

# *Revista del Foro Canario*



MINERVA EDITORES. S.L.  
Calle Cartago 2. Esc. Dcha. 1º A - Madrid - España  
Impreso por Omagraf. S.L.  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258-1980

**“TUTELA EFECTIVA DE LOS TRIBUNALES Y JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL: UN APUNTE JURISPRUDENCIAL SOBRE  
LA «MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA»  
EN EL PROCESO PENAL”**

**Dr. D. Pedro Carballo Armas**

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Las Palmas

**Dña. María Elsa Carreras Riudavets**

Secretaría Judicial en provisión temporal

**TUTELA EFECTIVA DE LOS TRIBUNALES Y JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL: UN APUNTE JURISPRUDENCIAL SOBRE  
LA «MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA»  
EN EL PROCESO PENAL**

**SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA, JUECES Y CONSTITUCIÓN.
2. EL PROCESO PENAL: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PUNTO DE PARTIDA.
3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y «MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA».
4. LA PRUEBA DE CARGO.
  - A) VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.
  - B) LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
  - C) LA VALIDEZ PROBATORIA DE LOS TESTIGOS DE REFERENCIA.
  - D) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA DE INDICIOS. E) LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA.
5. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTUACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL.
  - A) PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA.
  - B) LAS DILIGENCIAS POLICIALES. C) LAS DILIGENCIAS SUMARIALES.
6. BREVES CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. Introducción: Justicia, jueces y Constitución

¿Una regla rígida y una práctica flexible?, como en su día dijera TOQUEVILLE, ¿o una regla flexible pero una observación rigurosa?, como se mantenía desde el otro lado del Canal de La Mancha<sup>1</sup>.

Es una obviedad afirmar, de entrada, que desde que el hombre tomó parte activa como elemento configurador de la sociedad (esto es justamente, como *pueblo*), cualquiera que haya sido el tipo de organización o poder establecido, ha tratado de fundamentar –con sus avances y retrocesos– un sistema de justicia que, como principio esencial, ha estado dirigido a desempeñar indefectiblemente el papel de asegurar derechos y deberes básicos. La naturalidad de esta condición radica muy probablemente, como diría RAWLS, en que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales<sup>2</sup>, de modo que toda persona sabrá lo que las normas vigentes exigen de ella y de los demás<sup>3</sup>.

No obstante, no nos cabe la menor de las dudas que la apasionante a la vez que compleja función de juzgar –hacer justicia, o que se haga lo justo–, o como con impecable retórica establece la Constitución española, según la cual, corresponde a los Jueces y Magistrados determinados por la leyes –conforme a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan– el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), se ha visto sometida en los últimos tiempos, como antes nunca lo había sido<sup>4</sup>, a un ingente proceso de modificación<sup>5</sup>, cambiando el papel y las funciones judiciales y, sobre todo, lo que no es menos importante, la forma de desempeñarlas<sup>6</sup>.

En suma, los jueces son ahora, y como no podía ser de otra manera, miembros integrantes de uno de los poderes clásicos del Estado: el Poder Judicial, tutelador y guardián del Estado de Derecho en España, no sólo aplicando la legalidad vigente sino, además, cuestionándola cuando ésta no es acorde a la Constitución a través de los procesos previstos a tal efecto ante el Tribunal Constitucional.

Pese a lo dicho, tal vez no pueda decirse que la opinión pública de la Justicia en general, y de los Jueces en particular, sea excesivamente alentadora en la actualidad, ni desde la perspectiva de los ciudadanos, cuyas expectativas muestran un aumento gradual en la desconfianza hacia los mismos, ni desde algún sector intelectual, que sin ningún tipo de ambages considera a la judicatura como un sistema corporativo de orientación generalmente conservadora y tradicional, y formada principalmente por personas procedentes de ámbitos familiares con cierto desahogo económico<sup>7</sup>.

Desde luego, y volviendo al punto de partida, puede afirmarse que la función de la Justicia no sólo es una cuestión apasionante y compleja, sino también delicada. Asumir la explicación de los Jueces acerca de lo justo y lo injusto, apoyando estos juicios en argumentos jurídicos que en líneas generales los ciudadanos apenas aciertan a entender, cuando por otra parte en realidad seguimos sin saber muy bien cómo son los Jueces, por qué asumen tan difícil papel, o qué satisfacción obtienen con el desempeño de su labor, no parece, en principio, tarea sencilla. Ni mucho menos<sup>8</sup>. Más aún, cuando la concepción de la Justicia aparece ligada sobremanera a una cuestión tan compleja como lo es nuestra sensibilidad moral<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> A. GARAPON: “La imagen de la justicia francesa en el cine”. *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000. p. 92.

