

EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y EL TRIBUNAL *AD QUEM* ANTE EL HECHO SUBJETIVO

El juez de instrucción y el Tribunal *ad quem* ante el hecho subjetivo

En este trabajo se analiza la influencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo relativa a la naturaleza fáctica de los elementos subjetivos del delito (dolo o imprudencia) en el alcance y los límites de las tareas legalmente encomendadas al Juez de Instrucción y al Tribunal *ad quem* que debe revisar y controlar la actuación del primero.

PALABRAS CLAVE

Hecho subjetivo, Instrucción penal, Inferencias, Presunción de inocencia, Apelación.

The Criminal Investigating Judge and the Appellate Court before the subjective fact

This paper analyses how a recent case law by the European Court of Human Rights and the Spanish Supreme Court regarding the factual nature of the subjective elements of a criminal offence (intent and negligence) may affect the scope and limits of the tasks legally entrusted to the Criminal Investigating Judge and the Appellate Court which must review and check such Judge's performance.

KEY WORDS

Subjective fact, Criminal investigation, Inferences, Presumption of innocence, Appeal.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 16-10-2015

INTRODUCCIÓN

Las facultades del juez de instrucción en el proceso penal han estado tradicionalmente delimitadas, en lo fundamental, a la búsqueda de indicios sobre la realidad del hecho investigado, su eventual carácter delictivo y la identificación de posibles sujetos responsables, según establecen los artículos 299 y 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, «LECrím.»).

En esta triple tarea, también tradicionalmente, quedaba excluido de entre las competencias del juez instructor el análisis de la intención del autor. Dado que dolo e imprudencia quedaban tradicionalmente concebidos como juicios de inferencia desvinculados del principio de presunción de inocencia, su valoración quedaba reservada al juzgador y, en consecuencia, vedada al instructor.

Consecuencia inmediata de esta representación de los elementos subjetivos que forman parte de la infracción penal era la imposibilidad de declarar la crisis del proceso por falta de acreditación indiciaria de dichos elementos. Tanto el artículo 637.1.º como el 641.1.º de la LECrím. devenían respectivamente inaplicables para la declaración del sobreseimiento libre o provisional en caso de ausencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho doloso o imprudentemente o de falta de justificación razonada de la perpetración del hecho doloso o imprudentemente.

La consideración del dolo y la imprudencia como manifestaciones subjetivas ha mutado, sin embargo, considerablemente. De su consideración inicial

y durante largo tiempo como elementos subjetivos a colmar a través de juicios de inferencia desvinculados del principio de presunción de inocencia, han pasado a ser reconocidos como auténticos hechos de naturaleza subjetiva. El hecho puede entonces descomponerse en dos manifestaciones básicas: objetiva, como mera constatación de modificaciones en la realidad externa; y subjetiva, como delimitación de la intención con que dichas modificaciones tuvieron lugar de la mano del ser humano.

La concepción de los elementos subjetivos como hechos en sentido estricto, con sus lógicas especialidades probatorias, pero hechos en términos materialmente idénticos a los de naturaleza objetiva, proyecta un doble nivel de consecuencias, sin descartar otras: por un lado, la prohibición de valoración de la prueba personal en la alzada, particularmente en casos de sentencias absolutorias en la instancia, impedirá reconsiderar la prueba del dolo (cuando está basada en elementos de prueba personal) en apelación bajo la excusa de que se trata de elementos subjetivos *extra muros* de la presunción de inocencia; por otro, las funciones de la instrucción quedan obligadamente ensanchadas, pues siendo la acreditación indiciaria del hecho uno de los pilares esenciales de la misión del instructor, no podrá este dejar de evaluar la presencia indiciaria del hecho subjetivo en la decisión crítica de continuar con los trámites del Procedimiento Abreviado o decretar la crisis provisional o definitiva del proceso.

El Tribunal Supremo (en adelante, «TS»), asumiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH»), ha insistido de modo explícito en los últimos años, a través de decenas de resoluciones, en la naturaleza fáctica de los elementos intencionales del delito.

