

## INCONGRUENCIA OMISIVA: PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 23 de octubre de 2012)<sup>1</sup>

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

---

### EXTRACTO

El tribunal no da respuesta a la pretensión de una causa de justificación basada en la legítima defensa, completa o incompleta, oportunamente deducida en su escrito de calificación. El principio de contradicción en el proceso penal hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el juez o tribunal de los propios, y constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido la oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo. Del principio de igualdad de armas, corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, ni que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que pueden establecerse en la fase de instrucción. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar a quienes declaran en contra del acusado. El principio de contradicción se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir su testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso. El principio se respeta cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, y también cuando tal efectiva contradicción no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable. La validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en la fase sumarial se condiciona al cumplimiento de unos requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador.

**Palabras claves:** incongruencia omisiva, principio de contradicción, prueba testifical, diligencia sumarial y prueba de cargo, prueba preconstituida y homicidio.

---

*Fecha de entrada: 23-04-2013 / Fecha de aceptación: 23-04-2013*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 149, junio 2013.

## INCONSISTENCY OMISSION OF SENTENCE: PRINCIPLE OF CONTRADICTION

(Commentary on the Supreme Court of 23 October 2012)

Casto Páramo de Santiago

---

### ABSTRACT

The court does not respond to the claim of a justification based on self-defense, complete or incomplete, timely deducted in its rating. The principle of contradiction in criminal enables dialectical confrontation between the parties, allowing knowledge of the contrary arguments and demonstration before the judge or court of their own, and is an essential requirement linked to the right to a public with all guarantees, for which compliance is required duty of the courts to make it possible. And it violates the right to effective judicial protection of Article 24.1 of producing helplessness, when the subject, without having had the opportunity to plead and prove their rights in the process, finally sees decisions affected by relapses in it. The principle of equality of arms, a corollary of the principle of contradiction, also derives the need for the parties to have the same means of attack and defense and identical possibilities and loads of argument, testing and challenge, in order to avoid imbalances between its respective positions procedural, not be admissible to that principle, outside the modulations or exceptions that can be set in the phase. When it comes to personal trials, this principle is reflected in the right to question those who speak out against the accused. The principle of contradiction is satisfied by giving the accused a chance to discuss suitable and sufficient testimony against them and question the author at the time of declaring or later in the process. The principle is respected when the plaintiff has the right to intervene in the questioning of who declared against him, and when such a contradiction effectively fails to take place for reasons or circumstances that are not due to legal action constitutionally objectionable. The validity preconstituted as incriminating evidence the statements made in the investigative phase is conditional on meeting certain physical requirements, subjective, objective, formal, allowing its contents to access the public procedural debate undergo contradiction in the trial before the judge or trial court.

**Keywords:** inconsistency omission, principle of contradiction, witness evidence, proof diligence and post-trial, documentary evidence and homicide.

---

Son dos cuestiones de interés las que suscita la sentencia seleccionada para comentar y que tienen una diversa consideración. La primera se refiere a un vicio procesal importante en la sentencia dictada por la Audiencia, que no se pronuncia sobre las cuestiones suscitadas oportunamente por las partes, concretamente por la defensa, y referida a la posible apreciación de la legítima defensa como causa de justificación completa o incompleta; y la segunda, igualmente trascendente, a la vulneración del principio de contradicción, al tener en cuenta para condenar el tribunal de instancia una prueba sumarial realizada sin contradicción, al no asistir la defensa del imputado.

Brevemente los hechos son los siguientes: se origina una discusión, durante la cual una de las partes saca una navaja y, con ánimo de acabar con la vida del otro, la dirige hacia su pecho, aunque finalmente se la clava en el brazo, que utilizó para defenderse interponiéndolo en su trayectoria. La sentencia condenatoria de la sala de instancia condena por homicidio en grado de tentativa con base en el testimonio de la víctima realizado durante la fase sumarial (posteriormente la víctima está en paradero desconocido y no acude al juicio oral), y no dice nada sobre la solicitud de que se aprecie la legítima defensa, completa o incompleta.

En primer lugar me detendré en el vicio procesal, es decir, en la falta de respuesta del tribunal a las peticiones de las partes, conocida como incongruencia omisiva. La jurisprudencia dice que «incongruencia omisiva» o también «fallo corto» aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de decidir y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS de 7 de febrero de 2007, entre otras).

En la jurisprudencia consolidada de este tribunal (SSTS de 18 de noviembre de 2008 y 31 de marzo de 2009) se vienen exigiendo las siguientes condiciones para que este motivo de casación prospere:

1. Que la omisión padecida venga referida a cuestiones de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.
2. Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez debe matizarse en un doble sentido:
  - a) La omisión debe referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustentan, porque sobre cada uno de estos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.
  - b) Dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC 169/1994 y 91/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta

por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede deducirse no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC 263/1993).

3. Que, incluso existiendo el vicio, este no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. Cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo de forma motivada la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

De acuerdo con la presente sentencia que se comenta, al aplicar los referidos criterios al supuesto concreto, se observa, en primer lugar, que no se suscitan dudas de que se está ante un caso de incongruencia omisiva, puesto que ha quedado sin respuesta una pretensión punitiva que había formulado la defensa del acusado de forma diáfana y concluyente: la aplicación de la eximente o eximente incompleta referida a la legítima defensa alegada, y que no puede ser subsanada por el Tribunal Supremo. Por tanto, nada se puede objetar a la decisión del Alto Tribunal devolviendo las actuaciones para que dicte nueva sentencia por la Audiencia.