<sup>2</sup> J. RAWLS: *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 17.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 63.

<sup>4</sup> Una interesante reflexión sobre estas cuestiones ceñidas al ámbito concreto de la Justicia administrativa puede verse en M. P. RODRÍGUEZ: “Sanciones administrativas: nuevas tendencias”. *Revista del Poder Judicial*. n° 55. 1999. p. 243 y ss.

<sup>5</sup> No obstante, conviene advertir que el legislador no siempre consigue acertar en su esfuerzo por perfeccionar el ius puniendi del Estado (al respecto, nos ofrece algunas interesantes reflexiones M. JAEN VALLEJO: *Los Principios Superiores del Derecho Penal*. Dykinson, 1999. Concretamente, su capítulo dedicado a “algunos supuestos de dudoso cumplimiento del principio de proporcionalidad penal”. p. 86 y ss.).

<sup>6</sup> J. MARTÍN CANIVELL: “El juez de ayer a hoy”. *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro...* p. 78.

<sup>7</sup> L. SILVA AMADOR: “La imagen del juez en la literatura”. *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro...* p. 113.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 110.

<sup>9</sup> J. RAWLS. *op. cit.*, p. 55.

Las cuestiones apuntadas podrían ser todavía más complejas, incluso, si prestáramos atención al problema de la Justicia que se puede plantear entre las diversas generaciones de miembros integrantes del Poder Judicial<sup>10</sup>, o de la administración de Justicia como institución<sup>11</sup> o, aún todavía, de sus ya tradicionales carencias.

Sin embargo, y dicho lo dicho, aún admitiendo el carácter ciertamente problemático de todas estas cuestiones expresadas, la Justicia española en general, y la penal en particular, ha sido objeto últimamente, como se ha dicho, de profundas reformas (entre otras cosas, por la creciente complejidad del Derecho Penal que intenta adaptarse a la incesante evolución social), consciente el legislador de sus ya inaplazables necesidades (tal vez ya no sea válida en la sociedad actual la sentencia de Horacio, según la cual "la Justicia, aunque anda cojeando, rara vez deja de alcanzar al criminal en su carrera") al objeto de *racionalizar* la Justicia. De hacerla más eficiente.

Todas estas reflexiones pudieran parecer ociosas, o incluso podrían sorprender al lector respecto del tema objeto de este trabajo; esto es, efectuar algunas precisiones sobre la casuística probatoria en el proceso penal a la luz de la interpretación de la Justicia constitucional española. Pero no creemos que sea así. Ni mucho menos. Si de lo que se trata es de impartir y administrar justicia, cumplir con la función básica de la función jurisdiccional, debemos entender entonces que puede y debe ser precisamente éste el punto de partida. En primer lugar, porque es en manos de los Jueces (o mejor dicho, en sus mentes) y sólo en ellos donde recae la labor de resolver sobre *lo justo*. Si no es así, se verán vaciados de *equidad*. Y si bien hoy parece comúnmente aceptado que la Justicia penal en España aparece rodeada de una perspectiva de *racionalización humanitaria*, de todos es sabido que no siempre ha sido así. La propia Historia, en efecto, se ha mostrado en esto con bastantes altibajos a lo largo de su constante e ininterrumpido periplo: desde la antigua *civitas romana*, donde la función judicial logra un nivel

importante de tecnificación, pasando por el oscuro Medioevo –caso de las ordalías o juicios de Dios– sujetos a criterios, se mire por donde se mire, ciertamente ilógicos<sup>12</sup>. Ya en el propio Medioevo, incluso, como ha puesto de relieve MARTÍN CANIVELL, se satirizaba acerca de los Jueces como personajes carentes de buen sentido (acaso también, a nuestro juicio, carentes de buen humor), llenos de vanidad y a veces corrompidos<sup>13</sup>.

Desde luego, su imagen cambiará radicalmente –idea que no le abandonará hasta nuestros días– una vez que se superó el *Ancien Régime*, pues el Juez a partir de ese momento ante todo y, sobre todo, quedará sujeto a un principio esencial como es el principio de legalidad (todo delito ha de ser previamente determinado por la Ley), y en realidad pasará a convertirse en su más leal transmisor: *vox iuris, iuris dictio* (la boca que pronuncia las leyes). Junto a todo ello, la configuración jurídica del Juez acabará por situarlo en un plano de auténtica legitimidad, dominado bajo las impresionables notas de imparcialidad, responsabilidad e independencia.

