

# Los principios de la prueba en el proceso penal español

Manuel Jaén Vallejo, Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)

## I. Introducción

Los problemas procesales guardan una relación muy estrecha con los del Derecho penal. Éste, hay que recordarlo, sólo se puede aplicar a través del Derecho procesal penal. Derecho penal y Derecho procesal penal constituyen dos ámbitos del Derecho irremediabilmente unidos en la práctica. Dicho en otros términos: la sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia, que el acusado ha realizado un hecho previsto por la ley como delito, y que esta decisión se plasme en una sentencia debidamente motivada, para que pueda ser revisada mediante un adecuado sistema de recursos. Con razón ha dicho Roxin que “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución” (1). No cabe duda, que un Derecho procesal liberal, a diferencia del que corresponde a una sociedad autoritaria, ha de reconocer con la mayor amplitud las garantías procesales del acusado, con carácter de derecho fundamental, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable, pues se entiende que esta posibilidad siempre es menos mala que la que supone el riesgo contrario, esto es, el riesgo de condenar a un inocente.

No puede extrañar, pues, la permanente preocupación de los penalistas por los problemas del Derecho procesal penal, y la frecuente intervención de penalistas y procesalistas en los mismos foros de debate. Y entre las cuestiones más debatidas y sobre la que se han escrito últimamente numerosos trabajos se encuentra precisamente el de la prueba. Evidentemente, son muchos los aspectos de la prueba que pueden ser objeto de análisis: su licitud, los medios de prueba en particular, su proposición, admisión y denegación, la prueba anticipada, la denegación de prueba como causa de suspensión, etc. En mi exposición trataré principalmente los principios relativos a la prueba penal, así como algunos supuestos concretos, cuya virtualidad como prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia puede ser, por lo menos, dudosa; me refiero a la prueba de indicios, a la declaración inculpativa del coimputado y a la prueba de referencia.

## II. Los principios de oralidad e inmediación

### 1. Significado.

Versiones contrapuestas del testigo; el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Prueba anticipada; el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otras prueba no practicadas en el juicio oral; los arts. 718 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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 (art. 24.2 CE), como el derecho de defensa (art. 24.2 CE). Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia. El art. 714 LECrim. permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral (2). 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 (3). Y aunque este artículo 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.

En cuanto al principio de inmediación, exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba (4). Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. En principio, porque aunque 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, si ha desaparecido 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 valor probatorio a pesar de esta última circunstancia (5), debiéndose garantizar el principio de contradicción (6).

Sobre la prueba anticipada (7) y sus requisitos ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el Tribunal Constitucional. Me refiero a la STC 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 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, sometiéndose 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”.

Otra prueba no practicada en el juicio oral, que podría ser igualmente valorada 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 (8) 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 (9), que prevé un interrogatorio por exhorto, porque puede presentar fricciones con el derecho de defensa, salvo que haya conformidad de las partes.

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

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 (10). Ahora bien, no todas estas técnicas son plenamente satisfactorias. Así, la presentación en juicio de un testimonio grabado en un medio audiovisual (11), 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 (art. 741 LECrim.).

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, 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 (comunicación en ambos sentidos) durante las sesiones del plenario, cuyo uso es compatible con los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, y evitaría la suspensión de no pocas vistas por incomparecencia de la víctima, en no pocos casos único testigo de cargo, por lo que es claro que 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, con lo que se produce 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 ayudaría considerablemente a evitar muchas de las suspensiones que hoy tienen lugar en zonas turísticas. Además, otras ventajas del sistema de videoconferencia,

que exigiría la colocación de dos pantallas, una en la sede de la Audiencia Provincial y otra en la Embajada para el caso de víctimas extranjeras, serían las siguientes:

Se evitaría en buena medida la estigmatización de la víctima, 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).

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, sería muy inferior al que pudiera corresponder a la indemnización por traslado (12).

### **III. El principio de contradicción**

Aparte de la oralidad e inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba de cargo. Con toda rotundidad, afirma la STC 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 (13), 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 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 (14), 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 (15).

#### **IV. El principio de libre valoración según las reglas del criterio racional. El juicio sobre la prueba: aspecto subjetivo y aspecto objetivo**

Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración. 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; 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.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (16), 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, como lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo española durante mucho tiempo, 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 (17). 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” (art. 717 LECrim.) (18), 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.

