios de atribución de competencia; concretamente todos aquellos de los que conocen las Audiencias Provinciales en apelación<sup>129</sup> quedan fuera, en principio, de la casación.

---

<sup>128</sup> Op. cit., p. 223.

Y el recurso de apelación, a mi juicio, debería estar previsto respecto a todas las sentencias, con un alcance similar al de la actual casación ampliada, permitiendo así que la casación pudiera recuperar su carácter extraordinario, cumpliendo así su función característica: la de unificación de doctrina. Para ello, como ya se dijo, es imprescindible, en mi opinión, por razones derivadas de la seguridad e igualdad en la aplicación de la ley, que se afirme el carácter vinculante de la jurisprudencia, aunque siempre con un cauce que permita su eventual revisión.

---

<sup>129</sup> El art. 14, tercero, de la LECrim., según la redacción dada por la Disposición adicional tercera de la Ley 38/2002, dispone que el Juez de lo Penal es competente para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza que no exceda de diez años. Al ser posible contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente (en su caso, la del Juez Central de lo Penal ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) (art. 790.1 LECrim., según Ley 38/2002), no hay ya posibilidad de presentar recurso alguno contra la que resuelve dicho recurso de apelación (art. 792.3 LECrim., según la Ley 38/2002), salvo, naturalmente, los extraordinarios, en su caso, de anulación (contra sentencias dictadas en ausencia del acusado: art. 793 LECrim.), de revisión de sentencias firmes cuando la condena se ha producido por error (arts. 954 y ss. LECrim.) y de amparo por vulneración de derechos fundamentales (arts. 41 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

# **ASPECTOS BÁSICOS SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN NICARAGUA**

---

Sergio J. Cuarezma Terán \*  
Francisco Enríquez Cabistán \*\*

\* Director del Instituto Centroamericano de Estudios Penales.

\*\* Director Ejecutivo del Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-Managua).



**SUMARIO:** Introducción, II. El Control de Constitucionalidad en Nicaragua: Concentrado, Difuso y Mixto, III. Nicaragua y el Estado Social de Derecho, IV. Antecedentes y creación del órgano de Justicia Constitucional Nicaragüense, 1. Composición y organización interna de la Corte Suprema de Justicia, V. Normativa reguladoras del control constitucional, 1. Modalidad de control de constitucionalidad vigente; control difuso y control concentrado, 2. Tipos de normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad, 3. Tipos de Procedimiento, 3.1 Control Abstracto y Control Concreto, 3.2. Control previo y control a posteriori, 3.3. Legitimados para activar el control de constitucionalidad, 3.3.1. Recurso de Inconstitucionalidad, 3.4. Rasgos generales del procedimiento del recurso de Inconstitucionalidad, 3.5. Valor de las sentencias, VI. Garantías de los derechos y libertades fundamentales, 1. Procedimiento específico para la garantía de los derechos fundamentales, 1.1. El recurso de Amparo, 1.2. Recurso de Exhibición Personal, 1.3. Actos susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del órgano de control de constitucionalidad, 1.4. Sujetos legitimados para la interposición del recurso, 1.5. Efectos de las sentencias, VII. Funciones de la Corte Suprema de Justicia en orden a la distribución territorial del poder y control de inconstitucionalidad de Partidos Políticos, control de elecciones, juicios políticos.

## **I. Introducción**

La presente investigación constituye una aproximación al análisis del funcionamiento y regulación relativa al control constitucional nicaragüense. En primer lugar, se abor-

darán los aspectos referido a los tipos de control constitucional que existen y se estudiará los lineamientos básicos del Estado Social de Derecho en Nicaragua; así mismo se estudiarán las referencias históricas de la creación del órgano encargado de velar por la eficacia jurídica de la Constitución, posteriormente, se hace un estudio de la estructura y composición de la Corte Suprema de Justicia como órgano encargado de conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución y los recursos de inconstitucionalidad de la ley, que tienen como objeto ejercer el control del ordenamiento jurídico y de las actuaciones de los funcionarios públicos, para mantener y restablecer la supremacía de la Constitución Política Nicaragüense, y el carácter de súper legalidad que esta posee.

De igual manera, se analizará lo referido a la protección de los derechos individuales, la dignidad humana y la integridad personal de los ciudadanos a través del Recurso de Exhibición Personal o Habeas Corpus.

En segundo lugar, se expone la normativa vigente en materia de control constitucional y la modalidad con la que se ejerce dicho control.

Y un tercer apartado, esta destinado a explicar en líneas generales los procedimientos que la Constitución y Ley de Amparo establecen como mecanismos de protección y garantía de los derechos preestablecidos en la Carta Magna de la República.

## **II. El control de constitucionalidad en Nicaragua: concentrado, difuso y mixto**

El objeto de la Justicia constitucional es el control de constitucionalización de las normas de rango inferior a la Constitución Política y a las leyes, y a la protección de los derechos ciudadanos; expresada a través del control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, junto al respeto y tutela de nuestros derechos y garantías individuales.

En ese sentido, existe en la actualidad las siguientes formas de control constitucional o de constitucionalidad que se tiene: un sistema de ejercicio de la Jurisdicción Constitucional de carácter concentrado, difuso y mixto.

Hay que mencionar, que después de concluidas las revoluciones liberales de finales del siglo XVII y XVIII (Inglaterra: 1688, Estados Unidos: 1776 y Francia: 1789) y al no cumplirse las mayorías de postulados que ahí se plantearon, como lo son: el principio de igualdad, libertad, el respeto en base a la utilidad del derecho de propiedad y el cumplimiento del Estado de Derecho sin excepción alguna; se replanteo la idea del modelo estatal abstencionista ahí establecido.

La consecuencia fue una igualdad que se transformo en desigualdad, la libertad se transforma en vulneración a la misma, el derecho de propiedad era de pocos y se vuelve en un derecho sacrosanto, en palabras de Santi Romano, a tal punto que se podían perderse los otros derechos menos el derecho de propiedad; y el Estado liberal se transforma en una expresión abstencionista de los burgueses.

Frente a esto, se comienza a hablar de una crisis, conocida como la crisis del constitucionalismo clásico que tenía que solucionarse y que comienza a plantear la noción de que el Estado pase de ser no solamente de un ente que goza de legalidad (Estado de Derecho) sino que interviene, el Estado se transforma en un Estado Social de Derecho, invención política de Hermann Heller (1932) y económica de John Maynar Keynes (1929). Toda esta concepción intervencionista y preocupación social va hacer también retomada por la Iglesia Católica y sus encíclicas, como la *Rerum Novarum* (1890).

La crisis del constitucionalismo clásico, en donde, como les hacemos mención, se establece el diseño del nuevo Estado, el Estado Social de Derecho, se pone al tapete además, la función social de la propiedad, que podía ser condicionada y limitada en base a la razón social o de utilidad pública (tesis del Derecho Condicionado creada por el jurista francés Leon Duguit); y el respeto al ordenamiento

jurídico existente en base a una jerarquía de las normas<sup>130</sup>, tesis que va a embanderar el jurista de Viena Hans Kelsen, una jerarquía de Normas Jurídicas en forma de de pirámi-

<sup>130</sup> La misma va a estar encabezada por la Constitución Política, seguida de: las leyes (Sean estas constitucionales u ordinarias), reglamentos, decretos, ordenanzas, circulares, etcétera.

a) La Constitución Política: La Constitución Política es concebida como el documento base en donde se encuentran concebidos los derechos y garantías ciudadanas, así como la organización del Estado. Es la partida de nacimiento de todo país y el resultado, como diría el politólogo alemán Ferdenaid Lasalle, de la lucha política y jurídica de todos los factores reales de poder. Además, la Constitución Política posee dos características básicas: Norma Normarum y lex suprema o lex fundamental. Es Norma Normarum, porque va hacer la fuente de origen de todo el ordenamiento jurídico interno, y por lo tanto, si toda norma nace de la propia Constitución Política, éstas no pueden estar por encima de ella (lex suprema/fundamental) por el carácter de superlegalidad que posee (arto 182 Cn).

Aquí hay que hacer mención al Poder Constituyente y al Poder Constituido.

El Poder Constituyente, hace alusión al concepto de soberanía, que significa encima de, y que va a residir en la época de la monarquía absoluta en el Rey pero que al darse las revoluciones liberales de finales de siglo XVIII ese concepto pasa al Pueblo ejercida por sus representantes; concepción que van a tener la mayoría de los países europeos. Dicha concepción va a cambiar para los países americanos, que si bien es cierto, el concepto de soberanía radica en el pueblo y es ejercida por los representantes; ésta es depositada en la Constitución Política, que sirve a la vez como límite al gobernante, y que va dirigido a producir poderes constituidos (Poderes del Estado).

Es en esa dirección, cuando se encentra a la Constitución Política, que podemos encontrar lo que se conoce como el Constituyente Permanente y Revolucionario. El primero, según el profesor Felipe Tena Ramírez, se encuentra dormido, solapado; y de repente despierta para reformar la propia constitución política. Aquí uno se pregunta: ¿es necesario, frente a los cambios que sufre un país, reformar la Constitución Política para adaptarla a dichos cambios? O ¿es mejor crear otra Constitución Política y quitar la anterior? Siendo criterio predominante, el que establece que debe adaptarse a los cambios que sufre un país, sino tendríamos muchas constituciones según los intereses y estaríamos, según MUNRO, frente a un gobierno de los cementerios. Y segundo, el constituyente revolucionario es aquel que a través de la tesis del tiranicidio (muerte del tirano) se justifica la revolución, como último medio y el más

de y tiene en la cúspide a la Constitución Política y como base, al principio de legalidad.

---

benéfico, para cambiar la situación de opresión, miseria y violación de derechos humanos que existen en una población.

b) Las leyes: La ley es una norma jurídica de carácter obligatorio, general, abstracto y de cara al futuro que regula la convivencia pacífica de una comunidad. Es ahí donde se establece la voluntad general de la población, ya que es aprobada solamente por la Asamblea Nacional, institución que goza de ese mandato popular (arto. 138 inc. 1 Cn)

Las leyes pueden ser de rango constitucional u orgánica y ordinaria. Las de rango constitucional son aquellas que para que sean reformadas necesitan de una reforma constitucional y por tanto de carácter superior a las ordinarias. En Nicaragua tenemos entre este tipo de leyes a: la Ley de Amparo, de Emergencia y Electoral. Las leyes ordinarias, son aquellas que siguen el proceso normal de formación de ley que la propia Constitución Política establece (arto. 140 ss).

En Nicaragua antes de las reformas constitucionales del año de 1995, se aplicaba un tipo de leyes que actualmente están derogadas y que eran conocidas como: leyes delegadas, las cuales eran aquellas aprobadas por el Poder Ejecutivo en los períodos de receso de la asamblea nacional, vulnerando la tesis tradicional de División de Poderes y de que el Poder Legislativo es el ente por excelencia donde descansa la voluntad y mandato popular.

c) Reglamentos: Los reglamentos son normas jurídicas con iguales características que le ley, con la diferencia en que el órgano que los va emitir no es la Asamblea Nacional sino el Poder Ejecutivo, en especial el Presidente de la República (arto. 144 Cn).

Cabe mencionar, que los reglamentos pueden dividirse en dos tipos: **Los reglamentos autónomos o independientes:** son aquellos que el Presidente de la República podía dictar en cualquier momento y materia, sin supervisión de nadie. Fueron derogados con las reformas constitucionales del año de 1995, ya que podían tener rango superior a la ley rompiendo con la concepción de legalidad existente. Estos tipos de reglamentos eran ocupados como armas políticas, ya que al entrar en receso la Asamblea Nacional, el Ejecutivo aprovechaba y dictaba reglamentos como si fueran ley. En cambios, **los reglamentos delegados o administrativos:** son aquellos que el Presidente de la República dicta en sesenta días cuando la ley así se lo establece (arto. 144 Cn). Cuando el término de ley pasa, pierde la potestad reglamentaria y pasa ésta a la asamblea nacional.

Además, se propugna por la idea de estructurar un órgano especializado que vea los asuntos de carácter constitucionales: ya sea éste un Tribunal, corte o sala Constitucional; separado de los tribunales comunes, cuya competencia estaría limitada a cuestiones estrictamente constitucionales, con un enjuiciamiento a desarrollarse con independencia total de los conflictos de intereses que subyacen en la norma cuestionada de inconstitucional, como en los casos concretos de aplicación de la misma. A esta situación, la doctrina constitucional le asigna un modelo que se va a conocer como el sistema de carácter concentrado y abstracto.

Opuesto al sistema kelseniano, aparece Adam Smith y el sistema difuso de la jurisdicción constitucional, que con-

---

d) Decretos Ejecutivos en materia administrativa: Los decretos ejecutivos en materia administrativa son normas jurídicas obligatorias, generales, abstractas y de cara al futuro de carácter inferior a la ley y al reglamento, pero que se van a dictar por el Poder Ejecutivo en materia en que entre en juego la relación administración pública y los administrados (arto. 144 Cn).

Hay que mencionar, que las reformas constitucionales de 1995 derogaron los decretos con fuerza de ley ya que al igual que los reglamentos autónomos, vulneraban el principio de legalidad al tener el ejecutivo un momento idóneo para poner lo que no estableció en la ley en el decreto, sin que nadie le dijera nada, y en ese momento, se dijo que solo debía dictar decreto en lo referido a la administración pública y no en el gobierno, y que la única instancia que podía dictar leyes era la Asamblea Nacional.

e) Ordenanzas Municipales y Bandos: Las ordenanzas municipales y los bandos son normas jurídicas que van emitirse para los municipios y por lo tanto van a regirlos en base a la ley de municipios y los diferentes planes de arbitrios. La diferencia entre ambos, es que las ordenanzas municipales son aprobadas por el concejo municipal en pleno, y los bandos en cambio, además de ser de rango inferior a las ordenanzas municipales, van hacer emitidas por el alcalde.

f) Circulares y memorando: Son normas dictadas dentro de una institución para regular la actividad del personal que la conforman. Son de rango inferior a las demás normas jurídicas antes mencionadas.

siste en trasladar el control de constitucionalidad de las normas jurídicas a los jueces y tribunales, a través de procedimientos ordinarios. Esta institución es de procedencia anglosajona propia de los Estados Unidos, y tiene su origen más remoto en la muy conocida sentencia del juez Jhon Marshall (1803).

Los dos sistemas se diferencian en su forma procedimental, ya que el modelo concentrado produce efectos erga omnes en base a un juicio principal, y el modelo difuso establece un procedimiento incidental, con efectos entre las partes (inter-partes).

Ambos modelos han sido superados por la doctrina constitucional moderna sobre la base de un modelo de carácter mixto, sistema que adopta Nicaragua en su control de constitucionalidad al establecer, por un lado, que el modelo concentrado existe en el hecho en que hay un sólo órgano jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia, que resuelve las cuestiones de constitucionalidad mediante el juicio de Amparo o de Inconstitucionalidad.

Por otro lado, en que su modelo difuso, se plasma según lo preceptuado en el artículo 5, inciso primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que establece: “Cuando en un caso sometido a su conocimiento, la autoridad judicial considere en su sentencia que una norma de cuya validez depende el tallo es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad para el caso concreto. En caso de que una de las partes haya alegado la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá pronunciarse necesariamente sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión”.

De lo anterior se deduce que las autoridades judiciales, como los jueces, tienen la potestad de declarar la inconstitucionalidad de determinados casos, con efectos inter partes, sin obviar que la Corte Suprema de Justicia puede declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad mediante la casación, en el supuesto de inconstitucionalidad de casos concretos (artos 20 y 21 de la Ley de Amparo, LA), mediante la vía procesal ordinaria o común, que su-

pone que determinados órganos de menor jerarquía ya han resuelto en relación al caso.

### **III. Nicaragua y el Estado Social de Derecho**

En ese sentido, hay que hacer mención, que en la reforma constitucional del 4 de julio del año de 1995, el catedrático de Derecho Constitucional y Ex Presidente de la Asamblea Nacional, Dr. Cairo Manuel López Sánchez, introdujo por primera vez en nuestro país y con suma claridad la noción del Estado Social de Derecho. Así el párrafo primero del arto. 130, estableció que: “La nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho”. Lo que significa el sometimiento del Estado al Derecho, es decir que el Estado crea la norma jurídica y se somete a la norma que ella misma ha creado. Esto implica la total subordinación del Estado al Derecho. Y por Estado tenemos que entender no sólo un ente abstracto dotado de personalidad jurídica, sino más bien la estructura la organización del mismo en los distintos Poderes que lo conforman.

Esto es: El Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, lo incluye además aquellos órganos de creación constitucional, es decir aquellos que deben su existencia a la constitución misma, tales como: la Procuraduría de Derechos Humanos, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Procuraduría General de la República, Superintendencia de Pensiones, etcétera; además de incluir todos aquellos órganos que forman parte de la Administración Pública, sea esta centralizada, descentralizada o desconcentrada, incluyendo a los llamados órganos gubernativos.

En otras palabras se acepta plenamente en nuestro ordenamiento jurídico el principio del Estado de Derecho y más aún, de un verdadero Estado Social de Derecho con todas las implicancias, prerrogativas y trascendencia que significa para un país como el nuestro.

Al aceptarse que Nicaragua es un Estado Social de Derecho, significa la plena aceptación del principio de legalidad, como sometimiento total y absoluto del Poder a las normas jurídicas existentes, figurando en primer lugar la Constitución Política, lo que implica su supremacía a través del Control Constitucional.

Valga la pena, mencionar que el principio de la legalidad opera de distinta manera para los particulares que para el Estado. En efecto, mientras que para los particulares este opera según lo establecido por el arto. 32 de nuestra Constitución Política (Cn), que establece: “Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe”; para el Estado, en su totalidad, significa lo contrario, así el párrafo primero del arto. 130 Cn establece: “Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes”, y ese mismo criterio, está reforzado en el arto. 183 Cn que dice. “Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República”.

La noción de Estado Social de Derecho puede entenderse a partir de la elaboración científica realizada principalmente por los iuspublicistas alemanes, pero adquiere su fisonomía concreta, como hemos mencionado, con la Constitución de Apatzinga (1915) y de Querétaro en México (1917) y la Constitución de Weimar en Alemania (1919), cada una en un contexto distinto y con particularidades propias a su realidad.

El Estado Social de Derecho supone no sólo la sumisión del Estado al ordenamiento jurídico sino también, y por sobre todo, la búsqueda de un Estado eficiente, capaz de administrar los recursos públicos en aras del bien común o del interés público, lo que exige la instrumentalización jurídica de conceptos de control sobre el manejo de fondos públicos elaborados desde la época del cameralismo, el mercantilismo y de los fisiócratas en Francia.

El Estado Social de Derecho, supone por ende:

a) La plena aceptación del principio de la separación de Poderes.

Esta noción que evidentemente ha sido tomada desde la experiencia constitucional inglesa y luego las obras de John Locke, Scipriano Mafei, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, basadas a su vez en la filosofía racionalista y en el mecanismo de la época; que entendía a la naturaleza como la obra de la razón, y que por ende, el Estado debía estructurarse de manera racional, es lo que más tarde los norteamericanos, siguiendo a los ingleses, van a llamar el sistema de pesos y contrapesos, es decir: “El check and balances”.

A partir de esa concepción el Poder estaría distribuido entre diversos detentadores sin estar concentrada en manos de una sola persona, como sucedía en la época del Estado absoluto o Estado Policía. Sirviendo cada Poder de balance y moderador de la actividad de los otros Poderes del Estado, llegando inclusive alguno de ellos a controlar a los demás por la interpretación de la legalidad de las diversas actuaciones estatales.

b) Consagración de derechos y garantías ciudadanas.