Bajo todos estos parámetros expuestos, podemos deducir que las actuaciones de la Justicia aparecen, pues, estrechamente conectadas nada más y nada menos que al *imperio de la ley*, partiendo del principio básico (aunque no siempre se pueda constatar así) de que las reglas, las leyes, en general el conjunto del ordenamiento jurídico, es justo (si son injustas, como diría RAWLS, entonces necesariamente han de ser reformadas o abolidas<sup>14</sup>) y, en su consecuencia, están dirigidas a proteger muy en particular los derechos de la persona.

Sin embargo, con el objeto de evitar inequívocos, procede advertir que una cosa es la Ley, y otra acaso no distinta pero sí ciertamente algo más compleja es la interpretación de la misma. Y el papel de los Jueces, dotados éstos de una capacidad y preparación jurídica indispensable es, como ya dijimos, juzgar y decidir qué es justo o injusto, apoyados para ello en argumentos jurídicos. Esta formulación o conjunto de principios

---

<sup>10</sup> En este sentido, señala SILVA AMADOR (*op. cit.*, p. 111), siguiendo la opinión de O. LANDO ("El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", *Revista de Derecho de los Negocios*, La Ley, Madrid, mayo, 2000), que los Tribunales conservan su tradicional forma de ver la vida, que en realidad no hace sino fomentar el escepticismo frente a las nuevas ideas y tendencias. Pero es más, los Tribunales superiores a menudo están formados por personas mayores, y en líneas generales, las personas mayores tienden a ser más conservadoras que las generaciones más jóvenes.

<sup>11</sup> Al respecto, véase J. F. LÓPEZ AGUILAR: *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, tecnos, 1996.

<sup>12</sup> J. MARTÍN CANIVELL, *op. cit.*, p. 67.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> J. RAWLS, *op. cit.*, p. 17.

nos lleva a efectuar una segunda consideración introductoria, y de paso, a aproximarnos al objeto central de este trabajo.

En efecto, una vez superada la etapa de la prueba tasada a que quedaban sujetos los Tribunales, e instaurado el principio a todas luces más justo de libre valoración de la prueba por Jueces y Tribunales, el *quid* de todo proceso penal gira en torno a la misma: es la prueba (de cargo o de descargo), y su apreciación por los Tribunales, la que al final ha de ser pesada en la balanza de la Justicia; y esta tarea corresponde, efectivamente, de modo exclusivo y excluyente a los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, es lo cierto que cuando a derechos fundamentales se refiere, la necesidad de evitar interpretaciones arbitrarias deriva por su propia dinámica en un intenso trabajo de intérpretes y expertos en Derecho<sup>15</sup> ante la diversidad problemática que habitualmente se suscita en torno a los mismos, lo que trae aparejado, desde luego por la rica casuística que se produce, variadísimas soluciones por parte de los distintos operadores jurídicos (no exento en ocasiones, dicho sea de paso, de cierta tensión entre las perspectivas de la Universidad y los Tribunales). Pero también es preciso recordar aquí, que en un Estado donde existe un sistema de jurisdicción constitucional concentrado –y España lo es–, los Tribunales Constitucionales han venido desarrollando desde entonces como una de sus tareas esenciales, una ingente labor jurisprudencial a fin de dar concreto contenido a los derechos fundamentales<sup>16</sup>.

Las líneas que siguen a continuación pretenden dar cabida a diversas situaciones jurídicas encarradas por la jurisprudencia constitucional española a propósito de algunos aspectos relativos a la actividad probatoria en el proceso penal. En todo caso, vaya por delante advertir desde ahora que dada la amplitud de todas las cuestiones jurídicas que se suscitan en un proceso, resulta poco menos que imposible dar tratamiento aquí de manera exhaustiva –por su inabarcable extensión– a todas y cada una de las cuestiones que conforman el marco jurídico (bien desde la perspectiva constitucional, procesal o penal) de la actividad probatoria, sino que sólo se pretende ofrecer acaso las líneas jurisprudenciales más importantes que, a nuestro juicio, han sido elaboradas por el alto Tribunal en algo más de veinte años. Veámoslo.