Lo anteriormente expuesto constituye la punta de lanza de una revisión obligada del proceso de valoración indiciaria que debe acometer el juez de instrucción y de los límites competenciales a los que este se encuentra sometido. Asimismo, la función revisora de las audiencias provinciales respecto de la actuación de órgano instructor, especialmente en supuestos de sobreseimiento, también deberá ser objeto de revisión a la luz de esta doctrina jurisprudencial a día de hoy consolidada.

LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS COMO HECHOS VINCULADOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO POR EL TS

Como se ha apuntado en la introducción, una jurisprudencia del TS y del Tribunal Constitucional (en adelante, «TC»), largamente sostenida en el tiempo, había venido entendiendo que los elementos subjetivos como el dolo o la imprudencia constituían meros juicios de inferencia desvinculados del principio de presunción de inocencia. Con base en dicha jurisprudencia, podía sortearse con facilidad la prohibición establecida por la jurisprudencia del TC de valoración de la prueba personal en la alzada en casos de sentencias absolutorias en la instancia. Si dolo e imprudencia son procesos de inferencia, no hechos sobre los que proyectar una valoración probatoria basada en el acervo presentado en juicio, bien podía entonces revisarse el proceso de valoración de la prueba, incluida la personal, para modificar el juicio de inferencia en que dolo o imprudencia consistían. Cualquier modificación en la alzada del juicio de inferencia efectuado en la instancia no implicaría, en ningún caso, una modificación fáctica, pues no era esa la consideración otorgada a los elementos subjetivos.

Por otra parte, una vez acreditados indicios de realización de la conducta objetiva, la concurrencia indiciaria de los elementos subjetivos no podía ser objeto de valoración por el órgano instructor, debiendo derivarse dicha tarea al órgano de enjuiciamiento. La desconexión de los elementos subjetivos con el principio de presunción de inocencia era, de hecho, la clave de bóveda para sustraer las

funciones de control del instructor sobre la presencia o ausencia indiciaria del hecho subjetivo.

Esta consideración del dolo y la imprudencia como juicios de inferencia sufrió, sin embargo, una seria modificación a partir de 2011. El TEDH había venido reiterando una constante doctrina en torno a la naturaleza jurídica de los elementos subjetivos, conforme a la cual estos debían dejar de considerarse meros juicios de inferencia, para ser considerados hechos en sentido estricto, por tanto, perfectamente conectados con la presunción de inocencia. Esto implica que, en pro del principio acusatorio, será la acusación pública o privada quien soportará el peso de aportar al órgano judicial (ya sea el instructor o el enjuiciador) elementos de convicción de la presencia de tales hechos subjetivos.

La citada doctrina fue vertida, en gran parte, en procedimientos de recurso por particulares que finalizaron en condenas al Reino de España, lo que dio pie a que, a partir del mes de noviembre de 2011, el TS iniciase una nueva línea jurisprudencial que, incorporando la doctrina del TEDH sobre los hechos subjetivos, superó la vieja concepción del dolo y la imprudencia como meros juicios de inferencia desconectados del principio de presunción de inocencia. La incorporación de dicha doctrina a nuestro sistema jurídico a través de la jurisprudencia del TS convierte en vinculante la jurisprudencia del TEDH y su infracción en infracción de nuestro propio sistema de garantías constitucionales, doctrina que, como se expone a continuación, ha seguido firme desde entonces hasta la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de este año 2015.

El TEDH tuvo ocasión de analizar la adecuación del sistema español de revisión de resoluciones en apelación a las exigencias del Derecho a un proceso justo del artículo 6 del CEDH (correspondiente al derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la CE). En particular, el TEDH ha venido cuestionando severamente la posibilidad de soslayar la prohibición de valoración de prueba personal en la segunda instancia para analizar la concurrencia de elementos subjetivos.

Como se ha dicho, la jurisprudencia del TS, e incluso del TC, sostenía que los elementos subjetivos no quedaban abarcados por el principio de presunción de inocencia, al tratarse de elementos de corte jurídico (valorativo, si se prefiere). Así, por todas, lo establecían con claridad las Sentencias de 15 de septiembre de 2004 (RJ 2004/7485), de 14 de abril

de 2005 (RJ 2005/4357) y de 22 de enero de 2007 (RJ 2007/2653), así como la STC 142/2011, de 26 de septiembre (RTC 2011/142).