El advenimiento del Estado de Derecho o Estado Abstenционista, supuso la plena aceptación y reconocimiento de derechos innatos al hombre, al ser humano, por el ordenamiento jurídico. Esto se dio tanto en la declaración de independencia en los Estados Unidos en 1776, como en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en Francia en 1789.

Sin embargo, el antecedente más inmediato a ambas declaraciones se encuentra en el Bill of Rights en Inglaterra en 1689. A tal punto, que estos han venido a constituir una pieza indispensable del Estado de Derecho. Ahora bien, los derechos actúan como un escudo protector para la actividad ciudadana y como un límite y valladar para la actuación del Estado, que no sólo ha de respetarlos en un sentido negativo, un no hacer, sino que en los llamados derechos sociales y en los de la tercera generación, que implica una actividad positiva de actuación, de intervención esta-

tal, es aquí donde se advierte la noción de lo social en el Estado de Social de Derecho.

c) El control del Poder y el carácter Democrático.

El escritor alemán Jellinek, mencionaba que existían tres tipos de controles sobre la actividad del Estado: social, político y jurídico (aquí encontramos al Control Constitucional). Esta línea de pensamiento fue desarrollada posteriormente por el profesor de Derecho Público español Jordana de Pozas, y que hoy, ha adquirido una carta de ciudadanía entre los controles sobre quienes ejercen el Poder.

Como control social se conoce el que ejerce la opinión pública a través de los medios de comunicación social que existen en el país, ya sean escritos, radiales, televisivos, etcétera.

Los controles políticos son aquellos que han sido formulados inicialmente en las democracias parlamentarias y que se han introduciendo en las llamadas democracias presidenciales, estos son: el informe, la comparecencia y la interpelación, formas de control que la reforma constitucional de Nicaragua (1995) recoge en el artículo 138 inciso 4 Cn.

Hay que mencionar, que nuestra Constitución Política establece: “que los funcionarios públicos de cualquier Poder del Estado, elegidos directa e indirectamente, los Ministros y Viceministros de Estado; los presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales; y los embajadores de Nicaragua en el exterior no pueden concesión alguna del Estado. Tampoco podrán actuar como apoderados o gestores de empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado. La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación y el cargo” (Arto. 130 párrafo 2), por otro lado, el mismo texto constitucional nos plasma “que los funcionarios de los cuatro Poderes del Estado, elegidos directa e indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolver-

los. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo” (arto. 131 párrafo primero).

Y dentro de los medios de control jurídico señalamos a: el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (Ombudsman), el recurso de amparo, el procedimiento administrativo, el contencioso administrativo, el recurso de inconstitucionalidad y en de alguna medida, el control técnico financiero que ejerce la Contraloría General de la República (artos 154, 155 y 156 de la Cn). En este último aspecto, se ha venido insistiendo en que la democracia no sólo ha de ser lo electoral o representativo, sino además, lo participativo, es decir, la presencia de la sociedad civil en las tomas de decisiones y en la fiscalización de los recursos que no sólo son del Estado, sino más bien de todos bajo esa concepción.

#### d) Responsabilidad Patrimonial del Estado.

La reforma constitucional de 1995 integró al texto constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración Pública, la que antes era subjetiva o personal. Así el art. 131 párrafo segundo Cn dice: “El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión”.

Además, el Estado no solamente es responsable por los daños que cause a terceros sino, que los funcionarios y empleados públicos serán responsables ante el Estado mismo, y en ese sentido, el inciso tres del art. 131 Cn nos dice: “Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por la falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo”.

e) La rendición de cuentas.

Si bien esta figura aparece en otros períodos de la evolución humana, actualmente constituye uno de los elementos del Estado Social de Derecho, sobre todo desde la perspectiva de los recursos que los funcionarios públicos manejan. Se trata entonces, de recursos públicos que constituyen parte del patrimonio del Estado y desde luego están sometidos a normas rigurosas de control en aras de la transparencia de la gestión realizada.

#### **IV. Antecedentes y creación del órgano de justicia constitucional nicaragüense**

En Nicaragua no podemos hablar de antecedentes históricos de un órgano de justicia constitucional, en el sentido estricto de la palabra, ya que históricamente no ha existido un órgano que permita su calificación como tal. El control constitucional nicaragüense lo ejerce -y ha ejercido- la Corte Suprema de Justicia.

No es demasiado lo que al respecto contiene la Constitución de 1974 que es el antecedente inmediato a la Constitución actualmente vigente en Nicaragua. En efecto, la Constitución de 1974 en su arto. 280 establece que “La justicia se administra en nombre de la República por medio del Poder Judicial, que estará compuesto por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelaciones, el Tribunal Superior del Trabajo, el Tribunal Contencioso Administrativo, Jueces de Distrito y Locales, Jueces del Trabajo, Registradores Públicos de la Propiedad y demás funcionarios que la Constitución y las leyes determinen”. Como podemos observar, en Nicaragua no existía una Corte o Tribunal Constitucional que se encargará de garantizar la eficacia jurídica de la Constitución como un órgano ad-hoc no inserto en la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, más adelante el mismo cuerpo legal dispone que corresponde a la Corte Suprema de Justicia co-

nocer de los recursos de Amparo, casación, revisión y demás que señale la ley, es decir, decidir definitivamente, previa audiencia del Ministerio Público sobre el valor legal de los actos legislativos que el ejecutivo objetare como contrarios a la Constitución o que sometiere al Tribunal Supremo para obtener de éste un pronunciamiento sobre su valor constitucional (arto. 293 inc. 4.8).

De esta disposición podemos desprender que el recurso de inconstitucionalidad debía ser promovido por el Poder Ejecutivo. Estaba expresamente prohibido a los órganos de gobierno conjunta o separadamente, suspender la constitución o restringir los derechos en ella consignados, siendo nula toda ley que reglamente, el ejercicio de las garantías y derechos en cuanto las disminuyan, restrinjan o adulteren.

Posteriormente, el nueve de Enero de 1987 el Poder legislativo aprueba una nueva Constitución Política la que establece que la justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley (arto. 158 Cn).

De conformidad con esta Constitución, los Tribunales de Justicia forman un sistema unitario cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. Hay Tribunales de Apelaciones, jueces de Distrito, jueces Locales; cuya organización y funcionamiento será determinado por la ley; al mismo tiempo establece la carrera judicial<sup>131 132</sup>.

---

<sup>131</sup> Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, a saber: La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales de Apelaciones, los Juzgados de Distrito y los Juzgados Locales. Los Tribunales Militares sólo conocerán de las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Supremo del Poder Judicial y ejercerá las funciones jurisdiccionales, de gobierno y reglamentarias, que le confieren la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes. Cfr. art. 22 LOPJ y 34, inc. 2 Cn.

Referente al órgano encargado del control de constitucionalidad dispone que sean atribuciones de la Corte Suprema de Justicia<sup>133</sup> conocer y resolver sobre los recursos de inconstitucionalidad y de amparo interpuesto de conformidad con lo establecido en la constitución y Ley de Amparo<sup>134</sup>.

La Constitución de 1987 sufrió una reforma parcial publicada el 4 de Julio 1995 en la que se reforma algunos aspectos del Poder Judicial entre los que cabe destacar el aumento del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de nueve a doce Magistrados, los cuales pasarían, mediante reforma constitucional del año 2000, a dieciséis; los que ejercerán su cargo durante el período de siete años y los Magistrados de los Tribunales de Apelaciones, de cinco años. Únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y la ley (art. 162 y 163 Cn).

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia gozan de inmunidad y toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (art. 163 Cn).

---

<sup>132</sup> Tradicionalmente han existido tres formas de ingreso a la Carrera Judicial, que son: a) **El Sistema del Spoil System (Sistema de Botín)**: Aquí va a ingresar la persona que tenga fidelidad partidaria, sin importar su capacidad profesional o técnica. Es decir, que si gana un partido político y sabe que anteriormente estuvieron en el gobierno personas del partido de su oposición; todos estos se irían despedidos, porque importa la fidelidad partidaria. b) **Sistema de Concurso**: Las personas van a ocupar los cargos dentro del Poder Judicial según su curriculum, los mejores capacitados. c) **Sistema de Oposición**: El ingreso a la carrera judicial se da no solo por tener los mejores curriculums, la mejor preparación académica; sino que esto se acompaña por la elaboración de una serie de exámenes profesionales, es decir, que las personas a ocupar los cargos dentro del Poder Judicial serán aquellas que tengan buen curriculum y buenos exámenes.

<sup>133</sup> Ver art. 27 y 34 LOPJ

<sup>134</sup> Ley que establece el procedimiento para ejercer el control constitucional a través de los Recursos de Inconstitucionalidad, recurso de Amparo y Recurso de Exhibición Personal.

A través de esta reciente reforma parcial también se establece que la Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas con un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados<sup>135</sup>. La Corte Plena conocerá y resolverá los recursos de inconstitucionalidad de la ley, y los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado<sup>136</sup>. De esta manera, por primera vez en la historia del Poder Judicial Nicaragüense se crea - desde el punto de vista formal - una sala de lo Constitucional cuyas funciones serán reguladas por la ley y la Constitución Política.

### 1. Composición y organización interna de la Corte Suprema de Justicia

La Constitución Nicaragüense en su título VIII, Capítulo V, artos. 158 a 167 establece la composición de la Corte Suprema de Justicia, período de duración del cargo de magistrado, requisitos para optar al cargo<sup>137</sup> y forma de elección del Presidente<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Ver arto. 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37 LOPJ.

<sup>136</sup> Véase arto. 27 LOPJ.

<sup>137</sup> Arto. 161 *“Para ser Magistrado de los Tribunales de Justicia se requiere:*

- 1) Ser nacional de Nicaragua y no haber renunciado a la nacionalidad nicaragüense, salvo que la hubieren recuperado por lo menos en los últimos cinco años anteriores a su elección.
- 2) Ser abogado de moralidad notoria, haber ejercido una judicatura o la profesión por lo menos durante diez años o haber sido Magistrado de los Tribunales de Apelaciones durante cinco años cuando se opte para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.
- 3) Estar en pleno goce de sus derechos políticos y civiles.
- 4) Haber cumplido treinta y cinco años de edad y no ser mayor de setenta y cinco años al día de la elección.
- 5) No haber sido suspendido en el ejercicio de la Abogacía y del Notariado por resolución judicial firme.
- 6) No ser militar en servicio activo, o siéndolo, haber renunciado por lo menos doce meses antes de la elección”.

La Corte Suprema de Justicia mediante reforma constitucional del año 2000, como Tribunal colegiado, está integrada por 16 Magistrados, electos por la Asamblea Nacional de ternas propuestas por el poder ejecutivo y el legislativo

---

<sup>138</sup> Art. 28 ss LOPJ.

También se regulaba, y de forma detallada, en la Ley Orgánica de Tribunales (LOTT) promulgada el 19 de Julio de 1894 bajo el gobierno de José Santos Zelaya, que constaba de 318 artículos que se encuentran organizados en 30 capítulos y 20 títulos. Se encargaba junto con la Constitución Política de establecer la organización y atribuciones de las diferentes instancias del Sistema Judicial. Dicha Ley vino a sustituir a la antigua Ley Reglamentaria de Justicia de 1851.

La Ley Orgánica de Tribunales, que tuvo más de un siglo de vigencia, ha sufrido una serie de reformas de las cuales destacamos, entre las más relevantes, las últimas tres que tocan aspectos administrativos del Poder Judicial: Estas leyes son: El decreto N° 303 del 20 de enero de 1988 que es la “Complementación a la Ley Orgánica de Tribunales y reforma a la Ley creadora de los Tribunales de Apelaciones”; la Ley N° 95 sobre la “Reforma a la Ley Orgánica de Tribunales de la República de Nicaragua” y la ley N° 106 sobre la “Reforma a la ley orgánica de Tribunales”. La Ley 260/1998 Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de julio, la derogó, excepto las disposiciones contenidas en el Título XVI, artículos 288 al 291, ambos inclusive, y en el título XVIII, artículos 298 al 307, igualmente inclusive. Art. 228 LOPJ.

El título séptimo de la LOTT estaba dedicado al Tribunal Supremo, el equivalente a lo que la Constitución denomina Corte Suprema de Justicia, además establecía los requisitos que deben tener los ciudadanos que desean ser magistrados y también regulaba lo concerniente a sus funciones administrativas dentro del mismo poder, como son las de nombrar a los demás funcionarios del poder judicial, incluidos los jueces, dictar su reglamento interno, y otras funciones relativas a su materia como revisar las impugnaciones de las resoluciones que lleguen a sus manos y velar por el control de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 121 de esta ley establecía que: “Podrá también conocer la Corte Suprema directamente, del recurso que ante ella se entable de inconstitucionalidad de una ley que se refiera a asuntos no ventilable ante los Tribunales de Justicia, por toda persona que al serle aplicada en un caso concreto, sea perjudicada en sus legítimos derechos”. Este artículo se encuentra relacionado con el inciso 3° y 4° del artículo 164 de la Constitución Política que se refieren a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

vo en consultas realizadas a las asociaciones civiles que presentan sus candidatos atendiendo la experiencia y prestigio profesional del candidato ante cualquiera de los dos poderes. Los magistrados toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley para un período de siete años, durante el cual no podrá ser separados sino por causas legales (arto. 162 Cn.). El Presidente es electo de entre los magistrados nombrados, por mayoría de votos para un período de un año pudiendo ser reelecto (arto. 28 Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ).

Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y no ser mayor de setenta y cinco años, ser abogado de moralidad notoria y haber ejercido una judicatura o la profesión por lo menos durante diez años o haber sido Magistrado de los Tribunales de Apelaciones durante cinco años. Además, no haber sido suspendido en el ejercicio de la Abogacía y del Notariado por resolución judicial firme ni ser militar en servicio activo, o siéndolo, haber renunciado por lo menos doce meses antes de la elección (arto. 36 LOPJ).

La Corte Suprema de Justicia se encuentra dividida, como habíamos mencionado, en cuatro Salas, que están conformadas con un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo (arto. 31 LOPJ). La Corte en Pleno conoce y resuelve los recursos de inconstitucionalidad de la ley, y los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado (arto. 27 LOPJ).

En la actualidad, cada una de las salas se encuentra compuesta por seis magistrados, lo que significa que cada magistrado ocupará un puesto en dos salas distintas. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia tendrá un presidente y vicepresidente electo por un período de un año, ambos podrán ser reelectos (arto. 28 LOPJ). Cada sala tendrá un Presidente que también tendrá un período de un año y podrá ser reelecto.

## V. Normativa reguladoras del control constitucional

Las líneas generales normativas referente a las funciones de la Corte Suprema como órgano que ejerce el control constitucional aparecen recogidas en el texto de la Constitución, en su Título V, artos. 164 inc 3 y 4. Estas disposiciones versan sobre la atribución de la Corte Suprema para conocer y resolver los recursos de amparo e inconstitucionalidad de la ley. Y finalmente, los principios que rigen la actividad judicial y efectos de sus fallos.

El mismo cuerpo legal en su Título X, Capítulo II, artos. 187 al 190 referente al Control Constitucional establece los recursos por Inconstitucionalidad, de Amparo y Exhibición Personal para garantizar su supremacía, remitiendo sus regulaciones a la ley N° 49 “Ley de Amparo”, publicada en el Diario Oficial, La Gaceta, N° 241, de 20 de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

1. Modalidad de control de constitucionalidad vigentes; control difuso y control concentrado

Como les hacíamos mención anteriormente, el modelo de control de constitucionalidad adoptado en Nicaragua responde en parte al modelo de control mixto, uno concentrado y otro difuso.

El control constitucional concentrado va referido a lo que respecta al Recurso por Inconstitucionalidad, ya que el único órgano encargado de conocer y resolver éste recurso como mecanismo de control constitucional es la Corte Suprema de Justicia (arto. 164 inc. 3,4 Cn). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia decide sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos que se opongan a lo prescrito en la Constitución, el resto de los Tribunales no pueden, por tanto, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes.

No obstante, en lo que respecta al Recurso de Amparo como mecanismo de control constitucional, podemos decir que, responde a un modelo de control difuso ya que

quién conoce de las primeras actuaciones, hasta la suspensión del acto inclusive, es el Tribunal de Apelación respectivo correspondiendo a la Corte Suprema el conocimiento ulterior hasta la sentencia definitiva.

## 2. Tipos de normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad

Las normas susceptibles de revisión por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a su adecuación a la Constitución son muy amplias. Ello incluye tanto normas legales – gubernamentales y parlamentarias- como disposiciones reglamentarias, decretos (ejecutivos en materia administrativa), municipales (bandos y ordenanzas municipales) y Tratados Internacionales.

Los tratados o acuerdos internacionales a los que la Asamblea Nacional haya prestado su aprobación podrán ser sometidos a revisión ante la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso de inconstitucionalidad para que ésta se pronuncie sobre su concordancia con los mandatos constitucionales. En todo caso, los Tribunales de justicia deberán observar siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional (arto. 182 Cn).

Y el control difuso, seda a través del recurso de amparo cuando las disposiciones, actos o resoluciones, acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política también pueden ser objeto del recurso de amparo que tiene como finalidad el control de la legalidad, es decir, su objeto es mantener y restablecer la vigencia y efectividad de las normas constitucionales.

## 3. Tipos de Procedimiento

### 3.1 Control Abstracto y Control Concreto

El modelo nicaragüense de justicia constitucional contempla tanto el control abstracto como el concreto y el mixto, este último explicado de manera amplia en las primeras líneas de este artículo.

El control abstracto se realiza a través del llamado “Recurso de Inconstitucionalidad” mediante el cual se persigue que la Corte Suprema en pleno se pronuncie sobre la compatibilidad o no de una ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa), reglamento con lo prescrito en la Constitución. Tal procedimiento puede iniciarse por los legitimados para ello (ver apartado 3.3 siguiente) frente a normas con rango de ley que hayan entrado en vigencia, independientemente de que hayan sido o no aplicadas en concreto. Con la interposición de este recurso lo que se persigue es que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley en abstracto. Es el texto de la ley lo que se somete a consideración de la Corte Suprema, incluso antes de que haya sido objeto de aplicación efectiva.

Este procedimiento de control abstracto presenta inconvenientes, ya que la interposición del recurso esta restringido en cuanto al plazo para su interposición (sesenta días contados desde la fecha en que entre en vigencia el texto legal contra el que se recurre). Cabe, pues, que una norma quede, en virtud del transcurso del plazo para su impugnación, pese a que, posteriormente, muestre consecuencias evidentemente inconstitucionales.

El procedimiento de control concreto esta regulado en el capítulo IV, artos. 20 al 22 de la Ley de Amparo, LA; referente a la Inconstitucionalidad en casos concretos, que disponen que la parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo podrá alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento aplicado.

Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento, el

funcionario judicial o tribunal en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte Suprema de Justicia ratifica la Inconstitucionalidad de la ley, decretos ejecutivos en materia administrativa o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la ley.

### **3.2. Control previo y control a posteriori**

El 1996, mediante reforma arto. 6 de la Ley de Amparo, se afirmó que el control constitucional que ejercerá la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Constitucional y Tribunales de Apelaciones; debería realizarse en todos los casos con carácter a posteriori, es decir que el control constitucional se lleva a cabo sobre normas legislativas y gubernamentales que ya entraron en plena vigencia, no obstante, la misma Corte Suprema de Justicia de una manera contrariada declara posteriormente inconstitucional este artículo de la misma Ley de Amparo, y deja establecido de manera peligrosa el control constitucional previo, lo cual, provoca y promueve inseguridad jurídica en el procedimiento de formación de ley.