## 2. El proceso penal: la presunción de inocencia como punto de partida

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el proceso penal gira en torno a un factor realmente determinante a lo largo del mismo; y este no es otro que la presunción de inocencia de la que disfruta todo ciudadano sometido a la imputación de un delito o falta. En este sentido, la propia jurisprudencia asentada por los Tribunales españoles ha sido, a fuerza de reiterativa, meridianamente clara desde un principio: todo acusado de un delito o falta goza interinamente de la presunción de inocencia, para cuya desvirtuación es preciso la práctica de una prueba suficiente y legalmente desplegada en el proceso. Prueba que, en último término, puede ser de carácter directo o indiciario.

En efecto, el reconocimiento de este principio esencial del proceso, en palabras del Tribunal Constitucional, supone una verdad interina de inculpabilidad que viene a desplazar sobre la acusación la necesidad de acreditar una actividad de cargo tendente a la presentación de pruebas incriminatorias de cargo ante el Tribunal (por todas, véase STC 31/81). Sólo en la medida que las pruebas existan, tendrá como inmediata consecuencia que el Tribunal pueda entrar en la valoración crítica de las mismas, y del mismo modo habrá de actuar con respeto a las pruebas de descargo que, en su caso, haya presentado la defensa. Ello supone, obviamente, que los Tribunales deben, en primer lugar, centrar el estudio valorativo en la constatación de la existencia de prueba procesal de cargo. Y esta no es otra que la prueba practicada a presencia judicial o bajo la fe judicial, singularmente –si bien no exclusivamente (como después veremos)– en el acto del juicio oral, sin violación de garantías en su producción, y aportada al proceso de acuerdo con los principios básicos de inmediación, oralidad, igualdad y contradicción.

Por todo ello, si practicada la misma, no se constata la existencia de prueba procesal de cargo, deberá imponerse obligatoria y legítimamente la inapelable afirmación del principio de presunción de inocencia. Y ello no trae otra cosa, como consecuencia inmediata, que aquella verdad interina pasa entonces a convertirse en verdad judicial de definitiva inocencia.

Ahora bien, y dicho lo dicho, si llegado el caso, se evidencia la existencia de prueba procesal de cargo, es entonces cuando se entra, como recuer-

<sup>15</sup> L. PEGORARO: “Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 47, 1999, p. 15.

<sup>16</sup> C. LANDA: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 170.

da el Tribunal Supremo, en un aspecto procesal-judicial de suma importancia: la fase valorativa; es decir, deducir mediante un razonamiento lógico, la declaración de que efectivamente se ha producido (penalísticamente hablando) un hecho típico, antijurídico, penado por la Ley, y de la que resulte responsable por su participación (en grado subjetivo y objetivo) el acusado. Si por el contrario, esta convicción no se alcanza porque existen dudas acerca de la concurrencia de alguno de los requisitos exigidos para la conformación en el caso concreto de los elementos del tipo, entonces –por aplicación del principio “in dubio pro reo”– debe el Tribunal inclinarse indefectiblemente por la absolución. Y es que, en efecto, el problema que se le presenta al Juez es que debe decidir sobre dos males: o bien absolver a un culpable (mal social), o bien, condenar a un inocente (mal individual). En ese dilema, el Juez deberá decantarse siempre hacia la absolución del presunto culpable si su responsabilidad en el delito no ha quedado plenamente acreditada<sup>17</sup>.

Como bien se comprende, por lo aquí expuesto, el principio de presunción de inocencia, aparece proyectado como una garantía esencial del proceso penal. Principio que obviamente ha requerido de un desarrollo jurisprudencial que ha permitido delimitar el contenido esencial del mismo y así dar, en definitiva, respuestas idóneas a las distintas alternativas posibles en el curso de un proceso jurisdiccional. Por otra parte, y como ya se ha dicho, hay que tener presente que esta tarea de tutela de los derechos fundamentales corresponde de modo ordinario a los Tribunales de Justicia, y en última instancia, constituye una de las responsabilidades que asume el Tribunal Constitucional español a través del recurso de amparo. El carácter particularísimo de estos tribunales, sobre todo por la posición orgánica en la que opera el juez ordinario, conlleva que éstos jueguen un papel decisivo en la interpretación, por lo que aquí importa, de los derechos fundamentales, adaptándolos a las nuevas exigencias de la sociedad<sup>18</sup>.