Pero, de acuerdo con la doctrina sentada por el TEDH, entre otras, en su *Sentencia de 25 de noviembre de 2011*, los elementos subjetivos no son elementos de valoración jurídica, y mucho menos ajenos al principio de presunción de inocencia, sino hechos subjetivos, elementos de naturaleza estrictamente fáctica. Ello implica, como consecuencia directa, que no es posible reevaluar en apelación la prueba personal sin que esta se haya practicado en inmediación ante el tribunal *ad quem* para sustituir el juicio de inferencia efectuado por el tribunal de instancia en torno al elemento subjetivo. No es posible, pues, la sustitución de un criterio (el de instancia) por otro (el de apelación o casación), en caso de resoluciones en favor del reo que ponen fin al procedimiento acudiendo para dicha sustitución a una reevaluación de la prueba personal realizada en la instancia.

El TS ha incorporado la doctrina del TEDH a nuestro sistema procesal y constitucional, para evitar la lesión del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Entre el 29 de septiembre de 2011 y el 24 de julio de 2015 ha dictado sesenta y cuatro resoluciones en las que ratifica la consideración de los elementos subjetivos como hechos subjetivos y, en consecuencia, ligados al derecho a la presunción de inocencia. El modo en que el TS incorpora la jurisprudencia del TEDH desde el año 2011, considerando los elementos subjetivos como hechos sin paliativos, resulta especialmente contundente. A continuación se exponen algunos de los ejemplos más relevantes de esta doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda desde 2011 hasta la fecha presente.

Con respecto al año 2011 puede destacarse la *Sentencia de 22 de diciembre de 2011* (RJ 2011/7333), que contiene el siguiente pronunciamiento:

«Como dice de manera poco dudosa la sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011, que declara vulnerado el derecho a un juicio justo (artículo 6.1 de la Convención) por la resolución jurisdiccional española, en el caso Almenara Álvarez, la «Audiencia provincial no se limita a una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se ha pronunciado sobre una cuestión de hecho, a saber, la intencionalidad de la demandante en el momento de vender algunos bienes inmobiliarios, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia». Y advier-

te que ello ocurre porque no solo ha tenido en cuenta el elemento objetivo del delito, sino que ha «examinado las intenciones y el comportamiento de la demandante y se ha pronunciado sobre la existencia de una voluntad fraudulenta por su parte». Y culmina diciendo que «las cuestiones tratadas eran esencialmente de naturaleza factual».

Doctrina ésta que, sin duda, debe hacer que se reconsidere alguna doctrina jurisdiccional, incluida alguna constitucional, española respecto a la naturaleza de dichos elementos subjetivos como la voluntad de defraudar o la intención de matar. En el sentido de que la revisión que lleva a la exclusión de ese elemento subjetivo del tipo en caso de condena debe canalizarse a través de la alegación de vulneración de la presunción de inocencia, y la queja por las acusaciones de su exclusión con la consiguiente absolución del acusado, solamente tiene cabida mediante la denuncia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva si cabe predicar de tal exclusión arbitrariedad o insuficiente motivación. En definitiva elementos subjetivos, como la intencionalidad del autor del hecho, son afirmados, o negados, como consecuencia de una inferencia. Y la inferencia difiere conceptualmente de los juicios de valor. Por eso el tratamiento procesal y constitucional de tales elementos subjetivos ha de ser el propio de los hechos. De cualesquiera otros hechos».

Además de en esta Sentencia, en ese año 2011 la Sala Segunda incorporó la doctrina del hecho subjetivo emanada de la jurisprudencia del TEDH, en términos idénticos o similares, en las sentencias de 29 de septiembre (RJ 2011/6732), de 5 de octubre (RJ 2011/6861), de 15 de noviembre (RJ 2011/7288), de 17 de noviembre (RJ 2011/7321) y de 29 de diciembre (RJ 2012/1114).