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

a) El que depende de la inmediación, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testimoniales, de los peritos y del acusado;

b) 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 tiene un carácter general, a pesar de querer referirse sólo a declaraciones de autoridades y funcionarios de policía judicial, pues no tendría sentido 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 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 (19). Sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba “en conciencia” (art. 741 de la LECrim.), 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 (20); 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, siempre que aquella declaración sea convincente.

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 el art. 741 LECrim., de acuerdo con las necesarias exigencias de 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 (21).

El Tribunal Supremo español ha entrado ya en distintas ocasiones en el control del aspecto racional del juicio de valoración del órgano de instancia, estimando el motivo de casación basado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, en el caso resuelto en su Sentencia de 21 de enero de 1988, en el que la Audiencia había contado con una prueba testifical de la que se desprendía que el recurrente había tenido en su poder los objetos provenientes de una sustracción, y de la que dedujo la autoría del delito de robo por parte de aquél, por el que lo condenó, el Tribunal Supremo entendió que de esa prueba no se podía deducir racionalmente que el recurrente se hubiera apoderado de las cosas ejerciendo fuerza, elementos del tipo penal de robo con fuerza en las cosas aplicado, añadiendo que “en los casos en que los testigos no proporcionan una prueba directa sobre los hechos que fundamentan la acusación, o ésta no es unívoca, la convicción del Tribunal de Instancia se debe formar sobre la base de una deducción ajustada al criterio racional o, lo que es lo mismo, a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia”. Con relación al caso concreto que examina esta Sentencia, el Tribunal Supremo estimó que tanto la lógica como la experiencia impedían extraer la conclusión a la que había llegado la Audiencia, pues de una premisa que sólo expresaba que el acusado vendió las cosas a otro, no se podía deducir que, además, las había obtenido forzando la puerta y fracturando la luna de la entrada del establecimiento en que tuvo lugar el robo, y, de otro lado, la experiencia indica que aquél podía haberlas obtenido por recibirlas de otro, sin necesidad de haber cometido por sí mismo el robo, a lo que añadía la Sentencia del Tribunal Supremo que “entre todas las hipótesis imaginables que pueden fundarse en la prueba de esta causa, no cabe duda que la del robo cometido por el acusado no sólo es una más, sino la más perjudicial para él, y no aparece sostenida por ninguna razón que le otorgue preferencia sobre las otras”, y que cuando los mismos hechos probados permiten diversas conclusiones o interpretaciones, el Tribunal debe razonar por qué elige la que estima probada, esto es, la condenatoria, concluyendo afirmando el Tribunal Supremo que ese razonamiento es controlable en casación, “en lo que se refiere a su corrección lógica y a su concordancia con los principios de la experiencia, pues este aspecto de la determinación de los hechos probados no depende, como ocurre con la convicción de la veracidad o mendacidad del testigo, de la percepción inmediata y de la oralidad del juicio”.

Otra cuestión, muy controvertida, es la de los límites de la jurisdicción constitucional y los de la jurisdicción ordinaria, en particular del Tribunal Supremo (arts. 117 y 161 de la Constitución). ¿Puede el Tribunal Constitucional entrar en el examen de la valoración de 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 más reciente jurisprudencia aquel criterio, señalando, por ejemplo, en su STC 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 STC 111/1999 hace hincapié 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.

El problema de los límites entre una y otra jurisdicción no se plantea sólo en materia de prueba; también se plantea en otras cuestiones (!). Porque, ¿cuándo una decisión judicial constituye un acto de ejercicio de potestad jurisdiccional que no afecta un derecho fundamental?. Dicho con un ejemplo que se plantea con relativa frecuencia en los Tribunales penales: ¿en qué momento la interpretación de una ley penal queda fuera del texto legal y vulnera el principio de legalidad, siendo entonces competencia del Tribunal Constitucional? y ¿hasta dónde entra la interpretación dentro de los límites, siempre imprecisos, del texto, competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria? (22). La respuesta no es fácil.

## **V. El principio de la presunción de inocencia**

### **1. La presunción de inocencia como derecho fundamental. La carga de la prueba.**

Este principio está proclamado, como derecho fundamental, en el art. 24.2 CE (párr. 1º, in fine), así como también en el art. 6.2 de la CEDH, que establece que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida”. Este derecho ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, siendo, junto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el alegado como vulnerado con más frecuencia ante este Tribunal. Y no cabe duda que representa una de las características más significativas del Derecho procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso (23).

La presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba (24), 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 (25).

Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

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 (art. 269 LECrim.), 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 (26).

## **2. La prueba de indicios. Su validez para desvirtuar la presunción de inocencia: requisitos. Su tratamiento en la jurisprudencia constitucional.**

En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, 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 (27).