Pero vayamos por parte, el artículo 24.2 de la Constitución española reconoce el derecho a la presunción de inocencia como una auténtica protección judicial de los derechos de los ciudadanos. Con ello se hace referencia, en suma, a una de las convicciones más importantes de los sistemas democráticos y también, sin lugar a dudas, del propio constitucionalismo, en cuanto que expresa una categoría que la propia realidad histórica se

ha encargado de perfeñar adecuadamente a lo largo de su itinerario. Convicción ésta, por lo demás, que permite a la presunción de inocencia configurarse especialmente como uno de los elementos más singulares del Estado de Derecho (en definitiva, lo que termina por distinguir a unos Estados de otros) y, en su virtud, de la Justicia en cuanto que desde la perspectiva jurídica, como no podía ser de otra manera, constituye el *sopORTE natural* donde se dilucidan las cuestiones que afectan a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se trata en esencia, pues, de una de las garantías constitucionales –quizás, la principal– sobre la que pivota el proceso penal español. El principio enunciado en la Constitución es, a la vez que capital, muy simple: sencillamente significa, como ya hemos señalado, que toda persona sometida a un proceso penal es inocente mientras no se demuestre lo contrario, y por consiguiente, así se declare en una sentencia condenatoria, donde justamente se han de concretar los hechos imputados y la participación del acusado en los mismos. En consecuencia, en este contexto –el proceso penal–, no hay razón alguna para suponer de antemano que la carga probatoria en un proceso debe corresponder a la defensa (nos encontraríamos entonces ante una irremediable *probatio diabolica*, a todas luces injusta), sino que muy por el contrario, y con toda suerte de lógica, la carga de la prueba incumbe a la acusación. A *contrario sensu*, por decirlo así, el esquema constitucional viene a postular, en definitiva, que toda acusación que no pueda o no quede debidamente probada y justificada debe desembocar, consecuentemente, en una declaración de inocencia por parte de los Tribunales. De otra parte, resulta una obviedad advertir aquí que se trata de una presunción *iuris tantum*, lo cual significa que, por tanto, puede ser desvirtuada a través de una «mínima actividad probatoria» en el correspondiente proceso judicial.

Desde este punto de vista puede decirse, pues, que la dimensión jurídica de la presunción de inocencia parte de una estructura simple: cualquier condena habrá de ir precedida de una actividad probatoria suficiente. Pero dicho esto, hay que advertir inmediatamente que del mismo modo que la «mínima actividad probatoria» se constituye por sí misma como suficiente para determinar la condena, también deberá tenerse en cuenta en todo caso, y en modo alguno se puede descuidar, que la validez de las pruebas que fundamenten tal condena habrán de ser constitucionalmente válidas.

<sup>17</sup> E. ROMERO ARIAS: *La presunción de inocencia*. Aranzadi. 1985. pp.17-18.

<sup>18</sup> L. PEGORARO. *op. cit.*, pp. 8 y 14.

Se comprende, con este planteamiento inicial, que la naturaleza sustancial del derecho fundamental a la «presunción de inocencia» aparece íntimamente ligada al «derecho a un proceso debido», pues su propia dimensión jurídica implica necesariamente la exigencia de una actividad probatoria desarrollada, en principio, en la fase del juicio oral del proceso penal (aunque con ciertas excepciones, como veremos), y con respeto a las debidas garantías procesales (básicamente los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad).

### 3. Presunción de inocencia y «mínima actividad probatoria»

Muy sumariamente, como acabamos de apuntar, el artículo 24.2 de la Constitución presenta un conglomerado de derechos y garantías que surten efectos en el ámbito procesal. En lo fundamental: gozar de un Juez predeterminado por la ley y un proceso público debido, derecho de defensa y asistencia letrada, derecho a ser informado de cualquier acusación, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes, no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable, y a la presunción de inocencia.

Recuérdese que, como se ha dicho, la propia naturaleza sustancial de la «presunción de inocencia» se configura como una presunción *iuris tantum* y, por consiguiente, ésta puede ser destruida razonadamente mediante una «mínima actividad probatoria» de cargo.

Pues bien, conocido este planteamiento originario, resulta necesario ahora tomar conciencia sobre la principal garantía jurídica que sobre el mismo asume la Constitución española a propósito del proceso penal: éste aparece orientado en una dirección inequívoca que exige que la actividad probatoria (el *onus probandi*) esté a cargo de la acusación en el proceso. De hecho, si partimos de la premisa inicial conforme a la cual se presume inocente a todo acusado hasta que recaiga una sentencia condenatoria, ello ha de incidir inevitablemente en la distribución de la carga de la prueba, correspondiendo la misma a la parte acusadora; esto es, a la que sostiene la acusación<sup>19</sup>. En efecto, es justamente la acusación quien ha de dirigir sus esfuerzos en la línea de probar en juicio la existencia de elementos constitutivos de la pretensión penal. Pero es más, esta actividad ha de alcanzar, a juicio del Tribunal, al menos un

«mínimo probatorio» de cargo, lo que quiere decir que ha de ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Y no sólo eso, la actividad probatoria debe haber sido desplegada, además, con escrupulosa observancia de las exigencias constitucionales y procesales (entre otras resoluciones, ATC 84/81).