En el año 2012, puede citarse a modo de ejemplo de incorporación de esta línea jurisprudencial la *Sentencia de 19 de diciembre de 2012* (RJ 2013/471):

«Esta tesis ha venido a recogerse en Sentencias más recientes del Tribunal Supremo como la nº 840/2012 de 31 de octubre (RJ 2012, 10164), que levanta acta de que en nuestra Jurisprudencia, al día de hoy, se entiende, de una forma mayoritaria, que los elementos del tipo subjetivo, entre ellos la intención del sujeto, son también hechos. De naturaleza subjetiva, pero hechos al fin y al cabo. Y por ello, quedan comprendidos en el ámbito de la presunción de inocencia, aunque el sistema seguido para su acreditación presente ordinariamente aspectos inferenciales más fuertemente de lo que ocurre cuando se trata de hechos objetivos, que, en general, son más susceptibles de acreditación mediante lo que

generalmente se conoce como prueba directa, aunque en sí misma también implique una inferencia».

Además de en esta sentencia, en este segundo año de vigencia de esta doctrina jurisprudencial la Sala Segunda se pronunció en términos análogos sobre los elementos subjetivos como hechos en las sentencias de 18 de enero (RJ 2012/3410), de 25 de enero (RJ 2012/2062), de 12 de marzo (RJ 2012/3927), de 4 de abril (2012/5603), de 4 de abril (RJ 2012/9431), de 25 de junio (RJ 2012/8623), de 10 de julio (RJ 2012/8215), de 19 de julio (RJ 2012/8862), de 20 de septiembre (RJ 2012/9073), de 11 de octubre (RJ 2012/9860), de 25 de octubre (RJ 2013/1442), de 31 de octubre (RJ 2012/10571), de 2 de noviembre (RJ 2012/11377), de 8 de noviembre (RJ 2012/10178), de 28 de noviembre (RJ 2013/936), de 3 de diciembre (RJ 2013/2497), de 18 de diciembre (RJ 2013/1644) y de 20 de diciembre (RJ 2013/2315).

En el año 2013, la doctrina del hecho subjetivo vinculado a la presunción de inocencia se consolida en resoluciones del TS como la *Sentencia de 24 de mayo de 2013* (RJ 2013/4415):

«Si los elementos subjetivos de los delitos albergan un componente fáctico (hechos psíquicos o internos) que posibilitan estimar los recursos de amparo cuando se declaran probados hechos psíquicos vulnerando la presunción de inocencia, y si los elementos integrantes del dolo son examinados por tanto en numerosas sentencias bajo el prisma de la presunción de inocencia, es claro que no solo se está ante una cuestión jurídica sino también fáctica.

A esto han de sumarse las numerosas sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional en las que considera vulnerados los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse dictado una condena ex novo en la segunda instancia apreciando los elementos subjetivos de un tipo penal sin que haya sido oído en una vista oral de apelación el acusado. Sentencias que, lógicamente, vienen a constatar que la apreciación de los elementos subjetivos del delito integran una cuestión también de hecho, pues si considerara que solo se trataba de una cuestión de derecho, es claro que podría ser examinada y revisada en la segunda instancia sin oír al acusado, al ser suficiente con atender a las alegaciones de su letrado.

A este respecto, procede citar la STC 142/2011, de 26 de septiembre (RTC 2011, 142), en la que se establece, al examinar una condena ex novo en ape-

lación por un delito fiscal, que no se debatía solo una cuestión estrictamente jurídica, toda vez que también se encontraba implicado el elemento subjetivo del injusto -al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados-. Por lo cual, acaba concluyendo el Tribunal Constitucional que la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad, resultaron a la postre condenados, para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos».

A lo largo del año 2013 la Sala Segunda consolidó plenamente la doctrina del hecho subjetivo emanada de la jurisprudencia del TEDH en las sentencias de 29 de enero (RJ 2013/975), de 6 de febrero (RJ 2013/8312), de 21 de febrero (RJ 2013/8312), de 13 de marzo (RJ 2013/5540), de 15 de marzo (RJ 2013/3094), de 3 de mayo (RJ 2013/3623), de 16 de mayo (RJ 2013/5543), de 24 de mayo (RJ 2013/4415), de 28 de mayo (RJ 2013/7722), de 12 de junio (RJ 2013/5556), de 27 de junio (RJ 2013/5953), de 26 de noviembre (RJ 2014/373) y de 11 de diciembre (RJ 2013/8182).