Desde sus primeras Sentencias el Tribunal Constitucional 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 manifiesto 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 refiere STC 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 STC 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 establecida, 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 una 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 STC 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.

La STC 189/1998, sin embargo, confirma 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 STC, “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)”.

Un aspecto esencial de la prueba indiciaria es el de la pluralidad de indicios, aunque en la jurisprudencia del TC no se ha exigido este requisito, salvo en algún caso aislado, como, por ejemplo, en la STC 110/1990. La jurisprudencia del TC 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 (28) (*indicium unus, indicium nullus*). Así, con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1996 (29), 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 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

irrebatible. 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”.

### **3. 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 (30), luego, para su averiguación, es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria. Así, el Tribunal Supremo, en su 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”.

Evidentemente, una cosa es la prueba del dolo, sobre la base de dicha inferencia (31), 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 (32) y Jakobs (33). Esta posición se observa con claridad en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo cuando afirma que “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos” (34). Por ello, en el caso concreto, frente a la tesis mantenida por la Audiencia Nacional, según la cual respecto de los resultados de muerte sólo hubo imprudencia por parte de los inculcados, 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”.

Especialmente interesante resulta la discusión acerca del conocimiento de la falsedad en los delitos contra el honor y sus consecuencias en el ámbito de la prueba de estos delitos, esto es, el de calumnia, cuya acción consiste en imputar a otro un delito (art. 205 del Código penal español), y el de injuria, cuando la acción consista en afirmar hechos que objetivamente sean deshonrosos afectando la dignidad que todos tienen (art. 208 del Código penal español). Tradicionalmente se ha venido entendiendo, en el delito de calumnia, que la calumnia consistía en la falsa imputación de un delito, de tal manera que el dolo debía extenderse no sólo al conocimiento de lo que se estaba imputando sino además de que lo que se estaba imputando era falso; tratamiento que podía traducirse, en los casos de error sobre la falsedad, en la impunidad de no pocos supuestos, merecedores, sin embargo, de la correspondiente sanción penal. En realidad, con aquella definición al acusado le bastaba con afirmar que creía que lo que afirmaba era cierto para quedar exento de toda responsabilidad penal, produciéndose una clara e insatisfactoria desprotección del interés protegido. Por el contrario, tenía que ser el propio perjudicado por la injuria o calumnia el que, para lograr la protección de su honor, probara la falsedad de las imputaciones sufridas; es decir, ¡además de sufrir las imputaciones tenía que probar su falsedad! Ciertamente, desde la perspectiva del honor afectado, esta consecuencia es inadmisibles.

Para evitar estas consecuencias en los delitos contra el honor, se han propuesto en la dogmática varias soluciones. Por ejemplo, la consideración del “temerario desprecio hacia la verdad” (35) como un caso de “ceguera sobre los hechos”, permitiendo la sanción en estos casos dentro del mismo marco correspondiente al delito doloso, tan pronto se compruebe aquella actitud del autor, por ejemplo a través de datos externos, como la falta de confrontación (36). Bacigalupo ha señalado que una definición de la falsedad adecuada a la finalidad de protección del honor no debería ser la que considera que un hecho falso es aquél cuya veracidad ha quedado totalmente excluida por la prueba, pues la lesión del honor puede ser tan irreparable cuando la imputación es falsa como cuando no se ha podido demostrar ni la veracidad ni la falsedad (37); por ello, este autor entiende que “también se debe refutar falsa la imputación cuya veracidad no sea posible probar, pues de lo contrario el derecho vigente estaría alentando a los que recomiendan: calumnia que algo queda. En tales casos no puede jugar a favor del acusado el principio *in dubio pro reo*, pues una equitativa distribución del riesgo impone al que imputa un delito asumir aquél que se pueda derivar de la imposibilidad de la prueba” (38).

Otra propuesta de la doctrina, que parte de los anteriores presupuestos, seguida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (39), se refiere a la ubicación sistemática de la falsedad, partiendo de un nuevo concepto de calumnia. Según este concepto, la calumnia consiste en la imputación de un delito (40), trasladándose el problema de la falsedad a la antijuricidad, de manera que no tiene que quedar abarcada por el conocimiento que requiere el dolo, sino que, en realidad, se trata del aspecto negativo de uno de los requisitos esenciales del ejercicio de la libertad de

información, cuando recae sobre hechos, esto es, la veracidad. Si lo que se informa es falso o no se logra saber si es falso o verdadero (perspectiva ex post), no habiendo cumplido el autor con su deber de diligencia para establecer la veracidad de la información que afecta el honor de una persona, el autor no habrá obrado justificadamente. Evidentemente, si la libertad de información no entra en consideración, por no recaer sobre asuntos de interés público, el problema quedará reducido a la comprobación de la lesión del bien jurídico; a mi juicio, esta lesión no se podrá afirmar si es verdad lo que se afirma de otro, independientemente de la eventual lesión de otros intereses, como la intimidad o privacidad, que también deben ser objeto de protección penal, al menos en sus aspectos esenciales.