Bajo este parámetro, es claro que tampoco resultará admisible una condena si las pruebas aportadas al juicio por la acusación son insuficientes (o deficientes). Por consiguiente, como ha puesto de relieve MONTAÑÉS PARDO, ante la inexistencia o insuficiencia de pruebas de cargo, el Tribunal debe declarar la inocencia del acusado<sup>20</sup>.

El Tribunal Constitucional, casi desde su creación, tuvo ocasión de delimitar muy pronto, y con consecuencias de gran calado para la jurisprudencia posterior, algunos aspectos esenciales sobre la presunción de inocencia. En efecto, en lo tocante a este derecho fundamental, la STC 31/81, de 28 de julio, el alto Tribunal hace hincapié explícitamente en la esencia de la presunción de inocencia como garantía constitucional directamente aplicable y responde con decisión advirtiendo, junto a otras consideraciones (como la libre valoración de la prueba por el Tribunal de instancia), que el referido derecho fundamental actúa en todo momento vinculando a todos los poderes públicos como garantía esencial que ordena el proceso penal. Por tanto, ninguna actuación en el proceso jurisdiccional puede tener un sentido adecuado, por así decirlo, si no se observa esta premisa como uno de los ejes esenciales del proceso.

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, pues, corresponde a los Tribunales de Justicia apreciar libremente los diversos elementos de prueba aportados debidamente al proceso y válidamente obtenidos, para de este modo fundamentar sus resoluciones. Tras el debate jurídico-penal, el Tribunal ha de ponderar en conciencia los distintos elementos de prueba traídos al proceso y que puedan estimarse de cargo («mínima actividad probatoria») para así desvirtuar la inocencia del acusado.

Esta puntualización es así consecuencia lógica del proceso penal, de modo que la presunción de inocencia queda constituida sobre un esquema que gira, por lo que aquí interesa, en torno a dos elementos esenciales:

<sup>19</sup> M. A. MONTAÑÉS PARDO: *La presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 82.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 82.

a) Principio de libre valoración de la prueba a cargo de Jueces y Tribunales (arts. 117.3 CE y 741 LECrim); y

b) Los medios de prueba han de observar necesariamente las garantías exigibles que permitan ejercitar la defensa, además de ser practicados, en principio, en el juicio oral. Con estos condicionantes, el Tribunal sólo puede quedar vinculado a lo que allí ocurre. Dicho con otras palabras: a lo alegado y probado en el acto de la vista oral.

Por lo expuesto, resulta claro que la magnitud de esta importante resolución del Tribunal Constitucional se configuró, sin la menor duda, como un núcleo irreductible en la concreción del entramado básico que constituye necesariamente la presunción de inocencia. Y depende, por lo que de ella se deduce, al menos de tres parámetros fundamentales:

1º La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*: es decir, no es ni puede configurarse como una garantía absoluta. Ni mucho menos: ésta puede ser desvirtuada, en consecuencia, mediante una «mínima actividad probatoria» de cargo.

2º En todo caso, para que dicha «mínima actividad probatoria» pueda ser valorable se debe haber efectuado con las debidas garantías constitucionales y procesales y, en consecuencia, de ella resulte deducible la culpabilidad del acusado. Por tanto, la resolución judicial no puede radicar en simples sospechas, presentimientos o, incluso, en meras intuiciones del propio juzgador. No, la convicción del órgano judicial debe estar basada exclusivamente en las distintas pruebas practicadas en el curso del proceso.

3º Por último, los distintos elementos de prueba han de ser libremente valorados por el Tribunal de instancia, a quien en puridad corresponde valorar su significado, si bien éstas –las pruebas– han de practicarse singularmente (aunque no exclusivamente, como veremos más adelante) en la fase del juicio oral, por lo que el Tribunal sólo podrá quedar vinculado a lo alegado y probado en el mismo.