En el año 2014 la línea de continuidad jurisprudencial en este concreto aspecto se mantuvo inalterada en pronunciamientos como la *Sentencia de 25 de noviembre de 2014* (RJ 2014, 6063):

«En definitiva, hoy es un lugar pacífico en la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala que en lo referente a la concurrencia de los elementos subjetivos del delito —el dolo en su doble acepción de conocimiento y consentimiento—, forman parte de los hechos, la naturaleza de hechos subjetivos no le priva de su naturaleza fáctica —por eso hemos dicho que deben constar en el factum—, por ello cuando en apelación o en casación se quiere revisar la razonabilidad de los juicios de inferencia en clave absolutoria alcanzados por el Tribunal de instancia, con la finalidad de arribar a una conclusión condenatoria será preciso oír nuevamente a la persona absuelta en la instancia porque la apreciación del elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al absuelto antes de dictarse sentencia condenatoria en apelación contra él —STC 126/2012 de 18 de Junio (RTC 2012, 126), f.jdco. cuarto, y de esta Sala se pueden citar las SSTS 460/2013 de 28 de Mayo (RJ 2013, 7722); 309/2012 de 12 de Abril (RJ 2012, 5612); 265/2013 de 15 de Marzo (RJ 2013, 2732); 906/2012 de 2 de Noviembre (RJ

2012, 11377); 840 y 841 ambas de 2012; 789/2012 de 11 de Octubre (RJ 2012, 11353) y fundamentalmente la 1020/2012 de 20 de Diciembre (RJ 2013, 2315) que efectúa una larga referencia a las tres sentencias del TEDH ya referidas».

Además de en esta Sentencia, en el año 2014 la Sala Segunda ha mantenido la doctrina del hecho subjetivo en las sentencias de 22 de enero (RJ 2014/1846), de 29 de enero (RJ 2014/1035), de 3 febrero (RJ 2014/817), de 13 de marzo (RJ 2014/1909), de 2 de abril (RJ 2014/2563), de 4 de abril (RJ 2014/2578), de 9 de mayo (RJ 2014/3727), de 10 de julio (RJ 2014/4262), de 23 de julio (RJ 2014/3642), de 7 de octubre (RJ 2014/4727), de 8 de octubre (RJ 2014/5349), de 15 de octubre (RJ 2014/5600), de 22 de octubre (RJ 2014/5625), de 28 de octubre (RJ 2014/5843), de 18 de noviembre (RJ 2014/5952) y de 26 de diciembre (RJ 2014/6647).

En el año en curso puede citarse como ejemplo representativo la Sentencia de 9 de marzo de 2015 (RJ 2015/1447):

«Confundir la afirmación del hecho base y la que se refiere a la razonabilidad de la inferencia que desde el mismo lleva a la conclusión relativa al elemento subjetivo llevaría a conclusiones incompatibles con garantías constitucionales como las ínsitas en la acotación de lo que puede decidir el órgano que conoce del recurso cuando la resolución recurrida es absolutoria. Y es que, en fin, no cabe olvidar que el elemento subjetivo es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal su control, en el caso de sentencias condenatorias, solamente cabe por el específico cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, o, más limitadamente, por la de error de hecho del nº 2 del artículo 849 citado.

Como recordábamos en nuestra Sentencia nº 987/2012 3 de diciembre (RJ 2013, 943), el Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Y, también, por ello, el control casacional debe efectuarse a través del cauce por el que esa garantía puede discutirse en la casación. No como manera cuestión de subsunción de los hechos en la norma a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que, antes de discutir que

calificación cabe hacer de unos hechos, debemos dejar establecido cuales sean los hechos a calificar.

La STC nº 126/2012 de 18 de junio de 2012 (RTC 2012, 126), reitera que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia».