Con esto, se vulnera el principio de legalidad que sirve como un principio de tutela ciudadana y límite frente al poder punitivo del Estado, viéndose conculcado el principio de legalidad al utilizarse formulas vagas, imprecisas o indeterminadas en la descripción de la conducta típica o en la definición de los límites de sus consecuencias jurídicas: pues además ello acaba significando dejar en manos del juez la precisión de los límites vulnerando así la exclusividad del legislativo en esta materia.

### **3.3. Legitimados para activar el control de constitucionalidad**

#### **3.3.1. Recurso de Inconstitucionalidad**

De conformidad con la Constitución y la Ley de Amparo, cualquier ciudadano o ciudadanos, está(n) legitimado(s) para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad ya sea personalmente o a través de un apoderado especialmente facultado para ello, cuando una ley, decre-

tos (ejecutivos en materia administrativa) o reglamento perjudique directamente o indirectamente sus derechos constitucionales. (art. 187 Cn y art. 6 L.A).

En el caso de control concreto - inconstitucionalidad en casos concretos establecidos en el capítulo IV, artos. 20-22 LA - es la parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo la que está legitimada para alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado.

### 3.4. Rasgos generales del procedimiento del recurso de Inconstitucionalidad

En este apartado, como en el anterior, me limitare a presentar consideraciones a los supuestos de pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma, dejando fuera los casos relativos a los otros procedimientos regulados en la Ley de amparo (recurso de amparo y el recurso de Exhibición personal), de los que daré una explicación breve al final de éste trabajo.

El procedimiento del recurso de inconstitucionalidad -control abstracto- y el de inconstitucionalidad en casos concretos -control concreto- proceden cuando una ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento perjudique directa o indirectamente sus derechos consagrados en la Constitución Política y debe estar dirigido contra el titular del órganos que la emitió.

El recurso de Inconstitucionalidad debe ser interpuesto<sup>139</sup> en el término de 60 días contados desde la fecha en

---

<sup>139</sup> El escrito de interposición deberá contener los siguientes requisitos:

1. Nombres, apellidos y generales de ley del recurrente.
2. Nombres, apellidos del funcionario o titular del órgano contra quien se interpone el recurso.
3. La ley, decreto o reglamento impugnado, fecha de entrada en vigencia y la disposición o disposiciones especiales que se opongan a la Constitución, determinando las normas que se consideren violadas.

que entró en vigencia la ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento y debe ser formulado por escrito, en papel sellado y dirigido a la Corte Suprema de Justicia, debiéndose presentar en la Secretaría de esta instancia con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al funcionario contra quien esta dirigido y otra a la Procuraduría General de Justicia, que será parte en la sustanciación del recurso.

Una vez presentado el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad la Corte Suprema concederá al recurrente un plazo de cinco días para que llene las omisiones de forma que se encuentren en el escrito de interposición, si el recurrente dejaré transcurrir este plazo, sin llenar las omisiones se tendrá por no interpuesto.

Interpuesto en forma el recurso la Corte Suprema se pronunciará dentro de quince días sobre la admisibilidad del mismo, admitido el recurso la Corte pedirá un informe al funcionario en contra de quien se interpuso, el cual deberá rendirse en el término de quince días de recibida la notificación, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien.

Transcurrido este término, con el informe o sin él, la Corte dará audiencia por seis días a la Procuraduría para que dictamine el recurso, pasado este término con el dictamen o sin él, la Corte dictará sentencia dentro de sesenta días pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada.

La Corte Suprema previa notificación a las partes, enviará copia de la sentencia a los demás poderes del Estado para su conocimiento y la enviará a publicar en el Diario Oficial La Gaceta.

- 
4. Exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que cause o pudiese causar la ley, decreto o reglamento impugnado.
  5. La solicitud expresa que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento o parte de la misma.
  6. Señalamiento de casa conocida para notificaciones.

### 3.5. Valor de las sentencias

La declaración de inconstitucionalidad tiene efecto a partir de la sentencia que establezca la inaplicabilidad de la ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento, o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la inconstitucionalidad fuere parcial.

La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales. Cuando se recurre solamente contra parte o partes de los citados cuerpos legales, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio especialmente sobre el resto de los mismos.

Referente al recurso de inconstitucionalidad en casos concretos en los que las partes pueden recurrir de Casación o de Amparo pudiendo alegar la inconstitucionalidad de la ley, decretos (ejecutivos en materia administrativa) o reglamento que se le haya aplicado. Si resultare ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento aplicado.

Cuando por sentencia firme hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte ratifica la Inconstitucionalidad de la ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad.

En estos casos la declaración de inconstitucionalidad no podrá afectar o perjudicar derechos adquiridos por terceros en virtud de dichas leyes, decretos ejecutivos en materia administrativa o reglamentos.

## VI. Garantías de los derechos y libertades fundamentales

### 1. Procedimiento específico para la garantía de los derechos fundamentales

La Constitución Política y la Ley de Amparo establecen además del Recurso de Inconstitucionalidad, el Recurso de Amparo y el Recurso de Exhibición Personal para garantizar los derechos y libertades fundamentales prescritas en la Constitución.

#### 1.1. El recurso de Amparo

El artículo 188 de la Constitución establece un procedimiento específico para la protección de un elenco determinado de derechos en ella reconocidos. Este procedimiento es el denominado Recurso de Amparo, cuyas primeras actuaciones son competencia del Tribunales de Apelaciones respectivo quien conoce hasta la suspensión del acto inclusive, correspondiéndole a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento ulterior hasta la resolución definitiva.

Las características de este recurso las encontramos reguladas en la Ley de Amparo, capítulo III, artos. 23 ss. De conformidad con estas disposiciones el recurso de amparo deberá interponerse por escrito<sup>140</sup>, en papel común, con copias suficientes para las autoridades señaladas como res-

---

<sup>140</sup> El escrito de interposición deberá contener:

1. Nombres, apellidos y generales de ley del agraviado o de la persona que lo promueve en su nombre.
2. Nombres, apellidos y cargos de funcionarios, autoridades o agentes de los mismos contra quien se interpone el recurso.
3. Disposición, acto o resolución, acción u omisión contra los cuales se reclama, incluyéndose si la ley, decreto o reglamento, que a juicio del recurrente fuere inconstitucional.
4. Las disposiciones constitucionales que se estimen violadas.

ponsables y para la Procuraduría General de Justicia que será parte en la sustanciación del presente recurso, en el término de treinta días, contados desde que se haya notificado o comunicado legalmente al agraviado, la disposición, acto o resolución, también podrá interponerse desde que la acción u omisión haya llegado a su conocimiento.

Presentado el escrito de interposición en la Secretaría, el Tribunal concederá al recurrente un término de cinco días para que llene las omisiones de forma que notare en dicho escrito, si el recurrente dejare pasar el plazo, el recurso se tendrá por no interpuesto.

En el caso de que la persona agraviada sea un menor que hubiere cumplido quince años, podrá interponer el recurso personalmente sin intervención de su legítimo representante, cuando este se hallare ausente o impedido. En tal caso el Tribunal sin perjuicio de dictar las providencias necesarias, nombrará al menor un guardador especial para que lo represente, pudiendo el menor hacer por escrito la designación de su representante. Si el menor no ha cumplido los quince años de edad, y se hallare ausente o impedido su representante, podrá interponer el recurso en su nombre la Procuraduría General de Justicia.

Interpuesto en forma el recurso ante el Tribunal, se pondrá en conocimiento a Procuraduría acompañándole copia del recurso para que dictamine sobre el recurso.

El Tribunal dentro del término de tres días, de oficio o a solicitud de parte, deberá decretar la suspensión<sup>141</sup> del

---

5. Haber agotado los recursos ordinarios establecidos en la ley o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley señala.

6. Señalamiento de casa conocida en la ciudad sede del Tribunal para recibir notificaciones.

<sup>141</sup> La suspensión del acto a solicitud de parte, será atendida cuando concurran las siguientes circunstancias:

1. Que la suspensión no cause perjuicio al interés general ni se contravengan disposiciones públicas.

acto contra el cual se reclama o denegarla en su caso. Procederá la suspensión de oficio cuando trate de algún acto que de llegar a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado, o cuando sea notoria la falta de jurisdicción o competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiera el recurso, o cuando el acto sea de aquellos que ninguna autoridad pueda ejecutar legalmente.

Al decretarse la suspensión, el Tribunal fijará la situación en que habrán de quedar las cosas y se tomarán las medidas pertinentes para conservar la materia objeto de amparo, hasta terminado el procedimiento.

Posteriormente, el Tribunal pedirá a los señalados como responsables, envíen informe a la Corte Suprema, dirigiéndoles oficio en pieza certificada, con aviso de recibo o por cualquier otra vía que resulte más expedita. El informe deberá rendirse en el término de diez días, contados desde la fecha en que reciban el correspondiente oficio.

Una vez resuelta la suspensión del acto reclamado, se remitirán los autos en el término de tres días a la Corte para la tramitación correspondiente previniéndoles a las partes que deberán personarse dentro del término de tres días hábiles, más el de la distancia, para hacer uso de sus derechos. Si el recurrente no se persona dentro del término señalado, se declarará desierto el recurso.

Recibidos los autos por la Corte con o sin el informe, dará al amparo el curso que corresponda. La falta de informe establece la presunción de ser cierto el acto reclamado. La Corte podrá pedir al recurrente la ampliación sobre los hechos reclamados y resolver sobre todo lo relativo a la suspensión del acto.

---

2. Que los daños y perjuicios que pudieren causarse al agraviado con su ejecución sea de difícil reparación a juicio del Tribunal.

3. Que el reclamante otorgare garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiere causar a terceros si el recurso llegase a declararse sin lugar.

En el recurso de amparo se le dará intervención en las actuaciones a los recurrentes, a los funcionarios o autoridades en contra de quienes se dirija, a la Procuraduría y a todos los que pueda afectar la resolución final si se hubieren presentado. Si el Tribunal no encontrare datos suficientes para resolver el recurso lo abrirá a pruebas por el término de diez días, siendo admisible toda clase de pruebas.

La Corte deberá dictar sentencia en todo caso en el término de cuarenta y cinco días posteriores a la recepción de la diligencia. Dictada la sentencia el Tribunal la comunicará por oficio dentro del término de tres días hábiles a las autoridades o funcionarios responsables para su cumplimiento, igualmente se hará con las demás partes.

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, las autoridades o funcionarios responsables no dieren cumplimiento a la sentencia en el caso que la naturaleza del acto lo permita, la Corte requerirá al superior inmediato de la autoridad o funcionario responsable para que obligue a estos a cumplir la sentencia sin demora, si no tuvieran superior jerárquico el requerimiento se hará directamente a ellos.

Si la sentencia de la Corte no se cumple a pesar de los requerimientos, se pondrán los hechos en conocimiento a la Presidencia de la República para que ordene su cumplimiento e informe a la Asamblea Nacional, sin perjuicio de poner el caso en conocimiento de la Procuraduría General de Justicia para que derive las acciones correspondientes.

La sentencia no sólo se referirá a las personas naturales o jurídicas que hubieren interpuesto el recurso, limitándose si procediese a ampararlo. La sentencia debe ser razonada, con fijación clara del acto o actos reclamados, indicación de los fundamentos legales en que se apoya para declarar la legalidad o ilegalidad del acto reclamado y puede tener un carácter positivo y uno negativo.

Cuando la sentencia sea de carácter positivo tendrá por objeto restituir al agraviado el pleno goce de sus derechos agredidos, restableciendo las cosas al estado en que encontraba antes de la trasgresión. Si es de carácter nega-

tivo, el efecto del amparo será obligar a los responsables a que actúen en el sentido de respetar la ley y garantía de que se trata.

No procede el recurso de amparo contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia, cuando la infracción producida por el acto reclamado sea irreparable material o jurídicamente, y contra los actos que hubieren sido consentidos por el agraviado de modo expreso o tácito.

### 1.2. Recurso de Exhibición Personal

Cuando se da una detención ilegal realizada por cualquier autoridad el recurso se interpondrá ante el Tribunal de Apelaciones respectivo o en la Sala Penal de los mismos, donde se estuviere dividido en Salas. Pero si los actos restrictivos de la libertad son realizados por particulares, las autoridades competentes serán los Jueces de Distrito de lo Criminal respectivo, pudiéndose interponer en cualquier tiempo aún es estado de emergencia, mientras subsista la privación ilegal de la libertad personal o amenaza de la misma. Todos los días y horas son hábiles para este fin.

Este recurso podrá interponerlo cualquier habitante de la República a favor del agraviado, ya sea por escrito, carta, telegrama o verbalmente levantando el acta correspondiente en este caso, en contra del funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa, en contra del agente ejecutor o en contra de todos y en contra del particular que restrinja la libertad personal.

El peticionario al interponer el recurso, deberá expresar los hechos que lo motivan, el lugar que se encuentra detenido si se supiere y el nombre o cargo de que ejerce la autoridad o del funcionario, responsable o representante de la entidad o institución que ordenó la detención, si se supiere.

Introducida en forma la petición ante el Tribunal de la jurisdicción donde se encuentre el favorecido por el recurso, el Tribunal decretará la exhibición personal y nombrará

juez ejecutor que podrá ser cualquier autoridad o empleado de orden civil o un ciudadano de preferencia abogado, y de notoria honradez e instrucción procurando que el nombramiento no recaiga en funcionarios propietarios del Poder Judicial.

En el caso de amenaza de detención ilegal, el peticionario al interponer el recurso deberá expresar en qué consiste la amenaza, debiendo en todo caso ser real, inmediata, posible y realizable, llenándose además requisitos contemplados en esta ley. Presentado el recurso en forma por amenaza el Tribunal solicitará a la autoridad en contra de quien se dirija, para que rinda informe en el término de veinticuatro horas, con dicho informe o sin él, el Tribunal decidirá admitir o rechazar dicho recurso. En el caso de que el Tribunal rechace el recurso, el perjudicado podrá recurrir de queja ante la Corte y de lo resuelto por ésta no habrá recurso alguno.

El cargo de juez ejecutor será gratuito y obligatorio, y sólo por imposibilidad física o implicancia comprobada podrá negarse a desempeñarlo, so pena de aplicarse una multa del veinticinco por ciento de su salario o ingreso mensual. El juez ejecutor deberá proceder de inmediato a cumplir su cargo dirigiéndose a la autoridad o persona contra quien se hubiere expedido el auto de exhibición, quien esta obligado a recibir al juez ejecutor en forma inmediata, bajo pena de multa de hasta el veinticinco por cientos de su salario o ingreso mensual a juicio del Tribunal, sin perjuicio de ser juzgado por el delito que corresponda.

El juez ejecutor procederá a intimar a la autoridad para que exhiba en el acto a la persona agraviada, que le presente el proceso si lo hubiere o explique en caso contrario los motivos de la detención indicando la fecha de ella, todo lo cual hará constar en acta.

El juez ejecutor esta obligado a dictar dentro de la ley toda medida de seguridad que sea indispensable en favor del detenido o del que estuviere amenazado de serlo ilegalmente. Las personas o autoridades requeridas deberán cumplir lo mandado por el juez ejecutor en el acto mismo de la

notificación, si se negare, el juez ejecutor dará cuenta al Tribunal para que dicte las medidas pertinentes al cumplimiento del mandato.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, si la autoridad intimada estimare que el juez ejecutor se extralimita de sus funciones, podrá informar la Tribunal de Apelaciones respectivo quien mandará a oír a la Procuraduría dentro del término de veinticuatro horas y resolverá conforme a derecho.

En el caso de que la autoridad requerida expusiera que el detenido no esta a su orden, deberá indicar la autoridad, funcionario o institución que ordenó la detención contra la cual se dirigirá el juez ejecutor. Si esta última autoridad indicada correspondiere a la competencia de otro Tribunal, el juez ejecutor estará obligado a informarlo inmediatamente a dicho Tribunal para que se proceda al nombramiento de un nuevo juez ejecutor.

Si se presume que una persona esta detenida y se desconoce el lugar en que se encuentra, y además no se tuviere conocimiento de quien ordeno la detención, el solicitante deberá dirigirse al Tribunal respectivo para que gire orden a la Procuraduría General de Justicia, a fin de que averigüe el lugar de su detención y quien es el responsable de la misma. La Procuraduría con la brevedad que el caso amerita actuará haciendo uso de las facultades que las leyes le confieren.

### **1.3. Actos susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del órgano de control de constitucionalidad**

Según la Constitución y Ley de Amparo son actos susceptibles de ser sometidos a la control jurisdiccional a través del procedimiento de Amparo toda disposición, acto o resolución y en general contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente ya sea del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial que viole o trate de violar los derechos y garantías consignadas en la Constitución de la República.

Por otra parte, nuestra Ley de Amparo también establece que todos aquellos actos de cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal autónoma o no que violen o estén en peligro de violar la libertad personal de cualquier habitante de la República es susceptible de ser sometido a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios - Tribunal de Apelaciones- mediante el Recurso de Exhibición Personal. En este sentido, el capítulo IV, arto. 74 ss establece el Recurso de Exhibición Personal contra actos de particulares que restrinjan la libertad personal de cualquier habitante de la República.

#### **1.4. Sujetos legitimados para la interposición del recurso**

Según el arto. 23 LA, el Recurso de Amparo sólo puede interponerse por parte agraviada. Se entiende por tal toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada, por toda disposición, acto o resolución, y en general toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos, que viole o trate de violar los derechos y garantías constitucionales.

En cuanto al Recurso de Exhibición Personal podrá interponerlo a favor del agraviado cualquier habitante de la República por escrito, carta, telegrama o verbalmente (art. 52 LA).

#### **1.5. Efectos de las sentencias**

Para el caso del Recurso de Amparo la sentencia dictada por la Corte se referirá a las personas naturales o jurídicas, que hubieren interpuesto el Recurso, limitándose si procediese a ampararlo y protegerlos en el caso especial controvertido.

La sentencia deberá ser razonada, con fijación clara del acto o actos reclamados, indicación de los fundamentos legales en que se apoya para declarar la legalidad o ilegalidad del acto reclamado y de los puntos resolutivos del mismo, señalándose en ellos con claridad y precisión al acto o actos por los que se conceden o deniegan el Amparo. Si el

acto o actos reclamados son de carácter positivo, la sentencia que concede el Amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos transgredidos, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de la transgresión. La Corte Suprema de Justicia en todo caso deberá dictar la sentencia definitiva dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la recepción de las diligencias.

Una vez notificada la sentencia si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, las autoridades o funcionarios responsables no dieran cumplimiento a la sentencia en el caso en que la naturaleza del acto lo permita, la Corte Suprema de Justicia requerirá al superior inmediato de la autoridad o funcionario responsable, para que obligue a éstos a cumplir sin demora la sentencia; si dicha autoridad o funcionario no tuviere superior jerárquico, el requerimiento se hará directamente a ellos.

Cuando la sentencia no se obedeciese a pesar de los requerimientos, la Corte Suprema de Justicia, pondrá los hechos en conocimiento de la Presidencia de la República para que proceda a ordenar su cumplimiento e informará a la Asamblea Nacional, sin perjuicio de poner el caso en la Procuraduría General de Justicia para que derive las acciones correspondientes.

Referente al Recurso de Exhibición Personal, desarrollado en el acápite 2.2.1 el Juez Ejecutor -nombrado por el Tribunal de Apelaciones respectivo- está en la obligación de dictar dentro de la ley todas las medidas de seguridad que sean indispensables en favor del detenido o del que estuviese amenazado de serlo ilegalmente.

En caso de haberse suspendido las garantías constitucionales referidas a la libertad individual, el Recurso de Exhibición Personal quedara vigente de conformidad con lo establecido en la Ley de Emergencia.

La persona u autoridad requerida cumplirá lo mandado por el Juez Ejecutor en el acto mismo de la notificación. Si se negare, el Juez Ejecutor dará cuenta al Tribunal para que dicte las medidas tendientes al cumplimiento del mandato.