Sin embargo, todas estas afirmaciones acerca de las necesarias garantías que deben rodear a la presunción de inocencia, en cuanto que de un derecho fundamental se trata, no es precisamente una tarea que pueda simplificarse en exceso, pues lo cierto es que el proceso penal presenta a lo largo de su itinerario numerosos planteamientos que requieren soluciones nada semejantes. Desde este planteamiento, la necesidad de evitar arbitrariedades deriva en un intenso trabajo de interpretación, donde la cuestión pasa por trasla-

dar cualquier análisis al campo de la prueba en sus diversas manifestaciones. Ello significa sencillamente, de una parte, que tendremos que individualizar los distintos y específicos momentos del proceso penal para de este modo observar los diversos problemas que ahí se plantean sin perder por ello el ciudadano sus garantías. Con este objetivo, pues, se hace necesario observar y analizar algunos de los aspectos más relevantes que en esta cuestión ofrece la propia casuística probatoria, sin duda, en cuanto que comporta un valor práctico de vital importancia a las que el órgano enjuiciador debe irremediablemente atender. Veámoslo.

#### 4. La prueba de cargo

Como hemos podido ver, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional tras la sentencia 31/81 tiene un valor de primera importancia, pues traza de modo explícito los criterios básicos que pueden desvirtuar el principio general de la presunción de inocencia (presunción *iuris tantum*, no se olvide) en el curso de un proceso judicial.

Sin embargo, no puede decirse que sea sencillo el debate abierto en esta materia, pues en realidad la cuestión presenta una mayor complejidad cuando los Tribunales tienen que decidir explícitamente qué prueba realmente puede ser considerada incriminatoria. Dicho con otras palabras, cuándo podemos determinar con certeza que nos encontramos en realidad ante una prueba que pueda ser considerada de cargo y, por consiguiente, de la que se pueda deducir suficientemente la culpabilidad del procesado.

A partir de estos presupuestos que aquí han sido englobados, debemos analizar seguidamente las diferentes *situaciones probatorias* en el curso del proceso judicial que racionalmente permiten desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y este planteamiento se reconduce, como no podía ser de otra manera, al análisis de aquellos problemas que se plantean ante los Tribunales para determinar la existencia de una prueba de cargo, y cómo éstos –los Tribunales– han articulado respuestas adecuadas conforme a criterios válidos y razonables que permiten asegurar satisfactoriamente la averiguación del delito y, consecuentemente, integrar, en su caso, la responsabilidad del autor. En definitiva, la lógica del proceso gira en torno a la posibilidad de desplegar un nivel probatorio mínimo pero eficaz y suficiente que, respetando las garantías constitucionales del justiciable, permitan conocer la verdad material y obtener, en consecuencia, una total certeza en su resolución.

En este marco, pues, se hace necesario analizar ahora las distintas peculiaridades probatorias que

puedan reputarse como idóneas por el juzgador para desvirtuar la presunción de inocencia. Tal exigencia nos obliga, sin embargo, a subrayar por separado distintos aspectos que por su importancia merecen aquí ser considerados. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

**a) Valor probatorio de la declaración de la víctima del delito**

Como es bien sabido, el propio contexto así como la finalidad del proceso penal no pueden obviar, sin faltar a una lógica razonable, la participación de la víctima como uno de los elementos probatorios adecuados para desvirtuar la presunción de inocencia. Es más, la declaración de la víctima cobra evidentemente una mayor relevancia todavía –vital, diríamos– cuando ésta se constituye como la única prueba de cargo en el proceso penal. Cuestión ésta, por lo demás, que alcanza sobre todo una rotunda importancia en el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual o algunas otras situaciones específicas que la jurisprudencia también ha advertido en otros tipos delictivos. Es claro que si no se aceptase la validez de la declaración del perjudicado como prueba incriminatoria podría llegarse a la absurda impunidad de muchos delitos que, por sus peculiares características, son realizadas de forma clandestina y en ausencia, por lo general, de otro tipo de pruebas. Puede afirmarse con toda seguridad, por consiguiente, que la declaración de la víctima puede constituir una prueba apta, suficiente, y de cargo, para poder desvirtuar la presunción de inocencia<sup>21</sup>. A esto hay que añadir, no obstante, que la validez de sus declaraciones dependerá siempre de la razonable verosimilitud y el propio reconocimiento que estrictamente le otorgue el propio Tribunal de instancia. En consecuencia, el testimonio de la víctima depuesto en el juicio oral bajo las necesarias garantías procesales tiene la propia consideración de prueba testifical. De ahí que pueda constituirse válidamente como prueba suficiente o de cargo para determinar la convicción del Tribunal.