Además de en esta Sentencia, en el año 2015 la Sala Segunda ha sostenido en términos similares la doctrina del hecho subjetivo emanada de la jurisprudencia del TEDH en las sentencias de 25 de febrero de 2015 (RJ 2015/2672), de 5 de marzo de 2015 (RJ 2015/715), de 11 de marzo de 2015 (JUR 2015/2588), de 28 de abril de 2015 (RJ 2015/1554), de 28 de mayo de 2015 (RJ 2015/2916), de 22 de julio de 2015 (JUR 2015/196167) y de 24 de julio de 2015 (JUR 2015/196952).

Hasta la fecha la doctrina jurisprudencial mencionada ha tenido su campo exclusivo de aplicación en el contexto de la revisión de sentencias en segunda instancia, ya fuese en sede de apelación o casación. Ha significado un cambio de paradigma por lo que respecta a la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias para imponer condenas en segunda instancia (posibilidad que esta jurisprudencia veda de forma prácticamente absoluta cuando se vincula la revisión al hecho subjetivo y no puede practicarse prueba en la alzada).

La influencia de esta línea jurisprudencial es tal que se ha convertido en norma positiva por medio de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, publicada en el B.O.E. de 6 de octubre de 2015 (y que entrará en vigor el 6 de diciembre de este año). En la exposición de motivos de esta Ley se indica que *«se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano ad quem podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de*

esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanan del principio de inmediación».

La traducción normativa de la mencionada doctrina jurisprudencial se produce en el artículo 8 de la Ley 41/2015 que modifica el artículo 792.2 de la LECrim. en los siguientes términos: «La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa». Y, asimismo, en el artículo 7 de la Ley 41/2015 se modifica el artículo 790.2 de la LECrim de forma que «cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

CONSECUENCIAS DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL: EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y EL TRIBUNAL AD QUEM ANTE EL HECHO SUBJETIVO

La irrupción de la doctrina jurisprudencial que establece la naturaleza fáctica de los elementos subjetivos del delito ha tenido, como se ha visto, un relevante impacto en nuestro sistema de revisión de sentencias penales, alcanzando finalmente la positivización normativa en la LECrim. Sin embargo, la general aceptación del elemento subjetivo del delito como un hecho vinculado a la presunción de inocencia trasciende al ámbito del sistema de recursos y debe afectar a todas las fases del proceso penal, incluyendo, muy especialmente, la fase de instrucción.

No ofrece duda alguna que la fase de instrucción del procedimiento penal se dirige a la averiguación indiciaria de tres circunstancias: la realización del hecho, su carácter potencialmente delictivo y la

identidad de los posibles autores (artículos 299 y 777.1 de la LECrim).

Durante no pocos años, la averiguación indiciaria del hecho, como una de las tres tareas esenciales de la instrucción se vio limitada a la parte objetiva del hecho (la conducción del vehículo, la realización de la acción mortal, el impago de la cuota tributaria, la realización de un vertido contaminante, etc.), quedando la acreditación indiciaria del hecho subjetivo *extra muros* de las funciones de la instrucción, fundamentalmente por no reconocérsele el carácter fáctico, razón por la cual quedaba además desconectada de la presunción de inocencia: la valoración debía efectuarse por el órgano de enjuiciamiento en términos de razonabilidad, por constituir un juicio de inferencia de carácter cuasi normativo, sin someterse a las reglas de valoración probatoria.

La jurisprudencia del TEDH ahora incorporada a nuestro sistema jurídico obliga a tratar de modo idéntico tanto la vertiente objetiva del comportamiento (hecho objetivo) como la subjetiva (hecho subjetivo), quedando ambos vinculados al principio de presunción de inocencia. La traslación de esta doctrina jurisprudencial a la fase de instrucción, para la que no se atisban impedimentos formales o materiales (y mucho menos constitucionales), supone una cierta revolución en el proceso penal tal y como se entiende en la actualidad:

- (i) En primer lugar, será la acusación, pública o privada, quien deberá aportar elementos indiciarios de la concurrencia de ambos hechos.
- (ii) En segundo término, la revisión de la valoración de la prueba indiciaria relativa al hecho subjetivo quedará vedada en la alzada en la medida en que a su presencia o ausencia se llegue a través de *prueba personal*, es decir, directamente ligada al principio de inmediación, lo que no sucedía anteriormente, al tratarse de un mero juicio de inferencia ligado no a la presunción de inocencia, sino a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (a la correcta motivación del juicio de inferencia efectuado).
- (iii) Por último, la instrucción del proceso penal entrará en crisis tanto si no es posible afirmar indiciariamente la realidad objetiva del hecho como si no es posible afirmar indiciariamente la realidad subjetiva del hecho, pues ambos son elementos que entran a formar parte de las funciones básicas de la instrucción, encaminada, en

primer término, a la determinación de la realidad indiciaria del hecho (objetivo y, ahora también, subjetivo).