Si la persona u autoridad expusiera que el detenido no está a su orden, deberá indicar la autoridad, funcionario o institución que ordenó la detención contra la cual deberá dirigirse el Juez Ejecutor.

En caso que la autoridad últimamente indicada correspondiera a la comprensión territorial de otro Tribunal, el Juez Ejecutor estará obligado a informarlo telegráficamente de inmediato a dicho tribunal para que proceda a nombrar un nuevo Juez Ejecutor que cumpla el Recurso.

En los casos anteriores desde la notificación e intimación del Juez Ejecutor, todo procedimiento de la autoridad requerida será nulo y delictuoso.

## **VII. Funciones de la Corte Suprema de Justicia en orden a la distribución territorial del Poder y Control de Inconstitucionalidad de Partidos Políticos, Control de Elecciones, Juicios Políticos**

La Corte Suprema de Justicia como órgano de control de constitucionalidad en Nicaragua carece de un procedimiento específico para dirimir controversias entre el Estado central y los entes territoriales, tampoco regulaciones que establezcan mecanismos de control de carácter constitucional de partidos políticos, control de elecciones, y juicios políticos.



**ANÁLISIS JURÍDICO-  
DOCTRINARIO DE LA  
INCONSTITUCIONALIDAD DE  
LEY EN CASOS GENERALES Y  
CASOS CONCRETOS,  
PROCEDIMIENTOS E  
INCIDENCIAS**

---

Soraya Obregón Sánchez \*

\* Asesora de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua



**Sumario:** I.- Introducción; II.- Control Constitucional del Recurso de Inconstitucionalidad; III.- Antecedentes del Recurso de Inconstitucionalidad en Nicaragua; IV.- Recurso de Inconstitucionalidad Director o General; V.- Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto o Concreto.

## I. Introducción

Para abordar el tema que nos ha sido encomendado, se hace necesario en principio establecer la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad en Nicaragua y para ello, debemos acudir a los diferentes sistemas de control que la doctrina ha establecido.

Diversos autores constitucionales coinciden en señalar tres tipos de sistemas: *Sistema Americano*, *Europeo-Continental*, y *Sistemas Mixtos (norteamericano-austriaco)*.

**a) Sistema Americano:** Se le reconoce el origen de la justicia constitucional al constitucionalismo norteamericano, por ser quienes reconocieron que la Constitución se conformaba como norma jurídica superior, derivándose de dicha concepción dos elementos: la ley suprema en un documento escrito y la técnica de judicial review, en relación a esta última se desarrolló como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes en 1803 en el caso “Marbury versus Madison”, fallado por el Juez John Marshall, que en síntesis determinó que si una ley estaba en contradicción con la Constitución, o se aplicaba la ley, lo que implicaba la no aplicación de la Constitución o viceversa, inclinándose en esta última posición.

María Mercedes Serra Rad, señala respecto a los caracteres del sistema norteamericano que: “*Es un “control difuso” porque la apreciación de la constitucionalidad de las leyes no corresponde a un solo órgano jurisdiccional, sino*

que todos los jueces ordinarios –sin distinción de grados– están habilitados para no aplicar las leyes cuando las juzgan contraria a la Constitución (multiplicidad de control, ordenado en virtud del principio “*stare decisis*”, por el cual los tribunales inferiores quedan vinculados a la jurisprudencia de la “*Supreme Court*”<sup>142</sup>). De lo expuesto por la autora se deriva que el control es judicial por cuanto se encuentra depositado en todos los que integran el órgano jurisdiccional, razón de que se le reconozca como “difuso”, dado que no se concentra en un solo órgano, sino que cualquier Magistrado o Juez conoce y resuelve sobre ello de manera incidental, ya que no cabe fuera del margen de un proceso que se encuentre bajo su jurisdicción.

**b) Sistema Europeo-Continental ó austriaco:** La doctrina norteamericana fue adoptada en Europa, de manera opuesta por medio de Kelsen a través de la jurisdicción concentrada, la que tuvo su origen en la Constitución de Austria. A diferencia de la norteamericana, cuyo control constitucional se encuentra disperso, Kelsen parte de que el ejercicio de dicho control se concentre en un solo órgano –Tribunal Constitucional-, en que no se ajusta a hechos concretos, sino que parte de la compatibilidad de una norma inferior a la norma superior, confiriéndole las atribuciones de un legislador negativo que se concentra en la declaración de constitucionalidad o no de la ley respecto a la Constitución.

Es decir, que en el sistema concentrado los jueces comunes no ejercen el control de la ley, sino que se da en vía directa al órgano encargado de ello, quien deberá fallar si la norma es anulable, el cese de eficacia de la ley, no retroactivo y el efecto erga omnes. Si bien dicho sistema fue adoptado por varios países de Europa: Alemania, Italia, la misma ha sufrido cambios, en cuanto a la idea de un legislador negativo a un control positivo, ya que interpretan y

---

<sup>142</sup> Procesos y Recursos Constitucionales, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1992.

recrean la ley cuestionada, sugiriendo que normas se deben aplicar.

*c) Sistema Mixto:* No es más que la interrelación de ambos sistemas (difuso-concentrado), en que ejerce la constitucionalidad tanto el juez común de forma incidental, justicia ordinaria, y posteriormente deberá resolver sobre ello un Tribunal especializado, asimismo resolver por vía directa.

El jurista Manuel Aragón, señala que el control es un elemento inseparable de la Constitución y expresa textualmente: *Para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución “normativa” posible, que es la Constitución democrática, el control es el elemento que al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos caracteres puedan disociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de la Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su “realización”; ocurre simplemente, que no hay Constitución*<sup>143</sup>.

Nuestra Constitución Política en su Título X Supremacía de la Constitución, su reforma y de las leyes constitucionales, Capítulo II Control Constitucional, establece en sus Arts. 187, 188, 189, y 190, los Recursos de Inconstitucionalidad, Amparo y de Exhibición Personal, los que son medios de control constitucional por parte del órgano jurisdiccional, según atribuciones estipuladas en la Constitución Política, en su Art. 164 numerales 3) y 4), y que en el presente caso, haremos referencia únicamente al Recurso de Inconstitucionalidad, el cual se encuentra sujeto a su regulación en la Ley de Amparo<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Constitución y Control del Poder, Buenos Aires – Argentina, 1995, pág. 65

<sup>144</sup> La Ley de Amparo es una ley de rango constitucional, de conformidad con el Art. 184 de nuestra Constitución Política.

## II. Control Constitucional del Recurso de Inconstitucionalidad

Con las Reformas Constitucionales de 1995, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, se integró en Salas: Civil, Penal, Constitucional y Contencioso Administrativo, incorporándose posteriormente lo concerniente a su regulación en el Art. 31 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

La LOPJ enuncia en su Art. 34 numerales 1), 2), 4) y 5), la competencia que se atribuye a la Sala Constitucional, de instruir y proyectar el Recurso de Inconstitucionalidad, resolver los Recursos de Amparo y de las quejas en contra de los Tribunales de Apelaciones por los recursos de exhibición personal.

Conforme a lo expuesto en las normativas antes citadas, en la República de Nicaragua, no existe un Tribunal Constitucional independiente, sino que dentro del órgano supremo de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Constitucional asume las atribuciones de la jurisdicción constitucional, que se integra por Magistrados que conforman el Poder Judicial<sup>145</sup>, velando por la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución. Sin embargo, tales atribuciones no la ejercen únicamente los Magistrados que integran dicha Sala, sino que en lo que respecta específicamente al *Recurso de Inconstitucionalidad*, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se erigen como jueces constitucionales. Asimismo, el juez ordinario que conoce en los casos concretos, tiene la facultad de resolver sobre cuestiones de constitucionalidad en cuanto a las normas a aplicar, siendo por ello, que nuestro control judicial se adhiere a los dos sistemas<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> El Art. 31 de la LOPJ, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 197 del 17 de octubre de 2001, establece el número de Salas y de Magistrados que la integran y el quórum.

### **III. Antecedentes del Recurso de Inconstitucionalidad en Nicaragua**

El Recurso de Inconstitucionalidad surge en nuestro país, dentro del Recurso de Amparo en las Leyes de Amparo de 1894, 1912 y 1939, que posteriormente conocía y resolvía la Corte Suprema de Justicia. La Ley de Amparo de 1948, reguló el Recurso de Inconstitucionalidad como un recurso directo por defecto de forma y fondo contra Ley y Decreto, cuya sentencia declaraba la validez o nulidad de la norma, siendo ésta inaplicable y con efecto erga omne.

La Ley de Amparo de 1951, volvió a restablecer el Recurso de Inconstitucionalidad para el caso concreto, manteniendo la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad, produciendo la sentencia los efectos erga omnes.

La Ley de Amparo de 1974, estableció que el Recurso de Inconstitucionalidad procedía contra una ley, decreto o tratados, cuando eran declarados para el caso concreto, y causare perjuicio en sus derechos o por el sólo hecho de su promulgación.

Sin embargo, las regulaciones contenidas en las leyes de Amparo de que se ha hecho mención, se encontraban sujetas al Recurso de Amparo por Inconstitucionalidad y no una normativa propia independiente como un Recurso.

La Ley de Amparo de 1980, excluyó el Recurso de Inconstitucionalidad, tal a como se había contemplado en las leyes anteriores, dado que no existía una Constitución Política en un sentido estricto y formal.

El Recurso de Inconstitucionalidad, se reconoce como tal en la Constitución Política de 1987, y se desarrolla en la

---

<sup>146</sup> Difuso y Concentrado, al cual hace relación el Dr. Julio R. García Vilchez en su obra "El Control Constitucional en Nicaragua", como un sistema mixto.

Ley de Amparo No. 49, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 241 del 20 de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, reformada por la Ley No. 205 “Ley de Reforma a los Artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo”.

A través de este cuerpo normativo, el Recurso de Inconstitucionalidad es concebido como un recurso autónomo, en que se establece las disposiciones legales concernientes a su tramitación, requisitos, procedimiento, sentencias y efectos del mismo. El Recurso de Inconstitucionalidad se constituye como un recurso directo e indirecto, de control general y concreto, siendo procedente éste último en un Recurso de Casación ó de Amparo, así como por sentencia firme, en los casos que hubiera sido declarado expresamente la inconstitucionalidad de una ley, decreto ley, decreto o reglamento, y no hubiere casación<sup>147</sup>.

## **IV. Recurso de Inconstitucionalidad Directo o General**

a) Partes dentro del proceso:

a.1 Sujeto legitimado:

El Art. 187 Cn., es categórico al señalar que únicamente puede entablar el Recurso de Inconstitucionalidad, quienes gocen del status de ciudadanos, lo que es reiterado en el Art. 6 de la Ley de Amparo.

La calidad de ciudadano nicaragüense, conforme el Art. 47 Cn., la tienen quienes hubieran cumplido dieciséis años

---

<sup>147</sup> Se concretiza en dicha norma, lo expuesto por la doctrina en relación al Sistema Mixto (Difuso-Concentrado), ya que deposita la competencia de que el juez ordinario pueda resolver sobre la inconstitucionalidad en casos concretos y que sea el Pleno de la Corte Suprema de Justicia quien resuelva, como instancia sobre ello a efecto erga omnes, asimismo dicho Pleno conoce y resuelve por vía directa.

de edad, y gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitación que las establecidas por la edad, suspendiéndose únicamente esos derechos por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil, es decir que quienes no gocen de sus derechos civiles y políticos, no pueden ejercer este tipo de recurso, asimismo, se encuentra restringido a los extranjeros y a las personas jurídicas, limitando con ello el ejercicio de acción a los sujetos a este tipo de control constitucional. Sin embargo, cabe señalar que la situación varía en el Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto, el cual abordaremos posteriormente.

La Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en diversas sentencias, respecto al sujeto legitimado para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad Directo, así en Sentencia No. 13 de las doce y treinta minutos de la tarde del veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, expresó en la parte pertinente: *...En el caso sub-judice, aunque el Recurso reúne los requisitos establecidos en la Ley de Amparo en su Art. 11, el recurrente, señor MARIO GONZÁLEZ ARGÜELLO, interpuso el Recurso de Inconstitucionalidad en representación de AGROPECUARIA NICARAGUENSE, SOCIEDAD ANÓNIMA, y siendo ésta una persona jurídica, aún siendo representada especialmente para ello no puede interponer Recurso de Inconstitucionalidad porque este sólo le corresponde a los ciudadanos.....*<sup>148</sup>

La Ley de Amparo, antes de la reforma de 1995, señalaba en el artículo 6, que el ciudadano debía sentirse perjudicado directa e indirectamente en sus derechos constitucionales, en concordancia con el numeral 4) del Art. 11 del

---

<sup>148</sup> En términos similares se pronunció en Sentencia No. 6 de las doce y treinta minutos pasados meridianos del dos de febrero de mil novecientos noventa y ocho; Sentencia No. 86 de las diez y diez minutos de la mañana del nueve de octubre del año dos mil.

mismo de ley, que lo establece como uno de los requisitos en el escrito de interposición, el señalar una exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que la ley, decreto ley, decreto o reglamento le cause o pudiera causarle<sup>149</sup>. Sin embargo, la reforma de 1995, dejó establecido en el Art. 6, únicamente como requisito la calidad de ciudadano, no siendo exigible la demostración de un interés propio.

Asimismo, antes de la reforma del artículo antes mencionado, el Supremo Tribunal, estableció un criterio en dicho sentido, en sentencia de las once de la mañana del dos de octubre de mil novecientos noventa y uno, Considerando I: *La Corte Suprema de Justicia estima necesario resolver de previo lo alegado por la autoridad recurrida en su informe, lo cual hace, según su criterio improcedente el recurso por inconstitucionalidad interpuesto, alegato que es compartido por el Procurador General de la República, en el dictamen rendido en su oportunidad. La titular del órgano legislativo argumenta que la jurisprudencia sentada por esta Corte Suprema es que “para demandar la inconstitucionalidad de una ley se requiere interés legítimo. No es la simple invocación de ser ciudadano lo que da capacidad generadora del recurso. El concepto general de la ciudadanía como punto de vista para ostentar interés resulta completamente abstracto, que no entraña titularidad alguna para reclamar derechos en materia de amparo” y que “la presencia del agravio personal y directo es una condición de existencia sine que non de la acción de amparo”;* señalando sentencias de 1951 y 1974. A tal respecto cabe aclarar que tal jurisprudencia tuvo validez mientras estuvo vigente la Ley de Amparo de 1974 que así lo establecía en su artículo 2, es decir, tuvo validez hasta la promulgación de la Ley de Amparo, decreto 417 de mayo de 1980, que eliminó el am-

---

<sup>149</sup> La reforma de la Ley de Amparo de 1995, no modificó el Art. 11 numeral 4), concerniente al requisito que debe contener el escrito y del que se hace alusión.

*paro por inconstitucionalidad de la ley, cuando en su art. 28 inc. 1 estableció la improcedencia del amparo contras las disposiciones legislativas, quedando sin ningún sustento con la promulgación de la actual Constitución Política que en su Art. 187 consagra el establecimiento del recurso por inconstitucionalidad, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano. Ampliando lo anteriormente expuesto es oportuno mencionar que aún cuando los recurrentes cumplieron con el requisito de expresar los perjuicios que directa o indirectamente se causaba, esto no es un requisito esencial, pues la Constitución, Ley Fundamental y Suprema, señala como único requisito para la interposición del recurso por inconstitucionalidad la calidad de ciudadano, norma que prima sobre cualquier otra, pues lo que se pretende con este medio de control constitucional es el mantenimiento de la supremacía constitucional, y no solamente la protección de los derechos constitucionales individuales. Por consiguiente no cabe más que rechazar la argumentación del órgano legislativo y del procurador General de la República y proceder a analizar el fondo del recurso planteado.*

Posteriormente, reiteró dicho criterio en sentencia No. 170 de las once de la mañana del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, en su Considerando II: *Este Tribunal también considera oportuno referirse al alegato del funcionario recurrido de que el recurrente, doctor Ramírez González, al interponer su recurso manifiesta hacerlo en su carácter de ciudadano nicaragüense, sin señalar agravio personal alguno, causado por la Ley recurrida. Este Tribunal considera, que el recurrente si expresó los perjuicios que directa o indirectamente le causa la ley recurrida en sus derechos constitucionales, sin embargo es conveniente aclarar, como ya lo ha hecho en anteriores ocasiones este Tribunal, que en este tipo de recursos por inconstitucionalidad de una Ley, Decreto Ley, Decreto o Reglamento, la Constitución Política no señala como requisito para la interposición del mismo, más que la calidad de ciudadano; no es sino el artículo 6 de la Ley 49, Ley de Amparo el que señala como requisito la existencia de un perjuicio directo o indi-*

*recto en los derechos constitucionales. Considera por lo tanto este Tribunal, que el artículo 6 de la Ley No. 49, va más allá de lo que la Constitución expresa en su Art. 187, ya que el Recurso por Inconstitucionalidad establecido en nuestra Constitución, no solamente ampara los derechos y garantías consagrados en la misma, los cuales están protegidos por el art. 188 de la Constitución y por el “Recurso de Amparo”, a través del cual cualquier persona que se sienta directa o indirectamente perjudicada en sus derechos constitucionales puede recurrir a este Tribunal; pero el “Recurso por Inconstitucionalidad” lo que pretende es el control constitucional de las leyes; que las leyes no van en contra de la Constitución, ni vayan más allá de lo que ella expresa, lo cual no es solamente una protección de los derechos constitucionales de los individuos, sino más bien un medio de garantía de la supremacía constitucional..*

La Ley de Amparo en su Art. 13, señala que el recurso se puede interponer personalmente o por Apoderado especialmente facultado para ello, cuyo poder debe ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua. El otorgamiento de dicho instrumento público, se debe interpretar dentro del contexto del momento en que se incorporó en la Ley de Amparo, ya que se adecuaba a la restricción del ejercicio notarial establecida en la Ley del Notariado, para aquellos Notarios que no se encontraban en el país, y que en una posterior reforma en 1990, dejó liberado el ejercicio notarial fuera del territorio nicaragüense.

La ley no hace mención al tipo de Poder, sino a la facultad especial que debe contener dicho instrumento, para accionar este tipo de recurso.

A.2.- Sujetos que intervienen:

- Sujeto legitimado
- Titular del órgano que emitió la ley, decreto o reglamento
- Procurador General de la República

El sujeto legitimado puede comparecer directamente o por Apoderado debidamente acreditado para ello, debiendo adjuntar su cédula de Identidad a fin de hacer constar el carácter de ciudadano y el Poder que legitime. Expondrá las pretensiones a fin de que se declare la inconstitucionalidad parcial o total del instrumento jurídico contra el cual dirige su recurso.

El recurso debe dirigirse contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto, ley, decreto o reglamento, correspondiéndoles a los titulares del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, sin menoscabo de que se pueda dirigir contra ambos ó solo contra uno de ellos.

El Procurador General de la República tiene la intervención de ley, quien expone los criterios jurídicos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, contra la cual va dirigida el recurso de inconstitucionalidad<sup>150</sup>.

b.-Órgano de control de constitucionalidad:

La Constitución Política de la República de Nicaragua, señala en su Art. 164, que son atribuciones de la Corte Suprema de justicia, el conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley y el Art. 163 Cn. establece que es competencia de la Corte Plena. Asimismo, la Ley de Amparo, reitera dicha competencia en su Art. 8.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 137 del 23 de julio de 1998, estableció la competencia de conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad, a la Corte Plena y en su Art. 34 incor-

---

<sup>150</sup> La Ley No. 411, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 244 del 24 de diciembre del 2001, establece en su Art. 11 que el Procurador General de la República puede delegar su representación en algunos Procuradores y que para el caso sub judice, comparece el Procurador Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, cuya designación se creó por Decreto No. 24-2002, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 37 del 22 de febrero del 2002, en su Art. 7.

poró la facultad a la Sala de lo Constitucional de instruir y proyectar las resoluciones en materia de recurso de inconstitucionalidad para que sean resueltas por la Corte Plena.