En lo que concierne al segundo aspecto, tiene indudable importancia, no solo por la frecuencia con que estos supuestos se ven en la práctica, sino también por estar directamente relacionada con los derechos a un proceso justo con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva e incluso a la presunción de inocencia, así como con los principios que vertebran el proceso penal, como es el principio de contradicción.

Resulta evidente cuando el testigo de cargo no comparece al juicio oral, momento en el que se desarrolla la prueba, la imposibilidad de tener en consideración lo manifestado por este en la fase sumarial, que tiene por finalidad la realización de las diligencias encaminadas a determinar los hechos y las personas responsables de los mismos, entre las que tiene importancia la declaración de los testigos, entre ellos la víctima de los hechos objeto de investigación. Pero dicha declaración no es prueba en sentido técnico, sino que es una diligencia de instrucción, y en tal sentido no tiene, en principio, posibilidad de ser valorada, ya que la prueba se realiza en el juicio oral, ante el juez o tribunal sentenciador. Sin embargo, en determinadas circunstancias, a las que me referiré seguidamente, sí puede ser objeto de valoración y servir de prueba de cargo suficiente para condenar.

Así, respecto de la reproducción en juicio de la declaración prestada en fase de instrucción por la víctima, que no acudió al acto del juicio oral, debe recordarse específicamente la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene sentada al respecto de su suficiencia para enervar el derecho a la presunción de inocencia, expresada en su Sentencia de 23 de febrero de 1995, cuando afirmaba que constituye doctrina reiterada de este tribunal que la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo solo 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.

De ahí que, en un supuesto como el presente, donde, ante todo, se cuestiona la eficacia probatoria de unas declaraciones inculpativas prestadas con anterioridad a la fase del juicio oral, se haga necesario recordar la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional en relación con la actividad probatoria capaz de destruir la presunción de inocencia:

- a) En primer término, hemos declarado en múltiples ocasiones que únicamente pueden considerarse auténticas las pruebas que vinculen a los órganos judiciales en el momento de dictar sentencia practicadas en el juicio oral (art. 741 de la LECrim.), pues el procedimiento probatorio necesariamente ha de tener lugar 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 estos –sobre los hechos enjuiciados– se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (SSTC 283/94 y 328/94).
- b) De la anterior exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo en la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa (STC 161/90).
- c) Ahora bien, la regla conforme a la cual las pruebas inculpativas capaces de destruir la presunción de inocencia son las practicadas con todas las garantías en el juicio oral, sin que merezcan tal naturaleza probatoria las diligencias llevadas a cabo en la fase instructora, no ostenta un valor absoluto. Antes al contrario, constituye igualmente doctrina consolidada la de que no cabe negar toda eficacia probatoria a dichas diligencias instructoras siempre que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 283/94 y 328/94 ya mencionadas).

El Tribunal Constitucional ha afirmado dicha eficacia probatoria de las diligencias sumariales en los supuestos de prueba preconstituida y anticipada a los que se refiere el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando que el ordenamiento procesal admite expresamente la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario cuando no son conformes en lo sustancial con las efectuadas en el juicio oral, con el propósito de que dicha lectura permita ponderar al tribunal la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas.

En este sentido también el Tribunal Supremo ha expuesto 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 este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Mientras que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim.) que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que estos 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; irrepetibilidad del hecho.
- 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.
- 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.

De manera que, por regla, la práctica de la prueba y particularmente la testifical de cargo deben practicarse en el acto del juicio oral en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción.

No obstante, el legislador ha previsto la incomparecencia del testigo de cargo al plenario por alguna de las causas que la jurisprudencia ha establecido al interpretar el mencionado artículo 730, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del tribunal y no sea factible lograr su comparecencia, o sea imposible de localizar por encontrarse en paradero desconocido. En estos casos, el tribunal podrá valorar las declaraciones del testigo incomparecido prestadas en fase sumarial, previa su lectura en el juicio, y siempre que dichas declaraciones se hubieran prestado de manera inobjetable. Sobre esta nota de inobjetabilidad, la ley no obliga al juez de instrucción que recibe declaración de la víctima del hecho a que se preste a presencia del acusado y/o de su letrado defensor en el caso de que aquel estuviera ya identificado y localizado. Ninguna disposición legal existe al respecto al regular la manera en la que el juez debe practicar esta clase de diligencias en la fase instructora del proceso...

En el caso de la sentencia la declaración del testigo de cargo se prestó sin garantizar la contradicción necesaria para poder posteriormente ser introducida en el juicio oral y ser sometida a debate contradictorio, y así poder servir de base a la sentencia que se dictara, lo que ha determinado que se estime el motivo alegado, y que la nueva sentencia que se dicte (ya que la de instancia se devuelve por el defecto de forma arriba citada) se haga sin tener en cuenta la declaración de testigos que no reúnen los requisitos mencionados reiteradamente por la jurisprudencia.