Ello obligará al juez de instrucción (o al órgano de apelación en sus legítimas funciones de revisión vía recurso) a justificar la presencia de elementos suficientes para afirmar, siquiera sea indiciariamente, el hecho subjetivo; y, a contrario sensu, a justificar las razones por las que considera que no concurren tales elementos, siendo entonces imposible la acreditación indiciaria del hecho subjetivo. En el primer caso ello permitirá la apertura de la fase intermedia; en el segundo, la crisis del proceso y el sobreseimiento libre o provisional.

Sin embargo, la práctica habitual de los juzgados de instrucción sigue excluyendo el análisis de la acreditación indiciaria del dolo o la imprudencia de la labor de instrucción, fiando al juicio oral dicha tarea; al tiempo, las audiencias provinciales (con alguna incipiente excepción que seguidamente se expone) continúan imponiendo a los órganos de instrucción el hecho objetivo como límite de las funciones de investigación y acreditación indiciaria. Lo que implica una tensión del principio de presunción de inocencia materialmente equivalente a la lesión misma del derecho fundamental, pues no es posible entonces deslindar en qué hipótesis el procedimiento será objeto de enjuiciamiento porque razonablemente concurren indicios de realización subjetiva del hecho y en qué otras el enjuiciamiento tendrá lugar a pesar de la clara inexistencia de tales indicios, que habrán sido presumidos en el auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado.

La tesis planteada en estos breves apuntes, que constituye una cierta revolución conceptual del alcance y consecuencias de la labor instructora, ha tenido acogida en una reciente y relevante resolución dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona. En el contexto de la revisión en apelación del auto dictado por un Juzgado de Instrucción de Gavá, que ordenaba la continuación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado por diversos delitos fiscales respecto a un conocido jugador del F.C. Barcelona, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Auto de fecha 8 de junio de 2015 cuyo fundamento jurídico tercero contiene el siguiente pronunciamiento:

«La STS 987/2012 recuerda que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de

naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer idénticas exigencias. En esta línea, cabe citar la STC n.º 126/2012 de 18 de junio de 2012, y doctrina reproducida en ella. En síntesis: también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

Así, modificando lo que, podríamos llamar, doctrina tradicional o clásica de la Sala II, que, con más o menos matices, predicaba de los elementos subjetivos del delito su naturaleza normativa y no fáctica, en la actualidad está plenamente aceptado que el conocimiento y voluntad son hechos de la conciencia necesitados de prueba. El hecho de que normalmente no puedan acreditarse a través de prueba directa (salvo que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble), sino indiciaria, mediante la construcción de un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento sustentado en datos facticos previamente acreditados, no les priva de su naturaleza fáctica. Y, como tal, sujetos a las reglas y estándares probatorios exigibles en cada caso. Esta Sala no comparte, por tanto, la afirmación categórica, contenida en resoluciones de algunas Audiencias Provinciales, de que “la duda sobre el dolo debe comportar la apertura del juicio oral...” si bien “concluido este, debe comportar la absolución”.

La Sala es consciente de que la naturaleza de la función jurisdiccional, directamente orientada a fines prácticos y apta para producir efectos directos en el mundo, suele exigir, para evitar el riesgo de que las decisiones sean percibidas como arbitrarias, que se presenten no solo como el resultado de una interpretación reglada de textos legales, como el resultado necesario y único de esa interpretación, lo que determina el empleo de un lenguaje con pretensión de universalidad, pese a que la interpretación no pueda orientarse sino hacia la evaluación práctica de un caso particular. Ello puede explicar afirmaciones pretendidamente categóricas como la de que la duda sobre el dolo debe dilucidarse en el juicio oral. Y decimos “pretendidamente” ya que no albergamos duda alguna de que dicha afirmación no puede desvincularse de las concretas circunstancias del caso que tuvo a la vista el Tribunal que debió resolver, por lo que es posible que lo que quisiera afirmarse es que, en el contexto analizado, existían posibilidades interpretativas plausibles

sobre la inexistencia del dolo, pero ello no excluía la existencia de base indiciaria suficiente para sostener lo contrario, por lo que era obligado permitir a las acusaciones formalizar su pretensión acusatoria.