Nuestra Constitución Política y demás disposiciones legales, atribuyen la exclusividad de conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad directa a la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, sin excluir de dicha jurisdicción a los Magistrados que integran el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, los que conforme a la Ley de Carrera Judicial en su Art. 5 párrafo tercero, quedan excluidos de integrar Salas de la Corte.

La LOPJ, asimismo prevé que corresponde a la Sala de lo Constitucional, por ser el órgano de control constitucional, el instruir y proyectar las resoluciones en materia de recurso de inconstitucionalidad.

Los Magistrados que integran la Sala de lo Constitucional, elaboran el proyecto de sentencia del recurso de inconstitucionalidad, el que circula entre el resto de los demás Magistrados que conforman la Corte Suprema, para su aprobación o desaprobación.

En caso de que dicho proyecto de sentencia, no cuente con el número de votos requeridos, se reasignará ó asumirá el expediente otro Magistrado. No podrán conocer ni resolver sobre el recurso de inconstitucionalidad, él ó los Magistrados que hubieren sido recusados o estuvieren implicados.

c- Disposiciones impugnables:

Conforme lo que establece el Arto. 187 Cn., son susceptibles del Recurso de Inconstitucionalidad: ..... *el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.*

La Ley de Amparo, antes de su reforma de la Ley No. 205, señalaba que el recurso de inconstitucionalidad procedía contra una ley, decreto ley, decreto o reglamento, posteriormente la reforma extendió el Recurso de Inconstitu-

cionalidad contra cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución<sup>151</sup>, y excluyó el decreto ley, pese a que el Art. 2 del mismo cuerpo legal lo establece. Cabe señalar que la reforma pertinente a la “norma de rango inferior a la Constitución Política”, fue declarada inconstitucional e inaplicable por el Pleno de la CSJ, tal y como se explica en la nota a pie de página. Asimismo, la Ley No. 205 “Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo”, incorporó por primera vez, el Recurso de Inconstitucionalidad contra los vicios de procedimiento contra la Constitución Política y sus reformas.

En la jurisprudencia nicaragüense, se ha conocido y resuelto Recursos de Inconstitucionalidad contra otros cuerpos legales, tales Acuerdos Ministeriales y demás que por su contenido se corresponden a un Decreto. En sentencia No. 132, de las doce meridianas del seis de agosto de mil novecientos noventa y dos,

el Supremo Tribunal, dio trámite a un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto contra el Acuerdo Municipal No. 12, y expresó en una parte de su Considerando III: *Al analizar en el Considerando I de esta sentencia la naturaleza jurídica de las ordenanzas o acuerdos municipales, vimos que cuando éstas contienen disposiciones generales y permanentes deben ser consideradas como reglamentos, pudiendo revestir en las demás circunstancias el carácter de simples resoluciones, reglas aisladas o providencias, y bien sabemos que por su rango, por su jerarquía normativa el reglamento esta sujeto a la ley, por lo que no podría el Concejo Municipal, al que la ley le atribuye la facultad de dictar esas disposiciones, facultar al Alcalde para ”regla-*

---

<sup>151</sup> “cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución se oponga a lo prescrito en ella”, fue declarado inconstitucional por Sentencia No. 98 de las nueve de la mañana del diecisiete de agosto del dos mil uno.

*mentar un reglamento”, pues estaríamos en este último caso equiparándolo a lo que se conoce como reglamento ejecutivo.*<sup>152</sup>

La Constitución Política y la Ley de Amparo, establecen claramente que el Recurso de Inconstitucionalidad procede contra la ley, decreto y reglamento y se señala en los requisitos de su escrito de interposición que se establezca su entrada en vigencia, de lo que se desprende que éstos no pueden ser atacados por el recurso de inconstitucionalidad, antes de su entrada en vigencia, sino hasta haber concluido su proceso de formación, sin embargo, la Corte Suprema ha exteriorizado otro tipo de criterio, a través del control del Recurso de Amparo, como es el caso del Recurso de Amparo interpuesto contra el proyecto de Ley de Carrera Judicial, en que la Sala de lo Constitucional se pronunció en sentencia No. 59 de las 10:45 am del 7 de mayo del 2004.

En relación a que el Recurso de Inconstitucionalidad no procede contra la Constitución y sus Reformas, sólo contra los vicios de procedimiento, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas sentencias se ha pronunciado sobre dicho tema, tales sentencia de las nueve de la mañana del ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, dijo: *Este Supremo Tribunal considera que las disposiciones de la Ley 192 se incorporan a la Constitución formando un solo todo unitario con ella que no puede ser atacado por inconstitucionalidad, pues sería equipararla a una ley ordinaria y sus disposiciones sólo pueden ser reformadas total o parcialmente mediante los procedimientos y requerimientos consignados en la misma y por el órgano competente facultada para ello...* Estas mismas consideraciones, fueron incorporadas en las sentencias Nos. 22 y 23

---

<sup>152</sup> Asimismo, se conoció y resolvió el Acuerdo No. 1 “Procedimiento de Constitución de Partidos Políticos”, en Sentencia No. 104 de las ocho y treinta minutos de la mañana del ocho de noviembre del dos mil dos.

de las nueve y veinte, y nueve y cuarenta minutos de la mañana, del día ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis. Asimismo, el Pleno de la CSJ, se pronunció sobre el vicio de procedimiento en la aprobación de la Ley No. 520 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política”, en relación a la coletilla agregada en los Artículos reformados, en Sentencia No. 52 de las 8:30 am del treinta de agosto del dos mil cinco, en su Considerando IV.

d.- Cuestiones formales:

Los requisitos para la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad se contemplan en el Art. 11 de la Ley de Amparo, siendo éstos: el escrito debe presentarse en papel sellado ó en papel común con el timbre de ley correspondiente, dirigido directamente a la Corte Suprema de Justicia, con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al ó los funcionarios contra quien va dirigidos, y al Procurador General de Justicia.

El contenido de dicho escrito debe comprender: nombres, apellidos y generales de ley del recurrente ó recurrentes; nombres y apellidos del funcionario o titular del órgano contra quien se dirige; Ley, decreto ley, decreto o reglamento, impugnado, la fecha de su entrada en vigencia y la disposición o disposiciones que se oponen a la Constitución, determinando las normas constitucionales que se consideren violadas o contravenidas; exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que la ley, decreto ley, decreto o reglamento le cause o pudiese causar<sup>153</sup>; la solicitud expresa para que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento o partes de la misma; y el señalamiento de casa conocida para notificaciones.

La fecha de entrada en vigencia, se determina generalmente a partir de la publicación en La Gaceta, Diario Ofi-

---

<sup>153</sup> Tomar nota del criterio emitido por el Supremo Tribunal al respecto de las sentencias alusivas a ellos y que han sido transcritas, asimismo la reforma a la Ley de Amparo.

cial ó a través de la publicación por cualquier medio de comunicación, ó si hubiere una vacatio legis. El plazo de los sesenta días se cuenta calendario a partir de su entrada en vigencia.

Los requisitos podemos determinarlos como formales y de fondo. En el primero de ellos, el Supremo Tribunal tiene el deber de prevenir a la parte para que subsane dichas omisiones en un plazo de cinco días, si el recurrente no cumple con lo ordenado, se tiene como no interpuesto.

La falta de requisito de fondo no es subsanable, entre los que podríamos señalar el cómputo del término de los sesenta días, ya que un recurso interpuesto fuera del término señalado por la ley, se debe declarar inadmisibile.

Si el recurso es interpuesto por Abogado, sin que comparezca en dicho escrito como recurrente y el Poder no contiene la cláusula especial, el Supremo Tribunal, no lo considera un requisito de forma, ya que en Sentencia No. 73 de las nueve de la mañana del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve, se pronunció en su Considerando Único, en lo pertinente: *.....al referirse al Recurso de Inconstitucionalidad en su Art. 13 dice: El Recurso de Inconstitucionalidad podrá interponerse personalmente o por apoderado especialmente facultado para ello; en el caso sub judice aunque el recurso reúne todas las formalidades señaladas en el Art. 11 de la ley antes referida, no fue presentado por ninguno de los interesados, ni por apoderado especialmente autorizado para ello, sino por el señor William R. Pasbt, por lo que en consecuencia se declara como no presentado al referido Recurso de Inconstitucionalidad de que se ha hecho mérito, lo mismo que en sentencia de las once y diez minutos de la mañana del seis de junio de mil novecientos noventa y siete, razón por la cual este Supremo Tribunal considera que el presente Recurso de Inconstitucionalidad es IMPROCEDENTE*, sin embargo, el criterio expuesto por la mayoría de los Magistrados del Supremo Tribunal, tiene voto disidente que difiere del mismo, al considerar que el requisito es de carácter formal y por ende debió mandarse

a llenar dicha omisión. Este último criterio, se ha concretizado al mandar a llenar este tipo de omisión.

En caso de que el recurso fuere interpuesto en forma, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre la admisibilidad del mismo y ordenará seguir el procedimiento.

e.- Tramitación:

El Recursos de Inconstitucionalidad Directo se interpone ante la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, quien asienta el nombre de quien presenta el escrito, la hora y el día. Posteriormente, el Secretario de la Corte Suprema de Justicia remite el recurso a la Secretaría de la Sala de lo Constitucional, despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el que a su vez, lo remite al Presidente de la Sala de lo Constitucional, a fin de se distribuya para el examen de los requisitos formales.

En esta etapa, se prevé si el recurrente cumplió con los requisitos formales en la interposición del recurso, y se le concede la oportunidad de llenar dichas omisiones, dándole un término de cinco días, a partir de que se le notifico. Por auto se previene la falta de los requisitos, señalando en que consiste el mismo, para que se subsane.

En esta etapa preliminar, se examina si el recurso fue interpuesto dentro del término de los sesenta días, si el recurrente se encuentra debidamente acreditado ó su Apoderado y si cumple con los requisitos contenidos en el Art. 11 de la Ley de Amparo.

Si se previene al recurrente que llene omisión y no lo hace, el recurso se tiene como no interpuesto. En caso contrario, de encontrarse en debida forma, en el término de quince días se declara la admisibilidad del mismo, ordenando seguir el procedimiento.

La etapa posterior, que corresponde propiamente a la tramitación del recurso, se inicia con la admisibilidad del recurso y sigue su curso con las demás diligencias. Se dicta providencia solicitando informe al funcionario recurrido, dentro del término de quince días, a partir de que fue notificado, si no lo hace, el proceso sigue su trámite no se

detiene, ni existe sanción de ningún tipo, como la “presunción” señalada en el Recurso de Amparo.

Si el Supremo Tribunal, considera que necesita mayores elementos de juicio que no se encuentran en el expediente, dicta el correspondiente auto a fin de que se proporcione los datos requeridos o la diligencia a practicar, dándole intervención al recurrente, al funcionario y a la Procuraduría General de Justicia.

Concluido el término para que se rinda el informe, se hubiere presentado o no, se da audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia, para que dictamine sobre el recurso, con el dictamen o sin él, la Corte Suprema de Justicia dentro de los sesenta días, se pronunciará sobre la inconstitucionalidad alegada.

El fallo causa cosa juzgada, por lo que no procede recurso alguno en contra de ello. Al respecto, cabe señalar lo que dice el Doctor Iván Escobar Fornos sobre la “cosa juzgada”: *..No existe la menor duda de que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley produce cosa juzgada general, abarcando los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada, tiene fuerza de ley, eficacia erga omnes. Las sentencias que declaran la constitucionalidad de una ley no puede ser revisada cuando concurren los tres requisitos de la cosa juzgada; la misma ley, los mismos argumentos y las mismas partes. Se pueden enjuiciar nuevamente esa ley declarada constitucional por el que no fue parte en la sentencia anterior, cuando se esgrimen otros argumentos o interpretaciones o cuando han cambiado las condiciones de hecho que la tornen inconstitucional, pues la ley nula de pleno Derecho en virtud del Art. 182 de la Constitución, no puede ser convalidada por una sentencia que desestimó el recurso de inconstitucionalidad. Por otra parte, equivaldría a establecer una jurisprudencia obligatoria, algo así como stare decisis, la que no es compatible con el Art. 165 de la Constitución en virtud del cual los jueces y magistrados son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley<sup>154</sup>.*

La Ley de Amparo establece que el Tribunal puede pronunciarse de oficio, si considerara inconstitucional, parte del cuerpo legal que no fue atacado por el recurrente.

f.- Debate procesal:

Intervienen en el debate el recurrente, el funcionario recurrido y la Procuraduría General de la República. Corresponde al recurrente plantear los fundamentos jurídicos que sustentan las impugnaciones de las normas alegadas como inconstitucionales y el funcionario recurrido debe debatir los argumentos expuestos o adherirse a los mismos, y la Procuraduría General de la República deberá exponer los argumentos que considera son aplicables al caso.

Ya se expresó que de requerir más elementos de juicio que ayuden a establecer un criterio aún no definido al respecto, la Corte Suprema de Justicia, tiene la facultad de dictar las providencias que estime necesarias. Los elementos a que se hace alusión, no son de carácter subjetivo, sino objetivos, que aúnen a determinar, si la norma impugnada está o no en contraposición a nuestra Carta Magna.

El funcionario recurrido rinde su informe antes de la audiencia, que se le concede a la Procuraduría General de Justicia. Tanto el informe como la audiencia, pueden que no sean suministrados por las autoridades, sin embargo, la ley no contempla sanción para dichos funcionarios.

La Ley de Amparo, no establece el sistema del control previo a través del Recurso de Inconstitucionalidad, sino que éste prospera una vez que esta en vigencia la norma impugnada, cuyo debate procesal versa sobre la contraposición de la misma con la Constitución Política<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Interpretación e Integración Constitucional, 1era. Edición, Editorial Hispamer, 2002, página 260.

<sup>155</sup> Ver Sentencia No.69 de la una y cuarenticinco minutos de la tarde del veintitrés de septiembre del dos mil cuatro, en la que se establece un criterio adverso, al admitir un control previo a través del Recurso de Amparo.

Se podría decir que en la práctica legislativa nicaragüense, ha operado el control previo externo, que se realiza a través de opiniones expuestas por diferentes sectores, en medios de comunicación televisivos o escritos, así como de audiencia a sectores sociales ante la Asamblea Nacional, lo que difiere del control posteriori que ejerce el órgano jurisdiccional.

En proyectos de ley del ámbito de competencia del Poder Judicial, que posteriormente fueron aprobados, los mismos fueron consultados con dicho Poder del Estado, quienes remitieron sus consideraciones al respecto, sin que éstas se incorporaran<sup>156</sup>.

Muchas de las consideraciones expuestas en los ámbitos señalados, sirven de ilustración, los cuales dan a lugar a que se aprecien y relacionen dentro de la parte considerativa de la sentencia o cuando las mismas se ajustan a los fundamentos jurídicos que sustenten el criterio vertido por el proyectista Magistrado.

g.- Resoluciones y sus efectos:

Habiendo concluido con los trámites de ley, se procede a dictar un auto, ordenando el pase a su estudio y resolución. Se remite a un Magistrado de la Sala de lo Constitucional el expediente, para la elaboración del proyecto de sentencia, que circulará entre los demás Magistrados que conforman la Corte Plena. Cada Magistrado podrá aprobar o desaprobar el proyecto, y para esto último, deberá señalar las observaciones que hiciera del proyecto.

La estructura de la sentencia contiene: Visto Resulta, Considerando (s) y el Por tanto. La parte resolutoria, debe señalar expresamente la inconstitucionalidad o constitucionalidad del o (los) artículos impugnados.

El Magistrado proyectista, una vez que ha regresado el proyecto de sentencia a él, debe remitirlo al Secretario de

---

<sup>156</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

la Corte Suprema de Justicia, quien hará circular la votación, y el Magistrado que no estuviere de acuerdo, razonará su voto disidente. Para que un proyecto de sentencia sea aprobado, requiere de un número no menor de los nueve Magistrados<sup>157</sup>.

Cuando el proyecto de sentencia no es aprobado, se reasigna a un nuevo Magistrado, para la elaboración de un nuevo proyecto de sentencia.

En casos de interés nacional, que se requiera una pronta resolución, la Corte Suprema de Justicia, puede optar por reunirse en pleno y discutir el proyecto de sentencia, habiendo distribuido con anticipación, una fotocopia del proyecto de sentencia, para cada uno de los Magistrados.

Los efectos de la sentencia surten a partir de que se haya declarado la inconstitucionalidad y esta se encuentre firme, es decir que alcanza efectos *ex nunc*, lo que produce cosa juzgada erga omnes, en el Recurso de Inconstitucionalidad Directo. De la sentencia que declara inconstitucional un cuerpo normativo, se envía una copia a cada uno de los Poderes del Estado para su conocimiento, y se ordena su publicación en la Gaceta, Diario Oficial.

Los efectos de Cosa Juzgada, son tanto en la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad y al respecto hemos señalado con anterioridad los comentarios del Doctor Iván Escobar Fornos. Cabe señalar a manera de ilustración el criterio que la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto en Sentencia No. 98 de las nueve de la mañana del diecisiete de agosto del año dos mil uno, en que declaró la inconstitucionalidad alegada del Art. 51 numeral 2) de la Ley de Amparo, en la parte pertinente que dice: "o cualquier otro acto o resolución legislativa", y la constitucionalidad del resto del numeral de dicho artículo. Posterior-

---

<sup>157</sup> Art. 26 de la LOPJ, que dice: "Quórum..... Toda Sentencia, Resolución o Acuerdo de Corte Plena requerirá del voto coincidente de por lo menos la mitad más uno del total de sus integrantes, sin perjuicio....."

mente, en Sentencia No. 69 de la una y cuarenticinco minutos de la tarde del veintitrés de septiembre del año dos mil cuatro, se declaró nuevamente inconstitucional, lo antes expuesto, además de lo que ya se había declarado constitucional, es decir se declaró la inconstitucionalidad de la totalidad del numeral 2) del Art. 51 de dicho cuerpo legal, que dice: *No procede el Recurso de Amparo: 2. Contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación o cualquier otro acto o resolución legislativa.*

La sentencia puede pronunciarse y declarar inconstitucional, no sólo las disposiciones citadas por el recurrente, sino, de oficio resolver sobre aquellas normas que considera que violan la Constitución Política.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto y reglamento, es de inaplicabilidad, lo que constituye que se mantiene dentro del mismo cuerpo normativo, pero no se aplica. Sólo la Asamblea Nacional puede derogar dicha disposiciones, lo que constituye un problema en la práctica forense, ya que tiende a confusiones para quienes ejercen la administración de justicia y los usuarios de la misma. Sin embargo, no existe disposición en la Ley de Amparo que remita al órgano competente a derogar la norma declarada inaplicable, lo cual constituye una debilidad en dicho cuerpo normativo.

## **V. Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto o Concreto**

El Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto, no contiene dentro de la Ley de Amparo una mayor regulación, ya que éste se deriva de un caso concreto, en que una de las partes alega la inconstitucionalidad de la norma que es atingente al caso planteado o el juez ordinario haya declarado de oficio la misma, habiendo concluido en ambos casos con una declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto.

La Ley de Amparo, en sus Arts. 20, 21 y 22, establece los tipos de procesos o situaciones en que pueden dilucidarse un Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto, que se eleva al Supremo Tribunal para que produzca los efectos erga omnes, ya sea a través:

Recurso de Casación

Recurso de Amparo

Sentencia Firme

Los dos primeros, se ventilan ante el Supremo Tribunal, en lo que corresponde a la Sala Civil y la Sala de lo Constitucional y el último varía en razón de las instancias en que se hubiera declarado la inconstitucionalidad y la parte no hubiera impugnado la misma, quedando firme la sentencia o cuando no hubiere casación.