#### **4. Declaración inculpativa del coimputado: ¿Prueba de cargo?**

##### **4.1. Valoración. Su reducida consistencia probatoria.**

Ha sido especialmente objeto de discusión el valor que deba darse a las acusaciones que realice el coimputado o coacusado. Hoy, incluso, a propósito de algunos casos especialmente tratados en la prensa, como el caso “Marey”, así como también debido a casos de criminalidad organizada, en los que ha adquirido reconocimiento la figura del arrepentido (41), se puede afirmar que es una de las cuestiones más debatidas en materia de prueba penal. Al respecto la doctrina del Tribunal Supremo parecía clara hasta que en uno de sus últimos pronunciamientos ha adoptado una orientación algo diferente. Me refiero a la Sentencia de 29 de julio de 1998 (“caso Marey”).

En Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985 y 12 de mayo de 1986, el Tribunal Supremo 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) (42), 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 inculpativa se haya prestado con ánimo de autoexculpación” (43). Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en varias Sentencias (44) que las motivaciones de los coacusados que inculpan a otro procesado deben ser 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.

Por su parte, 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”.

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 (arts. 24.2 de la Constitución y 389.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que pueda emplearse contra él ningún medio coactivo ni intimidatorio (45);

2ª, está prohibido tomarle juramento (art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), 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 (46).

Estas tres condiciones, como lo recuerda Bacigalupo en su voto particular a la Sentencia recaída en el “caso Marey”, 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 (José Barrionuevo, ex Ministro del Interior, y Rafael Vera, ex Directo de la Seguridad del Estado) sobre la base de la versión de los hechos de los coimputados. Habrá que esperar a conocer el próximo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre este caso, a propósito de los recursos de amparo formulados contra aquella Sentencia.

#### **4.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1995, 197/1995, 129/1996 y 49/1998). Por ello, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1998 (47), “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 (48), con relación a la pretendida debilidad de la inferencia condenatoria realizada por el Tribunal de instancia, a la vista 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 (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), 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. Por ello concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional 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 derecho 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 entre las que bastará citar las SSTC 82/1988, 98/1990 y 51/1995”.

## **5. La prueba de referencia.**

### **5.1. Concepto. Su insuficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia.**

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, “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 lo que persigue es que el testigo referido, pueda ser directamente escuchado sobre los hechos; si éste no comparece, de poco servirá la referencia que a él y a lo que dijo ha hecho el “testigo de referencia” o “testigo de oídas”. Esta “prueba”, pues, por sí sola, no puede desvirtuar, a mi juicio, la presunción de inocencia que asiste a todo acusado.

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, 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).

## **5.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

Muy interesante resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1999 (49), que pone 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 DNI 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 recuerda, 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 (...). También recuerda, 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 diligencias 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 inmediación 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.

También aborda la cuestión de la prueba de referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1999 (50). 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 (SSTC 303/1993, 35/1995 y 7/1999) 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 (...).”

## **VI. El principio in dubio pro reo: su doble dimensión fáctica y normativa**

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 (51). 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 puede ser objeto de posterior revisión (52).

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 (53). Esta última, añade este autor, “hace 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” (54), 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 (55), y, en su caso, incluso, al recurso de amparo constitucional (art. 24.2 CE). De todos modos, este principio sólo debe referirse y aplicarse en lo que a la fijación de hechos se refiere; no se debe utilizar para aclarar cuestiones jurídicas que aparezcan como dudosas.

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 pueda revisar 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. Actualmente, sin embargo, el Tribunal Constitucional español 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 (56).

(1) Strafverfahrensrecht, 25ª ed., 1998, § 2.

(2) En el mismo sentido, § 254 StPO.

(3) La Sentencia del TEDH de 6-12-1988 (“caso Barberá, Messegué y Jabardo”) proscribió el uso tan arraigado en España de utilizar la fórmula “por reproducida”.