En definitiva, los presupuestos fácticos sobre los que se apoya lo que convencionalmente denominamos dolo deben encontrar la acreditación exigible en cada caso en atención al estado del procedimiento penal, a la naturaleza de la decisión que haya tomarlos en consideración y a sus efectos».

Ciertamente, se trata de una única resolución que no parece vaya a cambiar la doctrina imperante respecto de la fase instructora en el corto plazo, pero no es menos cierto que la línea jurisprudencial del TS aplicable a la revisión del hecho subjetivo en sentencias absolutorias comenzó también con una resolución allá por septiembre de 2011 y hoy es Derecho positivo.

Íntimamente ligado a las consideraciones anteriores se encuentra el rol del órgano de apelación, el Tribunal *ad quem* correspondiente (Audiencia Provincial, Audiencia Nacional, etc.), en sus legítimas funciones de fiscalización de la tarea del órgano de instrucción. Estas, como se ha visto, deberán abarcar no solo la valoración de indicios mínimos que acrediten la realidad objetiva del hecho, sino también la realidad subjetiva de ese mismo hecho, que no puede estarle vedada al órgano de instrucción, so pena de comprometer severamente la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de la CE, pues, en tal caso, se estaría habilitando la posibilidad de formular acusación contra quienes podrían no haber realizado subjetivamente el hecho típicamente relevante.

En esa tarea de fiscalización en alzada, las funciones legítimas del órgano de revisión de sentencias (ya sea en apelación o casación) en supuestos de absolución del acusado se circunscriben, por mor de la jurisprudencia constitucional nacida a raíz de la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002/167), a la revisión de cuestiones jurídicas, no fácticas, donde la revisión integral de la prueba personal practi-

cada en la instancia le está vedada al tribunal de apelación en tanto que la norma procesal no le permite reproducirla en inmediación en segunda instancia.

Ninguna razón impide efectuar similar consideración en relación con el alcance de las funciones del órgano de apelación en la tarea de fiscalización de la instrucción penal, vía recurso de apelación. A la luz de esta doctrina jurisprudencial, el órgano de apelación podría ver parcialmente limitada su capacidad de reevaluación de las diligencias de investigación basadas en inmediación, oralidad y contradicción para reabrir una causa sobreeséida por el órgano instructor con base en ausencia de indicios suficientes de concurrencia del hecho subjetivo (o incluso del objetivo). La actual concepción de esa función revisora puede conllevar en algunos casos la sustitución de criterios entre órganos inferior y superior, de modo que la totalidad de diligencias de investigación se realizan en inmediación, oralidad y contradicción en la instrucción, quedando la alzada libre para reevaluar el resultado de esas diligencias aun no habiendo estado presente en su práctica y sin que los imputados, amparados por el derecho a un proceso con todas las garantías, sean oídos por el tribunal de apelación.

Lo anterior, obviamente, no significa que el órgano de apelación quede imposibilitado para revisar eventuales resoluciones de cierre de la instrucción por ausencia de indicios del hecho subjetivo. Por el contrario, en línea con las anteriormente mencionadas reglas de impugnación por error en la valoración de la prueba en sentencias absolutorias que se introducirán en la inminente reforma de la LECrim, la capacidad revisora del órgano de apelación en estos supuestos se centraría en la evaluación de la racionalidad y adecuación a las máximas de experiencia, así como en la debida motivación del proceso argumentativo seguido por el instructor a la hora de fijar en la resolución los razonamientos derivados de su valoración de la prueba indiciaria practicada a lo largo de la investigación penal.

MANUEL ÁLVAREZ FEIJOO*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).