Siendo un recurso indirecto, éste surte efecto únicamente en las partes intervinientes dentro del proceso en que se produce ésta, por lo que la declaración de inaplicabilidad de la norma es únicamente para dicho caso, produciéndose cosa juzgada.

En el Recurso de Casación señala el doctor Iván Escobar Fornos que: *Para impugnar las violaciones de la Constitución hechas por la sentencia definitiva dentro del procedimiento judicial, existe una causal autónoma y es la primera de casación en el fondo (Arto. 2057 inc. 1 Pr.). La jurisprudencia ha limitado el alcance de esta causal a los supuestos en que la violación a la Constitución es directa y no a través de leyes o códigos ordinarios, en cuyo caso cabe aplicar la causal segunda del Art. 2057 Pr. Lo correcto es aplicar la causal primera de ese artículo cuando se violen directamente las disposiciones constitucionales y cuando se aplica una ley inconstitucional.*<sup>158</sup>

En el Recurso de Amparo, el recurrente o parte agraviada plantea la cuestión a través de la aplicación de una

---

<sup>158</sup> Derecho Procesal Constitucional La Constitución y su defensa, Hispamer, 1999, página 227.

disposición que le causa perjuicios, haciendo uso de dicho recurso e invocando además la inconstitucionalidad de dicha norma (s), por lo que se le denominada que en ancas del Amparo, se alega la inconstitucionalidad indirecta, misma que debe estar debidamente fundamentada. La Sala de lo Constitucional si falla amparando al recurrente y considera que la norma impugnada es inconstitucional para el caso concreto, lo eleva al Pleno del Supremo Tribunal.

En el caso de las sentencias definitivas, éstas bien pueden darse porque las partes no apelaron en dicha instancia, quedando firme la sentencia y que en ella se haya pronunciado el juez ordinario, ya sea a solicitud de parte o de oficio sobre la inconstitucionalidad de una norma, en cuyo caso, deberá remitir su resolución al Supremo Tribunal, para que éste se pronuncie sobre ello. Asimismo, en los casos en que no hay Casación, -materia laboral-, y se declara la inconstitucionalidad, ésta debe elevarse a la Corte Suprema de Justicia.

En todos los casos antes mencionados, de conformidad con los Arts. 20, 21 y 22 de la Ley de Amparo, se establece que las disposiciones a que hace alusión en cuanto a la inconstitucionalidad son: de una ley, decreto ley, decreto o reglamento. Asimismo, se expresa que la inconstitucionalidad resuelta por el Supremo Tribunal no afectará los derechos adquiridos por terceros, es decir que no hay una aplicación retroactiva de la misma.

A diferencia del Recurso de Inconstitucionalidad Directo, en éste no existe limitantes en cuanto a las personas que pudieran alegar la inconstitucionalidad de una disposición, dado que éste se da dentro de un proceso, por lo que se constituye en un incidente útil para el control de constitucionalidad.

El Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto, produce cosa juzgada en el caso concreto, es decir efecto inter-partes, no trasciende a la generalidad, a menos que posteriormente el Pleno de la CSJ, se pronuncie en igual sentido, cuyos efectos ya fueron abordados en el acápite correspondiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Nicaragua, 1987 y sus reformas.
- Ley No. 49 Ley de Amparo 1988 y su reforma, Ley No. 205 “Ley de reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo.
- Leyes de Amparo de los años: 1894, 1912, 1939, 1948, 1951, 1974, Enero de 1980 y Mayo de 1980.
- Ley No. 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua” y sus reformas.
- María Mercedes Serra, Procesos y Recursos Constitucionales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- Manuel Aragón, Constitución y Control del Poder, Buenos Aires-Argentina, 1995.
- Iván Escobar Fornos, Derecho Procesal Constitucional, La Constitución y su defensa, Editorial Hispamer, 1999.
- Iván Escobar Fornos, Interpretación e Integración Constitucional, Editorial Hispamer, Primera Edición, 2002.
- Julio R. García Vílchez, “El Control Constitucional en Nicaragua”, 2000.
- Boletines Judiciales de los años: 1996, 1998, 1999, 2001
- Sentencias de 2004 y 2005.

## GUÍA PRÁCTICA

- 1.- Establezca diferencias fundamentales entre el Recurso de Inconstitucionalidad Directo del Recurso de Inconstitucionalidad Indirecto.
- 2.- Cuáles considera Ud., que son requisitos insubsanales en el Recurso de Inconstitucionalidad Directo y cómo se debe pronunciar la CSJ, al respecto?
- 3.- Considera Ud. que es necesario que el escrito de interposición del Recurso de Inconstitucionalidad Directo contenga los perjuicios directos e indirectos, razone su respuesta.
- 4.- Cómo interpretaría Ud. lo dispuesto en el Art. 182 Cn. que dice: “*La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones*”, en relación a la inconstitucionalidad retroactiva.
- 5.- Establezca cuál es la diferencia entre inaplicabilidad y derogación de la ley.
- 6.- Que tipos de cuerpos legales pueden ser declarados inconstitucionales en el Recurso de Inconstitucionalidad Directo e Indirecto?.
- 7.- Juan interpone Recurso de Amparo en contra el Proyecto de Ley de Carrera Judicial y alega la inconstitucionalidad del Art. 51 numeral 2) de la Ley de Amparo que dice: “No procede el Recurso de Amparo: 2. Contra el proceso de formación de la ley, su promulgación o su publicación o cualquier otro acto o resolución legislativa”. Señale las normas constitucionales que Uds. consideran violadas, exlique y fundamente las mismas.
- 8.- María interpone Recurso de Inconstitucionalidad en contra del Art. 4 de la Ley Anual del Presupuesto General de la República 2006, que dice expresamente: “Se

asigna a la Corte Suprema de Justicia, la cantidad de SETECIENTOS VEINTIÚN MILLONES DE CORDOBAS”, equivalentes al 3% del Presupuesto General”. Resuelva dicho recurso, declarando o no la inconstitucionalidad del artículo relacionado.

- 9.- Relacione la Ley No. 190 “Ley sobre destitución del Contralor General de la República y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral” con la Sentencia No. 9 de las nueve de la mañana del seis de marzo de mil novecientos noventa y siete y señale que normas constitucionales considera de la ley se oponen a la Constitución Política.
- 10.- La Asamblea Nacional aprueba en la Primera Legislatura del 2005, Ley No. 400 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua” del Art. 50, la cual se publica en La Gaceta, Diario Oficial No. 50 del 30 de Enero-2006. José interpone Recurso de Inconstitucionalidad Directo ante la Corte Suprema de Justicia en contra de la Ley No. 400, alegando vicios de procedimiento. Resuelva dicho caso.
- 11.- ESTESA interpone demanda por daños y perjuicios en contra de TELCOR, la Juez Segundo de Distrito Civil de Managua, declara inconstitucional el Art. 51 de la Ley No. 200 “Ley General de Telecomunicaciones y Servicios postales”, TELCOR apela de dicha sentencia, la que es confirmada por la Sala Civil No. 1 del Tribunal de Apelaciones de Managua. ¿Cuál sería el trámite correspondiente y que efectos produce el recurso de inconstitucionalidad, ante la ratificación de éste por el Tribunal de Apelaciones?



# **ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO No. 1618/1969**

---

Marvin Aguilar García \*

\* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia



*Sumario:* I.- Introducción; II.- Contenido del Decreto 1618; III.- Análisis Jurídico del Decreto 1618; IV.- Inconstitucionalidad del Decreto 1618: Sanciones a Abogados y Notarios Públicos por delitos en ejercicio de su profesión; V.- Órganos y procedimiento establecido en los trámites de las quejas y denuncias en contra de Abogados y Notarios Público; VI.- Conclusiones.

## I. Introducción

El Decreto No.1618, cuyo cuerpo legal data desde mil novecientos sesenta y nueve, cuya vigencia fue ratificada por la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, es un instrumento jurídico de control de la Corte Suprema de Justicia de las profesiones de Abogado y Notario Público, que merecen nuestro análisis y comentarios, con el objeto de esclarecer algunos puntos que han sido cuestionados por el gremio profesional.

Dentro del proceso de modernización del Poder Judicial, fue aprobada la Ley No. 260 Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, derogando la inoperante Ley Orgánica de Tribunales, *con* más de un Siglo de existencia, y sus Reformas, excepto las disposiciones contenidas en el Título XVI, Artículos 288 al 291, y en el Título XVIII, Artículos 298 al 307 y la vigencia del Decreto No. 1618 “Sanciones a Abogados y Notarios Públicos por delitos en ejercicio de su profesión” y el Decreto No. 658, Ley que regula las responsabilidades de los Abogados y Notarios incorporados a la Corte Suprema de Justicia.

Nuestra Constitución Política, establece en su Art. 164 inciso 8), la atribución de la Corte Suprema de Justicia, de extender autorización para el ejercicio de las profesiones

de Abogado y Notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley.

Asimismo, la reciente aprobación de la Ley de Carrera Judicial, incluye atribuciones al Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial y al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de conocer y resolver sobre el ejercicio de las profesiones ya mencionadas.

Consideramos que quienes elegimos tan digna profesión, la cual ejercemos en diversas formas, somos responsables y coadyuvantes del fortalecimiento de un Estado de Derecho, y como tal, requerimos que las leyes que regulan dicha profesión sean acorde a nuestros derechos y garantías constitucionales.

Si bien escuchamos comentarios soeces y a veces hasta denigrantes y burlescos sobre la profesión de los Abogados, que hieren nuestra condición humana, nos queda por reflexionar hasta que punto, se desconoce las virtudes y la calidad de tan digna profesión, siendo asimismo responsable de promulgar éstos a través de una ética en el ejercicio práctico diario, recordando la Promesa del Graduado en

*Derecho que dice: Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la verdad y de la justicia y a la lucha por el Derecho; otorgar a mis maestros el respeto y gratitud que merecen; velar por los sagrados intereses de mi Alma Mater y por su autonomía; ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; guardar y respetar el secreto profesional; mantener incólume, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión jurídica; considerar la defensa de los derechos ajenos como una de las misiones más elevadas que pueda desempeñar el hombre en el seno de la sociedad; dispensar siempre verdadera lealtad a mis clientes, a mis adversarios en el proceso y a los encargados de impartir justicia; profesar profunda Fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del Derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia, y sobre todo en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz. Solemne*

*y espontáneamente empeño mi palabra y prometo cumplir lo antes dicho.*

## II. Contenido del Decreto No. 1618

El Decreto 1618 comprende nueve artículos, de los cuales haremos mención únicamente de aquellos que ameriten ser seleccionado para el presente análisis.

El Arto. 1 señala la competencia de los tribunales que conocerán de los delitos que cometan los Abogados y Notarios Públicos, estableciendo que serán juzgados por la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones que ejerza jurisdicción en el lugar en que se cometió el delito. Establece que la sentencia ejecutoriada llevará consigo la suspensión en las profesiones de Abogado y Notario Público y no se podrán volver a ejercer sino después de cumplida la pena y previa rehabilitación decretada por la Corte Suprema de Justicia.

El Arto. 2, señala que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior la Corte Suprema de Justicia seguirá información a verdad sabida y buena fe<sup>159</sup> guardada en los casos en que se le denuncie o tenga noticias de que se ha cometido un delito oficial por un Abogado y Notario Público y podrá acordar la suspensión del culpable por un término no menor de 2 años ni mayor de 5, y si se tratare de reincidencia, cancelarle definitivamente la autorización para cartular. La sentencia de la Corte Suprema no admitirá recurso alguno y será independiente de ella el proceso criminal por el mismo delito.

El artículo 3, señala los casos de infracciones que no constituyen delito o de conducta escandalosa, estableciendo varias sanciones a verdad sabida y buena fe guardada.

---

<sup>159</sup> Dicha disposición es derogada tácitamente, por lo dispuesto en la Ley de Carrera Judicial y será objeto de comentarse en el acápite correspondiente.

Los Arts. 4, 5 y 6, hacen relación al tipo de sanciones. Las multas por las faltas que cometan los Notarios, contempladas en la Ley del Notariado y la Ley de 28 de mayo de 1913, en caso de no haber sido impuestas por la autoridad correspondiente, se impondrán por la Corte Suprema en los casos que lleguen a su conocimiento.

Se establece que en todos los casos, la suspensión comprenderá las profesiones de Abogados y Notario Público, si la persona a quien se impone la sanción tuviere ambos títulos.

En los casos de multa, la falta de entero por el notario, dará lugar a la suspensión hasta por dos años que será impuesta por la Corte Suprema de Justicia.-

Cabe destacar que la locución *verdad sabida y buena fe guardada* induce a resolver los casos sin atenerse a las formalidades y garantías del derecho, sino inspirándose en la equidad y la buena fe. Con tal fórmula la Corte declaraba con o sin lugar la queja. En sentencias de este tipo se puede leer: “Por lo expuesto, esta Corte Suprema tiene que fallar el caso dándole suficiente valor a lo aseverado por el notario y declarar, a verdad sabida y buena fe guardada, sin lugar la queja. POR TANTO: De conformidad con el decreto 1618 del 24 de septiembre de 1969, a verdad sabida y buena fe guardada, los suscritos Magistrados resuelven: No ha lugar a la queja interpuesta por la señora”.

### **III. Análisis Jurídico del Decreto 1618**

a.- En relación a diferentes cuerpos normativos:

El artículo 1 del referido Decreto, nos habla de delitos oficiales, denominación que merece ser comentada debido a que desde un punto de vista estrictamente doctrinal los delitos oficiales son aquellos que son cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Partimos de la tesis de que existe una estrecha relación entre el Derecho Penal, derecho sancionador por excelencia y el Derecho Administrativo sancionador. Nuestra base para el análisis posterior es la identidad sustancial entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Debemos aceptar que el Derecho Penal está continuamente traspasando sus principios y sus garantías a las distintas infracciones que la Administración está obligada a perseguir. Sin embargo esta relación y traspaso no toda la doctrina la comparte, en la aplicación de los principios penales, alguna jurisprudencia constitucional advierte que la aplicación no puede hacerse mecánicamente, es decir, sin tomar en cuenta los aspectos que diferencian una y otra parte del ordenamiento.

El Código Penal Vigente de manera equívoca tipifica los delitos que comete el Abogado dentro de los ilícitos oficiales tal y como aparece consignado en el Título VIII, denominado: Delitos Peculiares de los Funcionarios y Empleados Públicos, específicamente en lo concerniente al Capítulo, en donde se regula el delito de prevaricato Artículo 373 Incisos 1 y el Artículo 376.

Por su parte el Título IX Capítulo V Artículo 477 y siguientes, tipifica correctamente los delitos contra la Fe Pública, dentro de los que se encuentran los atingentes a la función notarial tales como: Falsificación de Documentos, Revelación de Secretos e Infidelidad en la custodia de documentos.

No podemos igualar al Abogado y al Notario Público, con un funcionario público que ejerce sus funciones dentro de la administración pública de acuerdo a un nombramiento específico. Entre éstos existen semejanzas a como resulta ser la especial obligación de observar las Leyes y el de actuar conforme a derecho, sin embargo, las características de los servicios que brindan y el fin de los mismos marcan la diferencia trascendental entre estos, siendo una pública y la otra privada.

Esta misma norma estatuye el procedimiento aplicable a los Abogados y Notarios que han cometido un delito, refiere que su trámite se hará de conformidad a lo estable-

cido en la Ley para la substanciación de las causas de responsabilidad contra los Jueces de Distrito, el cual aparece contemplado en el Código de Instrucción Criminal en el Título XVIII denominado: De la Responsabilidad de los Funcionarios Judiciales por Delitos o Faltas Cometidos en el ejercicio de sus cargos y modo de hacerlo efectivo.

De los argumentos expuestos, se desprende que si bien ambas profesiones -Abogado y Notario Público- se consideran afines, las mismas tienen sus particularidades que lo difieren en la práctica y en igual sentido el ejercicio de la judicatura que se ejerce dentro el ámbito del funcionario público.

Por otro lado la locución de *verdad sabida y buena fe guardada*, que contiene dicho Decreto en los Arts. 2 y 5, cuya disposición fue aplicado por décadas en las quejas instruidas contra Abogados y Notarios Públicos y resueltas por este Supremo Tribunal, fue objeto de críticas por el gremio, al considerar que ésta violaba garantías constitucionales, sin embargo, no hubo un pronunciamiento en este sentido, sino hasta la derogación tácita que se da a través de la Ley de Carrera Judicial, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Nos. 9, 10 y 11 de los días trece, catorce y diecisiete de Enero del 2005.

La disposición que precede fue derogada en lo pertinente, en razón de lo estipulado en el Art. 89 de la Ley de Carrera Judicial, ya que el Art. 6 numeral 18) de dicho cuerpo legal, nos remite a seguir el procedimiento sumario, mismo que se establece en los Arts. 69 y siguientes, y que es aplicable no sólo a los funcionarios judiciales, sino a los Abogados y Notarios Públicos, lo que prevalece por disposición expresa.

En el proceso que se instruya contra quien se interpone la queja o denuncia se va determinar en razón de los hechos probados, el grado de responsabilidad que se derive del ejercicio profesional ya sea como Abogado ó como Notario, porque si bien el Decreto 1618, no hace distinción de las faltas que se cometen en uno u otro sentido, existe dentro del ordenamiento jurídico disposiciones específi-

cas que determinan el grado de competencia de cada una de ellas, por lo que la Ley del Notariado en su Art. 2 señala que el notariado es la institución en que las leyes depositan la fe pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y disposiciones entre vivos y por causa de muerte, que difiere de la práctica forense que realiza el Abogado litigante, el que se rige propiamente por normas de carácter procesal, sin menoscabo de que pudieran coincidir en una mala práctica ambas profesiones.

Asimismo, de casos resueltos por el Supremo Tribunal, en que conociera sobre quejas en contra de funcionarios judiciales, en que se declarara con lugar, se impusieron las sanciones de destitución del cargo, sobre los hechos probados de dicha actuación.

La Ley de Carrera Judicial en sus Arts. 64 y siguientes establece los tipos de infracciones y las sanciones a aplicar a los funcionarios judiciales, por lo que existe un ordenamiento jurídico específico que prevé cómo y que tipo de comportamiento debe ser sujeto al tipo de medida disciplinaria para ello, lo que es independiente de la actuación del Abogado y Notario.

#### b.- En relación a Principios Constitucionales:

Nuestra Constitución Política establece en su Art. 34 las garantías procesales que deben prevalecer en cualquier tipo de proceso, encontrándose en dichas disposiciones los Principios de Proporcionalidad (Principio de Prohibición de Exceso), Non Bis In Idem (Principio de Prohibición de la Persecución Múltiple), Legalidad, Culpabilidad y Dignidad.

En el caso específico del Non Bis In Idem, al pretender que una queja se dirige en contra del ejercicio del profesional del Derecho como Notario, los hechos ventilables son en razón de dicha práctica y al sancionarlo como Abogado y Notario, se estaría en abierta contradicción al pretender que se someta por el mismo hecho a una doble sanción, asimismo se contravendría el Principio de Culpabilidad al establecer una pena general de suspensión sin la culpabi-

lidad demostrada para ambos casos, lo que conllevaría atentar contra un derecho fundamental, como es el derecho al trabajo.

El Decreto en estudio contraviene fundamentalmente los siguientes principios: Principios de Proporcionalidad, Non Bis In Idem, Legalidad, Culpabilidad y Dignidad.