(4) V. art. 741 LECrim. y § 261 StPO.

(5) V. Auto del TC de 18-12-1998.

(6) 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.

(7) 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 790.5, párr.2º, 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.

(8) 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”.

(9) Artículo 719: “Si el testigo imposibilitado de concurrir a la sesión no residiere en el punto en que la misma se celebre, se librárá 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”.

(10) 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.

(11) Por ej., la llamada “diligencia de interrogatorio europea” del art. 32.1 a) del Corpus Juris

Europeo.

(12) 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.

(13) V. SSTC 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. STC 24/1991, que se refiere al certificado de un Médico Forense y a un examen médico.

(14) V. STC 40/1999.

(15) V. STC 200/1996.

(16) 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".

(17) Cfr., en este sentido, SSTS de 10-2-1978 y 11-10-1978.

(18) Cfr., en este sentido, SSTS de 19-1-1988 y 21-1-1988.

(19) Cfr. Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en la casación penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 66 y ss.

(20) Cfr., por ej., SSTC 126/1986 y 177/1987.

(21) Strafverfahrensrecht, 25ª ed., cit., § 53-13.

(22) Cfr. al respecto Bacigalupo, "La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el poder judicial", Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 1/1998 (julio), p.

(23) Cfr. Bacigalupo, "Politische Korruption und Strafverfahren", ZStW 111 (1999), pp. 716 y ss.

(24) V. STC 150/1989; evidentemente, las referencias legislativas, muy frecuentes en la parte especial del Código penal, no necesitan de prueba alguna, en virtud del principio iura novit curia.

(25) Cfr., por ejemplo, la STC 157/1998.

(26) V. STC 177/1998, en relación a la excepcionalidad de la prisión provisional.

(27) 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.

(28) Cfr., entre otras, SSTTS de 21-2-1998, 25-3-1998 y 9-6-1998.

(29) Recurso núm. 3107/1994. Ponente: Magistrado D. Enrique Bacigalupo.

(30) Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, p. 169.

(31) Cfr. Pérez del Valle, C., Teoría de la Prueba y Derecho Penal, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 3, ed. Dykinson, Madrid, 1999; Ragués i Vallés, R., El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, 1999.

(32) Cfr. Vorsatz und Risiko, 1983, pp. 118 y ss.

(33) 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, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 327 y ss.

(34) 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, etc.

(35) Expresión contenida en el art. 208, párr. 3º, del Código penal español de 1995 en vigor: “Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hallan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

(36) Cfr., en este sentido, Pérez del Valle, C., op. cit., p. 13.

(37) Así, en “Para una revisión de la dogmática de los delitos contra el honor”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996 (enero-abril), p. 50.

(38) Op. cit., pp. 50 y 51.

(39) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 22-4-1991.

(40) Cfr. Jaén Vallejo, M., Libertad de expresión y delitos contra el honor, ed. Colex, Madrid, 1992, pp. 235 y ss., y Principios constitucionales y Derecho penal moderno, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 99 y ss.

(41) 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”, Edersa, Madrid, 1996.

(42) Cfr. también, en este mismo sentido, la Sentencia de 7-11-1997.

(43) 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”.

(44) V. Sentencias del Tribunal Supremo de 16-12-1986, 5-4-1988, 14-9-1989, 27-12-1989, 29-10-



1990.

(45) 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.

(46) 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 (...)”.

(47) De 2 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo). Sala Segunda. Recurso de amparo 1323/1996. Ponente: Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral. Otorga el amparo.

(48) De 1 de junio (BOE núm. 158, de 3 de julio). Sala Segunda. Recurso de amparo 683/1997. Ponente: Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer. Otorga el amparo.

(49) De 8 de febrero (BOE núm. 48, de 25 de febrero). Sala Segunda. Recurso de amparo 3890/1995. Ponente: Magistrado D. Julio D. González Campos. Otorga el amparo.

(50) De 31 de mayo (BOE núm. 154, de 29 de junio). Sala Segunda. Recurso de amparo 2120/1995. Ponente: Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Otorga el amparo.

(51) Cfr., recientemente, por ej., Montañés Pardo, M.A., La presunción de inocencia, ed. Aranzadi, 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).

(52) Cfr., en este sentido, Montañés Pardo, op. cit., p. 47, y Vázquez Sotelo, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 294.

(53) La impugnación de los hechos probados en la casación penal, Ad-Hoc, 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.

(54) Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en la casación penal, cit., p. 69.

(55) Ibidem.

(56) Cfr., por todas, la STC 44/1989.