Independientemente de lo anterior, cabe señalar los Principios Constitucionales que se violentan al pretender no adecuar lo dispuesto en el Decreto 1618 y los demás cuerpos legales existentes dentro de la legislación nacional.

### PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Contraviene el Principio de Proporcionalidad (Principio de Prohibición de Exceso), en la medida de que sanciona el ilícito con doble penalización al establecer la suspensión de las profesiones de Abogado y Notario Público, que constituye una sanción administrativa posterior, pues la norma penal contempla para el Abogado Inhabilitación Absoluta y Multa y para el Notario Público, Prisión, Inhabilitación Especial y Multa. Lo dicho se percibe del estudio de los Artículos 1, 2, y 5 del Decreto N° 1618 y de los Artículos 373 Incisos 1 y 376, 477 y siguientes del Código Penal Vigente.

Para el caso específico del Notario Público, la doble penalización se evidencia en el hecho de que el condenado si bien no puede ejercer las profesiones de Abogado y Notario Público por estar encarcelado e inhabilitado, sumariamente concurre la circunstancia del exceso al darse la pena establecida en el Código Penal Vigente y además como penas accesorias la inclusión de suspensión de las profesiones antes referidas, teniendo como fundamento legal el Decreto N° 1618, mismo que tiene carácter administrativo.

Lo mismo sucede con el Abogado, el exceso se presenta en el hecho de que la norma penal lo Inhabilita de forma Absoluta por un tiempo específico y lo Multa, por su parte el Decreto establece como pena concurrente la suspensión como Abogado y Notario Público.

Puntualizando se asegura de forma categórica que hay doble penalización y contravención al Principio de Proporcionalidad, expresada en las siguientes circunstancias:

1. El Tribunal concedor (Tribunal de Apelaciones) del mal llamado delito oficial impone como pena principal Inhabilitación Absoluta por un tiempo específico y Multa, y además acuerda la suspensión del ejercicio de las profesiones de Abogado y Notario Público.
2. La pena principal en la tipicidad contenida en el Código Penal vigente para el caso del Abogado, no contempla la suspensión como pena accesoria del ejercicio de la profesión de Notario Público.
3. El fundamento legal para suspender el ejercicio de las profesiones aludidas con independencia del delito cometido proviene de un Decreto Administrativo (1618) y no de una norma penal.
4. El Tribunal que decide la duración de la sanción para el ejercicio de las profesiones de Abogado y Notario Público es distinto del que recepcionó la denuncia, trámite y condenó.

Es notoriamente evidente que el Decreto 1618 violenta este principio, ya que el Abogado reincidente puede ser suspendido definitivamente; lo mismo que la falta de entero de la multa por el Notario dará lugar a la suspensión hasta por dos años; esto último está desligado de la gravedad de la infracción; es decir, la suspensión del Notario carecería de proporción a la gravedad del hecho en realidad cometido; sin embargo, lo que toma en cuenta el Decreto 1618 es la falta de entero de la multa; desde otro punto de vista, por la mínima infracción, un Notario que no pueda pagar la multa puede verse privado de su profesión por dos años, o bien definitivamente en el caso de haber cometido delito y se tratara de reincidencia.

En el caso de reincidencia del Arto 2, del decreto, tal como aparece tipificada, no puede ser objeto de graduación, dada la automaticidad que establece la ley para su

imposición. Lo mismo puede decirse del Arto. 3, del decreto, en dicho sentido.

Cabe señalar que los artículos antes mencionados contemplan dos disposiciones de carácter inconstitucional como son: la falta de procedimiento que se deriva de *verdad sabida y buena fe guardada* y *la figura de la reincidencia*. En la primera ya establecimos, que ésta se encuentra derogada tácitamente de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Carrera Judicial y con respecto a la segunda merece nuestros comentarios en relación a aspectos constitucionales, ya que dicha figura requiere un estudio más amplio, el cual no podemos abordar en el presente análisis.

Existen diferentes posiciones en cuanto a los fundamentos de la reincidencia, a lo que hace alusión Luis M. García<sup>160</sup>, tales: los que fundan la reincidencia en una mayor necesidad de prevención especial; los que la fundan en una mayor culpabilidad del agente; los que combinan ambos fundamentos y quienes señalan el fundamento de la reincidencia en un mayor contenido del injusto. Asimismo, expresa que son varias las opiniones que se alzan en contra de la institución de la reincidencia, proponiendo su supresión, resumiendo éstas: a) la violación del principio de culpabilidad; b) la violación del *non bis in idem*; y c) el carácter discriminatorio del régimen de la reincidencia.

Enfocaremos nuestro análisis en lo que respecta a la violación del *non bis in idem*, trasladando la reincidencia establecida del Decreto 1618 (ámbito administrativo), a la infracción de las garantías constitucionales que conlleva el mismo.

---

<sup>160</sup> Reincidencia y punibilidad, Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

## PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM (PRINCIPIO DE PROHIBICION DE LA PERSECUCION MULTIPLE)

El Principio de Non Bis In Idem, consiste en una doble naturaleza siendo éstas procesal y sustantiva. En su vertiente procesal implica básicamente la prohibición de ser juzgado dos veces por un mismo delito y que justamente se encuentra dimensionado en la Constitución Política expresamente en el Artículo 34 Cn, el que indica: “ Toda procesado tiene derecho en igualdad de condiciones a las siguientes garantías mínimas:.. Incisos 10. A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.”

En cuanto a su vertiente sustantiva establece la imposibilidad de sancionar al mismo sujeto dos veces por el mismo hecho y por la misma razón o fundamento. El principio Non Bis In Idem rige la disciplina del concurso de las normas; preside con carácter general la interpretación de la Ley; impide la acumulación de penas y medidas de seguridad sobre un mismo hecho; y por último imposibilita el sancionar penalmente y administrativamente a un mismo sujeto por el mismo hecho y con el mismo fundamento o razón de la sanción.

El Decreto Administrativo 1618, infringe este principio constitucional en sus dos vertientes, ya que a como quedo expresado en el análisis del Principio de Proporcionalidad, el Abogado y Notario Público al ser procesado por un “delito oficial ” o por un delito de responsabilidad notarial, es condenado según la tipicidad contenida en el Código Penal Vigente para el caso específico, concurriendo posteriormente de acuerdo a la información brindada por el tribunal o por el juez conocedor de la causa a la Corte Suprema de Justicia, la suspensión de ambas Profesiones, tal y como lo establece de forma expresa el Artículo 5 del Decreto, pudiendo inclusive llegar a ser la suspensión imputada mayor a la inhabilitación establecida.

Del artículo 2° del Decreto 1618, se desprende una abierta contradicción con el principio *Non Bis In Idem*, viéndose sometido el Abogado y Notario a dos procesos por el mismo hecho. Lo que este principio trata de evitar es la doble sanción sobre un mismo hecho.

Asimismo, los Arts. 2 y 3 de dicho Decreto, establecen la conducta del reincidente, con una sanción mayor, mismo que conlleva a la cancelación definitiva para cartular en lo que respecta al Art. 2 y de suspensión por dos años, en el incumplimiento de las obligaciones de los Abogados y Notarios Públicos por conducta escandalosa.

Luis M. García, nos comenta en su obra “Reincidencia y Culpabilidad”<sup>161</sup>, respecto a este Principio, que como objeción constitucional se presta a la agravación por reincidencia, que en un sentido mas amplio, no sólo debe ser visto desde la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho, sino la prohibición de imputar al autor consecuencia posteriores que violarían el principio, en la medida que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito como resultado del anterior delito ya juzgado en definitiva. La condena anterior presupuesto de la reincidencia es consecuencia del delito anterior, se realiza un doble juego de pena, primero se castiga al autor por el hecho cometido, luego este hecho vale para que en la segunda o tercera condena se aplique otra pena mas agravada.

En los Arts. 2 y 3 del Decreto 1618, dejan establecido claramente la reincidencia como un agravante, ya que se parte de dicho calificativo para establecer la sanción, incurriendo en violación al Principio “*Non Bis In Idem*” y asimismo a garantías establecidas en nuestra Constitución Política.

---

<sup>161</sup> Ob. Citada.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD (nullum crimen, nulla poena sine lege)

El Principio de Legalidad garantiza la legitimidad democrática del Derecho Penal y el respeto que este debe conllevar en pro de la observación de los derechos individuales, correspondiendo de esta manera a la idea de que la Constitución Política por su virtud de Ley Suprema, obtiene la correspondiente superioridad sobre las demás leyes por ser la expresión de la voluntad popular. De dicho Principio se desprende la idea de Seguridad Jurídica que garantiza la libertad individual.

Este Principio aparece consagrado la Constitución Política en los Artículos 33, 34, 38, 160 y 183, asimismo en la legislación ordinaria. La Constitución Política establece en su Art. 160: *La administración de la Justicia garantiza el Principio de Legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la Ley en los asuntos o procesos de su competencia.*

Su significado esencial determina entre otras exigencias las siguientes:

1. Prohibición de la retroactividad de las normas que fundamentan o agravan la pena.
2. Prohibición de regulación de la Materia Penal de Normas dimanantes de poderes distintos al Legislativo.
3. Mandato de taxatividad.
4. Prohibición de regulación de la Materia Penal por normas consuetudinarias.
5. Prohibición de la analogía y en general de la creación judicial del derecho en contra del reo.

Se concluye que de acuerdo a este principio debe de existir una garantía de Legalidad Criminal (No hay Delito sin Ley); Legalidad Penal en el sentido estricto (No hay Pena ni medida de Seguridad sin Ley); Legalidad en la ejecución (No podrá ejecutarse pena alguna sino de conformidad a lo dispuesto en la Ley); y por último Garantía Juris-

diccional (Nadie puede ser juzgado ni condenado sino en virtud de un juicio formal con todas las garantías ante el órgano jurisdiccional competente).

El Principio de Legalidad, constituye un pilar fundamental en un Estado de Derecho, y es a la vez el más sensible cuando se trata de analizar si una actuación que se presume se deriva de que la ley esta ajustada a Derecho.

El Decreto 1618 es de orden administrativo y como tal se deduce que la suspensión que consigna de las profesiones de Abogado y Notario Público, es una contradicción abierta al principio de Legalidad, en lo concerniente a:

Legalidad Penal: Debido a que no existe un apego estricto a lo que señala la norma sustantiva penal, misma que establece de acuerdo al caso específico la Inhabilitación Absoluta o Especial, y de la que se entiende debe de atenerse el Juzgador imponiéndola según el rango oscilatorio contenido en la norma.

Legalidad Penal en la ejecución: Porque da pauta a que se imponga no sólo la pena contenida en el Código Penal, sino que establece al sujeto una vez condenado y ejecutoriado mediante sentencia la concurrente suspensión de las profesiones.

Mandato de taxatividad: Por la razón de contravenir la naturaleza y función de la norma penal, que es la que detalla taxativamente la pena, sanción o medida de seguridad a imponer.

El inciso 11) del Arto 34 Cn., a nuestro juicio incluye la infracción administrativa e infracción penal. En este precepto se recoge el principio de legalidad, al señalar: Que todo procesado tiene derecho a no ser condenado ni sancionado por acto u omisión que no esté expresamente calificado como *punible* con pena no prevista en la ley. No habla expresamente de delito, sino, que sea punible en forma general.

Este principio está ausente en el Decreto 1618, porque no establece específicamente los tipos de infracción o falta; el comportamiento o conducta del Abogado y Notario

no está descrita en la norma; el decreto incluye todas las faltas o conducta escandalosa de manera total.

## PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Se violenta el principio de culpabilidad, porque es una consecuencia de la falta del principio de legalidad en el Decreto 1618, al no estar descritas las infracciones de las que los Abogados y Notarios serán responsables de su comisión; es decir, sólo se debe buscar la culpabilidad con relación a los hechos prohibidos

Por su esencia puede formularse en dos proporciones:

1. No hay pena sin culpabilidad.
2. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

Implica entender la culpabilidad en un sentido jurídico-penal o mejor dicho en el juicio jurídico penal de culpabilidad, la personalidad como tal no interesa, pues no se juzga la persona sino solamente sus actos en cuanto estos sean delictivos. La culpabilidad es incompatible con un derecho penal de resultado.

En el ámbito de culpabilidad la simple producción de un resultado antijurídico no implica la responsabilidad por el mismo: se es responsable solamente por aquello que se hubiera querido causar o que, aún sin quererlo, se hubiera podido y debido evitar, no por la consecuencia de la acción. Este principio lo encontramos consignado en el Artículo 37 de la Constitución Política al establecer in principio: “La pena no trasciende de la persona del condenado...”

El Decreto 1618, viola el principio de culpabilidad por establecer una pena general de suspensión sin la culpabilidad demostrada para ambos casos, y en este sentido va más allá ya que el procesado por queja o delito, es suspendido en el ejercicio de ambas profesiones.

## PRINCIPIO DE DIGNIDAD

El Principio de Dignidad a través de la historia del Derecho Penal esta dirigido a proteger la dignidad humana influenciada, por doctrinas lus Naturalistas que reconocen al hombre como un ser libre e igual. Este principio esta íntimamente ligado al de humanidad de las penas y al de proporcionalidad, aparece expresamente reconocido en el Artículo 5 de la Constitución e implícitamente en otros preceptos del mismo cuerpo legal que son manifestación directa del respeto a la dignidad humana.

En tal sentido encontramos que el Decreto 1618, viene a romper con lo estatuido en nuestra Carta Magna en lo que refiere al respeto de la dignidad del profesional del Derecho al ser sancionado de forma ilegal e indiscriminada al tenor de dicho Decreto.

## PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA

La facultad sancionadora de la Corte Suprema, violenta este principio porque sin pruebas se construye su culpabilidad, la presunción de inocencia debe estar básicamente vinculada a la prueba de los hechos. La valoración de la prueba no se deben aceptar meras sospechas o apariencias en sustitución de datos objetivos de prueba. El denunciado de la comisión de un delito o de una falta o infracción, ha de ser considerado inocente, mientras no se practique con las debidas garantías procesales una mínima actividad probatoria de cargo, referida a su participación en el hecho punible.

## INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los fundamentos de esta figura son muy conocidos y no es el caso determinarlos, superficialmente creemos conveniente señalar que el instituto cumple una función de seguridad jurídica “el reproche sancionador no puede venir a exigirse siempre”.

En el decreto que estudiamos, la circunstancia de que guarda silencio sobre la prescripción de las sanciones, plantea algunos problemas, por ejemplo, los Notarios de por vida están con la espada pendiente por la mínima infracción o falta en su profesión.

#### **IV. Inconstitucionalidad del Decreto 1618: Sanciones a Abogados y Notarios Públicos por delitos en ejercicio de su profesión**

La inconstitucionalidad del Decreto 1618 debe advertirse fundamentalmente del análisis del Artículo 34 de la norma constitucional, misma que debe de ser relacionado con los Artículos 19 y 20 de la LOPJ.

El Artículo 34 de la Constitución Política consagra las garantías mínimas del debido proceso, aspecto que es también regulado por el Artículo 20 de la LOPJ en su parte in fine al establecer: “...Cualquier medida disciplinaria o sanción, debe ser impuesta al funcionario conforme a un debido proceso.”

Por su parte el Artículo 20 de la LOPJ, contempla el derecho de todo procesado de recurrir ante un tribunal distinto al sentenciador, lo que significa que existe por mandato de ley expresa la facultad de que el caso sea revisado, estudiado y sentenciado por una doble instancia.

La norma supra dice: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

- 1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la Ley.

Ya se dijo que el Decreto 1618, violenta los principios de Proporcionalidad, de Non Bis In Idem, de Legalidad, de Culpabilidad y de Dignidad. En lo que atañe al numeral 1 del artículo relacionado, infringe la norma constitucional en la medida que establece la suspensión de las profesio-

nes de Abogado y Notario Público, cuando se presume que el actor del ilícito de acuerdo al tipo penal debe ser y es juzgado según la calidad a la que ha faltado, es decir por haber contravenido la Ley Notarial o por haber faltado al debido ejercicio de la abogacía a través de una conducta típica y antijurídica.

En otras palabras falta a la presunción de inocencia, y condena de forma arbitraria.

- 2) A ser juzgado sin dilación por tribunal competente establecido por la Ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

Es inconstitucional el Decreto 1618 por contravenir el numeral segundo del Artículo 34 de la Constitución Política, al establecer a posteriori una jurisdicción de excepción a como resulta ocurrir en los casos en que el Abogado es procesado y condenado por la ejecución de un “delito oficial”, o cuando el notario es condenado por haber cometido un delito de responsabilidad notarial y sumariamente a noticias de tal suceso se le suspende en ambas profesiones, suspensión que puede ser hasta de cinco años.

Se observa que cada caso debe ser concretizado atendiendo entre otros aspectos a las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva y la actuación del órgano judicial en el supuesto concreto.

Finalmente se advierten los criterios que se deben de tomar en cuenta para determinar el roce con la Constitución, a como resultan ser: la complejidad del asunto, comportamiento del procesado, perjuicios que se derivan para el procesado y por último la actividad desarrollada por las autoridades competentes.

- 3) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

La contravención a la norma macro por parte del Decreto 1618, surge desde su naturaleza intrínseca como norma administrativa, pues no contempla un procedimiento

expreso que defina la participación y defensa del afectado en el proceso, mucho menos garantiza tiempo y medios adecuados, imposibilitando además la aplicación de cualquier norma procesal. Sin embargo, a como se dejó señalado en numeral III del presente análisis, en tal sentido “*verdad sabida y buena fe guardada*”, queda derogado por lo dispuesto en la Ley de Carrera Judicial, al establecer un procedimiento sumario que le es aplicable y que únicamente es vinculada dicha inconstitucionalidad, cuando las pruebas que se aportan corresponden a hechos que no se ajustan al tipo de sanción que abarca a ambas profesiones, cuando no ha sido cuestionada una de ellas, ni se ha probado que hubo falta en dichas actuaciones.

La garantía de ser juzgado sin dilación debe comenzar desde el inicio del proceso, tal y como puede ser al momento de la interposición de una queja en su contra, teniendo este los recursos pertinentes a su alcance para su defensa.

- 4) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.

Es inconstitucional el Decreto 1618, en el sentido de que al procesado en el informativo que se le sigue se pretende lograr su confesión mediante declaraciones que van contra sus intereses. Además en el inicio del informativo se le notifica oficio con copia de la queja, y se solicita de Secretaría a través de la oficina de Registro de Control y Notario, información concerniente a sanciones que con anterioridad le hayan sido impuestas por faltas en el ejercicio de su profesión y además si ha remitido los índices de sus respectivos protocolos. Lo dicho evidencia la finalidad inquisitoria como preámbulo a la presión a que es sometido el profesional del derecho.

- 5) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales, en cada una de las instancias del proceso.

La inconstitucionalidad del referido Decreto en relación a este inciso, se presenta desde el momento de no contener dentro de su cuerpo normativo procedimiento alguno, ni referencia a ley aplicable, razón que fundamenta una vez más la violación al Principio de Legalidad.

Es inconstitucional a la vez por contemplar de forma expresa en el Artículo 2 párrafo segundo la eliminación de la doble instancia al establecer: “La sentencia de la Corte Suprema de Justicia no admitirá recurso alguno será comunicada a los registradores, jueces y tribunales de toda la República y será independiente de ella el proceso criminal por el mismo delito.”

La doble instancia en el inciso citado de la norma constitucional se encuentra resguardada de forma implícita en la expresión “en cada una de las instancias del proceso”, garantía procesal que es regulada de forma expresa por la LOPJ, en su Artículo 20.

6) A recurrir ante un tribunal superior a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.

Resulta inconstitucional el Decreto 1618 por la simple razón de no concederle al condenado el derecho de revisar su caso ante un tribunal superior, lo que es violatorio de la garantía procesal de doble instancia.

El legislador equívocamente en la parte final del referido Artículo estableció una incongruencia con el resto del texto y una contradicción con el Decreto 1618, ya que al existir la doble instancia por mandato expreso del Decreto y la adopción de consulta de la decisión de suspensión no constituye motivo de recurso, sino que lo establece como simple consulta. Por lo que ésta última expresión se encuentra fuera de contexto del mismo artículo.

El Reglamento de la LOPJ, ratifica la eliminación de la doble instancia al establecer en su Artículo 33 párrafo segundo lo siguiente: “En el caso de la sanción que corresponda a la infracción disciplinaria sea la suspensión del Abogado o Notario, la resolución de la Comisión de Régi-

men Disciplinario consultará la adopción de dicha sanción a la Corta Plena sin ulterior recurso. En igual forma se procederá en los casos de apelación de la resolución y en las solicitudes de rehabilitación”, cuya disposición es violatoria de derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, a como se ha expresado en los acápites anteriores, dichas normativas quedan derogadas tácitamente en razón del Art. 89 de la Ley de Carrera Judicial que dice: *La presente Ley deroga a toda ley que se le oponga, en especial los artículos de la Ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial que contradigan sus disposiciones y las que no, le serán complementarias.* El Art. 69 de la LCJ, establece que los casos que impone la sanción la Corte Plena, cabrán los recursos de aclaración o revisión.

- 7) A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

El Decreto 1618 es inconstitucional por contravenir el PRINCIPIO DE PROHIBICION DE LA PERSECUCION MULTIPLE y por procesar y condenar penal y administrativamente a un mismo sujeto, por el mismo hecho y con el mismo fundamento o razón de la sanción. A la pena que puede ser impuesta por el Tribunal o por el Juez, le sigue una sanción de suspensión en ambas profesiones.

- 8) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en la ley de manera expresa como punible ni sancionado con pena no prevista en la ley.

El Artículo 160 de la Constitución Política expresa: ” La administración de justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de ley en los asuntos o procesos de su competencia.”

Al consignar el Decreto 1618, sanción de suspensión de las profesiones de Abogado y Notario Público contraviene al inciso 11, en el sentido de que la ley penal no califica la Inhabilitación para ambas profesiones, sino que

las particulariza al tipo penal infringido, es decir no se prevé en la norma sustantiva la unificación de la sanción.

## **V. Órganos y procedimiento establecido en los trámites de las quejas y denuncias en contra de Abogados y Notarios Público**

De manera general la Inspectoría Judicial Disciplinaria es un órgano auxiliar de la dirección administrativa del Poder Judicial. El Artículo 65 de la Ley N°. 260 LOPJ, consigna que la organización y gobierno del sistema de administración de justicia se divide en tres comisiones: Comisión de Administración, de Carrera Judicial, y de Régimen Disciplinario, cuyas atribuciones de conformidad con la Ley de Carrera Judicial, corresponden al Consejo Nacional de Administración y de Carrera Judicial.

El Artículo 73 de la LOPJ, fue reformado por disposición expresa de la Ley de Carrera Judicial, que señala en su Art. 88 numeral 3): *Se reforman los artículos de la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en La Gaceta..... 3. El artículo 73, el que se leerá así: Órganos Auxiliares. Arto. 73 La Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial, para el mejor desempeño de sus labores, tendrán los siguientes órganos auxiliares: 1. Secretaría General Administrativa 2. Inspectoría Judicial Disciplinaria...*

Asimismo, la LCJ en su Art. 69 en su párrafo tercero señala que el procedimiento sumario de investigación será instruido por el Consejo con el apoyo directo de la Inspectoría Judicial Disciplinaria.

La Inspectoría Judicial Disciplinaria, se contempla como un órgano auxiliar de la Corte Suprema de Justicia y de apoyo al Consejo -organismo rector encargado de la dirección de administración, asimismo de conocer y resolver de las infracciones al régimen disciplinario en que in-

curran los profesionales del Derecho y funcionarios de Carrera Judicial-.

El 77 de la LOPJ, contiene las atribuciones de la Inspectoría Judicial Disciplinaria, en lo concerniente a la tramitación de las quejas contra Abogados y Notarios Públicos, siendo éstas de orden meramente administrativas, ya que tramita las quejas presentadas en contra de éstos, siempre y cuando estas no constituyan delitos.

En relación a los Notarios tramita los informativos seguidos en su contra, al no presentar los índices de sus protocolos notariales y de los matrimonios autorizados, en tiempo y forma, asimismo tramita los informativos seguidos contra los notarios que en el manejo de sus protocolos infringen la Ley del Notariado y demás “leyes de esa materia,” teniendo para esto como órgano auxiliar la Oficina de Registro y Control de Notarios.

En cuanto a las actividades de los funcionarios incluidos en el régimen de carrera judicial, la Inspectoría Judicial, esta facultada a investigar a través de disposición expresa del Consejo (Art. 69 LCJ).

El Artículo 165 de la LOPJ, dice que las sanciones disciplinarias de los funcionarios del Régimen Disciplinario de Carrera Judicial, se tramitan y resuelven de conformidad a lo establecido en ésta ley y en la Ley de Carrera Judicial.

El Artículo 166 de la LOPJ, estatuye las causales de responsabilidad disciplinaria, y el Artículo 167 del mismo cuerpo normativo contempla las sanciones a imponer por las infracciones cometidas, y los Artículos 68, 69 y 70 del reglamento de dicha ley, establecen la clasificación de las sanciones, en leves, graves y muy graves.

Lo concerniente al procedimiento, tipo de infracciones y sanciones, se debe atender en principio a lo establecido en la Ley de Carrera Judicial y en lo complementario a ella, lo dispuesto en la LOPJ.

La competencia conferidas en la LOPJ a la Comisión de Régimen Disciplinario, fueron reformadas por la Ley de Carrera Judicial, siendo sustituida ésta por el CONSEJO,

tal a como lo señala el Art. 87 de la LCJ que dice: “A partir de la vigencia de la presente ley todos los expedientes que se encuentren en tramitación ante la actual Comisión de Régimen Disciplinario pasarán de inmediato a conocimiento del Consejo, sin interrupción, ni modificación alguna en su tramitación”.

Debiendo concluir que los órganos que conocen y resuelven son: *El Consejo Nacional de Administración y de Carrera Judicial (CONSEJO) y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia*. La Inspectoría Judicial Disciplinaria funge únicamente como un órgano auxiliar de apoyo.

El Decreto 1618 que es el que establece las sanciones a los Abogados y Notarios Públicos, sin embargo su cuerpo normativo carece de procedimiento a seguir, siendo por ello inconstitucional, tal y como se ha dejado señalado, al contravenir las garantías de que goza todo procesado consignadas en el Artículo 34 de la Constitución Política Incisos: 1,2,4,7,8,9,10,11, mismos que ampliamente han sido expuestos. La falta de procedimiento, a como se ha señalado con anterioridad, es solventada por la Ley de Carrera Judicial, quien establece el trámite a seguir, lo que no constituye que por ello, se deba dejar a un lado las inconstitucionalidades analizadas que comprende el cuerpo de dicho Decreto.

El Art. 69 de la LCJ, establece dicho procedimiento, mismo que es de carácter administrativo y por ende susceptible al Recurso de Amparo, ya que sus resoluciones son en razón de las actuaciones de las que pudiera derivarse responsabilidades disciplinarias.

Se constituye en un procedimiento sumario (3-8-3). Las pruebas que se acompañan en la primera fase instructiva, serán puestas al conocimiento del funcionario denunciado, quien podrá defenderse por si mismo o por un profesional del Derecho. Si la causa no es de índole disciplinario se podrá acordar el archivo de la denuncia o queja.

Si la sanción es impuesta por el Consejo, cabe el recurso de apelación dentro de los tres días hábiles después de notificada, ante la Corte Plena y en caso de ser ésta última

la que imponga la sanción, es susceptible a los recursos de aclaración o revisión, el primero dentro de las veinticuatro horas y el segundo dentro de los tres días.

Sin embargo, lo anterior conlleva a plantear que siendo una resolución administrativa, la misma es susceptible del Recurso de Amparo y en el caso de las destituciones, en que conoce el Pleno de la CSJ, imposibilitaría que los Magistrados que integran la Sala de lo Constitucional, conocieran y resolvieran sobre ello, debiendo asumir los Conjueces, cuya figura no se encuentra regulada e imposibilita su incorporación. Esto trae como consecuencia que ningún amparo podría tramitarse y mucho menos resolverse.

## VI. Conclusiones

- Considero que para juzgar por falta en el ejercicio profesional a los Abogados y Notarios Públicos, se debe crear un colegio de abogados u otra instancia, para que sea ésta la que administre la profesión, cuya integración y funciones debemos discutir ampliamente; así evitaríamos seguir siendo juzgados con abierta indefensión.
- Lo anterior conlleva a plantear que la entidad debe funcionar como un órgano dentro de la administración pública, pero independiente de los Poderes del Estado, a fin de que no exista ingerencia alguna, cuyas atribuciones le sean conferidas por ley, en la que se determine atribuciones propias a la regulación del ejercicio profesional del Abogado y Notario y que se constituya asimismo, en sede administrativa de primera instancia para la interposición y resolución de denuncia y quejas en contra de quienes ejercen como Abogados y Notarios, es decir que evalúen y sancionen a los mismos.
- De llevarse a efecto lo planteado en el acápite que antecede, tendría que crearse las condiciones para ello, lo que implica en principio el marco jurídico que permita la creación de dicho órgano. Las atribuciones que

le son conferidas a la Corte Suprema de Justicia en su Art. 164 numeral 8) de la Constitución Política, no necesariamente requerirían de una reforma, ya que ésta mantendría sus facultades propias, que constituyen: a) Extender autorización para el ejercicio de las profesiones de Abogado y Notario y b) Suspenderlos y rehabilitarlos. Ambas funciones pueden ser asumidas por el CONSEJO, a través de reformas de la Ley de Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial, como instancia superior administrativa, con lo que se solventaría los derechos y garantías constitucionales, ya que la Sala de lo Constitucional podría conocer y resolver del Recurso de Amparo, sin que se encuentre implicado en el conocimiento de la causa, asimismo, se preserva el derecho de doble instancia estipulado en el Pacto de San José que se recoge en el Art. 46 Cn. Lo estipulado en el Art. 164 Cn. es general y no constituye que el Pleno de la CSJ, tiene todas las atribuciones allí descritas, como se desprende del numeral 3) de dicho artículo que establece la atribución de conocer y resolver los Recursos de Amparo, cuyas facultades las asume la Sala de lo Constitucional de la CSJ; numeral 10) el conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública y entre éstos y los particulares, que las asume la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ.

- De todo lo antes relacionado se deduce que el control que debe de existir en las actividades de los Abogados y Notarios Públicos cuando estos han cometido algún ilícito, debe de estar ajustada a derecho, y permitir el desarrollo del debido proceso con todas las garantías que establece la Carta Magna y demás leyes ordinarias, y no permanecer al arbitrio del Decreto 1618, él que por su mismo contenido resulta inconstitucional y así debe declararse por el Pleno del Supremo Tribunal.

No obstante es necesario el recordar el contenido del Artículo 45 de la Constitución Política el que establece: “Las personas cuyos derechos constitucionales hayan

sido violado o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la ley de amparo.”

La norma antes señalada pone a disposición de todos los ciudadanos y de los profesionales del derecho, la oportunidad de hacer valer sus derechos inherentes, cuando estos han sido violados o se encuentren en peligro de serlos.

El artículo constitucional que estamos analizando se encuentra en correspondencia con la disposición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consignada en el Artículo 8 y que dice: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales Nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”.

- No es lícito que el Juzgador, en este caso la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, se abstenga de aplicar lo contenido en los preceptos constitucionales, fundamentos que garantizan una debida y efectiva defensa de los derechos del Abogado y Notario Público.



**INSTRUMENTOS  
INTERNACIONALES  
EN MATERIA  
DE DERECHOS HUMANOS**

---



# Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

*Entrada en vigor:* 23 de marzo de 1976,  
de conformidad con el artículo 49

## Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

## **Parte I**

### Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

## **Parte II**

### Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas

para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
  - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
  - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
  - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

### Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

### Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación

alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

#### Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

### Parte III

#### Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demostrar o impedir la abolición de la pena capital.

#### Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

#### Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
- b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
- c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo:
  - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
  - ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.
  - iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
  - iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

#### Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notifi-

cada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

#### Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;  
b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readapta-

ción social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

#### Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

#### Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

#### Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

## Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
  - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
  - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
  - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defen-

- sor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
  - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
  - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
  5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
  6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
  7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

## Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

## Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

## Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

## Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

#### Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
  - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

#### Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

### Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

### Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

### Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

#### Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

#### Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

### Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

### Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

## Parte IV

### Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.
2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.
3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

### Artículo 29

1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.
2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.
3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

### Artículo 30

1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.
2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.
4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes en el presente Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, quedarán elegidos miembros del Comité los candida-

tos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

#### Artículo 31

1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.
2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

#### Artículo 32

1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.
2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

#### Artículo 33

1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la de ausencia temporal, el Presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.
2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

### Artículo 34

1. Si se declara una vacante de conformidad con el artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales, para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 29.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.
3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 33 ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme a lo dispuesto en este artículo.

### Artículo 35

Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

### Artículo 36

El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

### Artículo 37

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.
2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.
3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

### Artículo 38

Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñará su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

### Artículo 39

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.
2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:
  - a) Doce miembros constituirán el quórum;
  - b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

### Artículo 40

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
  - a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;
  - b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.
4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.
5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.

#### Artículo 41

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

- a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.
- b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.
- c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.
- d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.
- e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.

- f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.
- g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso obtendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.
- h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:
  - i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:
  - ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe los Estados Partes interesados.

- 2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las

Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

#### Artículo 42

1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto.  
b) La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si, transcurridos tres meses, los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.
2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41.
3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento.
4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.

5. La secretaría prevista en el artículo 36 prestará también servicios a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.
6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.
7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:
  - a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto dentro de los doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto;
  - b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;
  - c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados;
  - d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al Presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

8. Las disposiciones de este artículo no afectan a las funciones del Comité previstas en el artículo 41.
9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.
10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme al párrafo 9 del presente artículo.

#### Artículo 43

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

#### Artículo 44

Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

#### Artículo 45

El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

## **Parte V**

### **Artículo 46**

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

### **Artículo 47**

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

## **Parte VI**

### **Artículo 48**

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente

Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 49

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 50

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

#### Artículo 51

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Uni-

das y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

#### Artículo 52

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 48;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 51.

#### Artículo 53

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 48.

# **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Adoptada y proclamada por la Resolución  
de la Asamblea General 217 A (III)  
del 10 de diciembre de 1948.

## **Preámbulo**

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de

las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General proclama la presente.

Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

#### Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

#### Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

### Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

### Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

### Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

### Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

### Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

### Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

### Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

### Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

### Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

### Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

#### Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

#### Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

#### Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

#### Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

#### Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

#### Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

### Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

### Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

### Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

### Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

# **Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos**

San José, Costa Rica  
7 al 22 de noviembre de 1969

CONVENCIÓN AMERICANA  
SOBRE DERECHOS HUMANOS  
(Pacto de San José)

## Preámbulo

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos

Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia, Han convenido en lo siguiente:

## PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

### CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

## Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

## CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

### Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica.

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

### Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

#### Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

#### Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser inter-

pretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
  - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
  - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
  - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
  - d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

#### Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda per-

sona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
  - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
  4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
  5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

#### Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

#### Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

#### Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

#### Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para

proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

#### Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
  - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o

religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

#### Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

#### Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

#### Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguri-

dad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

#### Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

#### Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

### Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

### Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

### Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

### Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o

la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

#### Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

#### Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

#### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

### CAPITULO III. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

#### Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

### CAPITULO IV. SUSPENSION DE GARANTIAS, INTERPRETACION Y APLICACION

#### Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23

(Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

#### Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

#### Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y liber-

tades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

#### Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

#### Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

### CAPITULO V. DEBERES DE LAS PERSONAS

#### Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

## PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCION

### CAPITULO VI. DE LOS ORGANOS COMPETENTES

#### Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

### CAPITULO VII LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### Sección 1. Organización

#### Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida conversación en materia de derechos humanos.

#### Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.
2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organiza-

ción de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

#### Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.
2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

#### Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

#### Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

#### Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

### Sección 2. Funciones

#### Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el

ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos

derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

#### Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

### Sección 3. Competencia

#### Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

#### Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo inde-

finido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

#### Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
  - a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
  - b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
  - c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
  - d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.
2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:
  - a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
  - b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

#### Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

### Sección 4. Procedimiento

#### Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:
  - a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
  - b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o

- comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
  - d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
  - e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
  - f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.
2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

#### Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución

lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

#### Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

#### Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

## CAPITULO VIII - LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

### Sección 1. Organización

#### Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

#### Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.
2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

#### Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.
3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

#### Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.
2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.
3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.
4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.
5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

#### Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

#### Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

#### Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reunio-

nes en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.
3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

#### Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

#### Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

### Sección 2. Competencia y Funciones

#### Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

#### Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, decla-

rar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

#### Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

#### Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

#### Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

### Sección 3. Procedimiento

#### Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

#### Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

### Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

### Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

## CAPITULO IX - DISPOSICIONES COMUNES

### Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.
2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

### Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

### Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales

emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

#### Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

### PARTE III

#### DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

#### CAPITULO X - FIRMA, RATIFICACION, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

#### Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a

todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

#### Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

#### Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán

#### Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.
2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

### Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

## CAPITULO XI - DISPOSICIONES TRANSITORIAS

### Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

#### Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

#### Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la

forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

## Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

### Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

### Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará «PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA», en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

DERECHOS HUMANOS Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

# **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Adoptado y abierto a la firma, ratificación  
y adhesión por la Asamblea General  
en su resolución 2200 A (XXI),  
de 16 de diciembre de 1966

*Entrada en vigor:* 3 de enero de 1976,  
de conformidad con el artículo 27

## Preámbulo

Los Estados partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que perte-

nece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

## **Parte I**

### Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

## **Parte II**

### Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

### Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

### Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

### Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el

presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

### **Parte III**

#### **Artículo 6**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

#### **Artículo 7**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
  - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
  - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

#### Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
  - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
  - b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
  - c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
  - d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros

bros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

#### Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

#### Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de

edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

#### Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
  - a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
  - b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

#### Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

### Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
  - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en

- particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
  - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

#### Artículo 14

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a

su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

#### Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
  - a) Participar en la vida cultural;
  - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
  - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

#### Parte IV

#### Artículo 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y

los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;
- b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

#### Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.
2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.
3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

#### Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá

concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

#### Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten a los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

#### Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

#### Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

#### Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsi-

diarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

#### Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

#### Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.

#### Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

### **Parte V**

#### Artículo 26

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo

Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 27

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 28

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

### Artículo 29

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

### Artículo 30

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 26;

- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 29.

#### Artículo 31

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 26.





Esta obra, ha sido preparada especialmente para la ejecución del Proyecto "Seminarios sobre Derechos Humanos y Jurisdicción Constitucional" del Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe de la Fundación Konrad Adenauer, con el objeto de sensibilizar a los que aplican el Derecho sobre la incidencia del Derecho Constitucional e Internacional y conocer más a fondo y aplicar las sentencias derivadas de la jurisdicción constitucional e internacional, bajo la codirección del Instituto Centroamericano de Estudios Penales (ICEP), la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y el Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), con la colaboración de la Facultad de Derecho de la UNAN-León y el Grupo Cívico Ética y Transparencia (EyT).

Este Proyecto, parte de la idea de que el Estado de Derecho, además de ser un concepto teórico político, jurídico y moral, a través del cual la autoridad solo puede llevar a cabo sus funciones dentro de un marco legal previamente establecido y adoptado mediante procesos democráticos y legítimos, se caracteriza: por la existencia de una Constitución como norma suprema; la democracia como régimen político; el goce y ejercicio de los derechos humanos, como fin esencial del orden político; y el control del poder, como sistema político constitucional.



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

CEIJ

CENTRO DE ESTUDIO  
E INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



INSTITUTO  
CENTROAMERICANO  
DE ESTUDIOS PENALES



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE NICARAGUA  
UNAN-LEÓN



GRUPO CÍVICO  
ÉTICA Y TRANSPARENCIA



ESCUELA JUDICIAL  
CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA

ISBN 999240522-8



9 789992 405222