Admitido este planteamiento, puede decirse entonces que la presunción de inocencia puede

ser desvirtuada con la declaración de un único testigo sin necesidad de otras pruebas complementarias –más aún cuando, como se ha dicho, las propias circunstancias del hecho delictivo no permiten otra prueba que no sea la declaración de la víctima (vgr. en el supuesto de agresiones sexuales)–, y sin perjuicio de que en última instancia sean los órganos jurisdiccionales los que deban apreciar en conciencia éste y cualquier otro elemento probatorio aportado al proceso para alcanzar su convicción.

Ahora bien, hay que tener también presente que esta idea, basada en la consideración que hacen los Tribunales atendiendo más a los aspectos cualitativos que a los cuantitativos, ha sido matizada por el Tribunal Supremo, quien ha venido exigiendo al menos una serie de condicionantes para poder conceder credibilidad a la declaración de la víctima como prueba de cargo y, consecuentemente, para su validez. En este sentido, hay que decir que el reconocimiento del testimonio de la víctima, o lo que es lo mismo, su credibilidad, queda notablemente disminuida cuando de la misma pueda deducirse un móvil de resentimiento o enemistad, la ausencia de datos objetivos que corroboren la declaración o, por último, la falta de persistencia en la incriminación (STS 10-2-1998, entre otras muchas)<sup>22</sup>.

**b) La declaración del coimputado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Volviendo sobre el mismo punto de partida que la propia dinámica de las reglas del proceso penal requiere, en numerosas situaciones ha de prestarse atención a las declaraciones de los distintos imputados en el proceso. En efecto, para resolver correctamente los problemas que se plantean en el transcurso del juicio puede resultar conveniente a los Tribunales dilucidar sobre el valor y la credibilidad que ha de concederse a los testimonios vertidos por los coimputados<sup>23</sup>. El problema de su fiabilidad, sin embargo, suscita a los Tribunales algunas dificultades en el contexto probatorio. La tesis en cuestión, en la que la apreciación de la prueba reside primordialmente en la credibilidad del coimputado, requiere la existencia

<sup>21</sup> Pueden encontrarse reflexiones interesantes al respecto en la ob. colectiva *Las Víctimas en el Proceso Penal*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000.

<sup>22</sup> Como ha puesto de relieve M. A. MONTAÑÉS PARDO (*op. cit.*, p. 182), los requisitos que a tal efecto ha venido a clarificar la referida sentencia son: 1) ausencia de incredibilidad subjetiva. De modo que la verosimilitud desaparece cuando el órgano enjuiciador llega a la conclusión de que el testimonio tiene como móvil el resentimiento o la enemistad; 2) la referida verosimilitud ha de venir corroborada en parte, además, por otros datos objetivos que se desprendan de las actuaciones conforme a las distintas circunstancias que concurren en cada caso; y 3) persistencia en la incriminación de la víctima, mantenida durante todas las actuaciones del proceso y en el momento del acto plenario.

<sup>23</sup> Al respecto, véase el interesante trabajo de M. P. DÍAZ PITA: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

obligada cuando menos de ciertos condicionamientos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de delimitar. Las coordenadas básicas que éste establece son las siguientes:

1º Inexistencia de un origen malintencionado en la declaración del coimputado (venganza, promesa de un trato procesal más favorable, etc.) a fin de poder valorar en sus justos términos la credibilidad de sus manifestaciones.

2º Que la declaración del coimputado sea vertida en el acto del juicio oral (y no la simple lectura producida en la fase sumarial) para así dar posibilidad a que sea sometida a contradicción.

3º Es explícito, finalmente, que la declaración del coimputado no comporte la finalidad de auto-exculparse, pues si ese es su objetivo, resulta claro que carecerá en rigor de eficacia probatoria.

Ahora bien, no obstante lo expuesto procede advertir que el específico carácter de las declaraciones realizadas por el coimputado en el juicio también ha originado un posicionamiento de primer orden en el Tribunal Constitucional (STC 49/98) que conviene no pasar por alto. En efecto, el planteamiento que establece el alto Tribunal se reconduce conforme al siguiente esquema: "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".

Hay también que añadir al respecto de las manifestaciones del coimputado, que en realidad éstas, por sí mismas, no significan automáticamente para el Tribunal una prueba de cargo idónea o suficiente, pues la circunstancia de la coparticipación no es sino un dato más a tener en cuenta por éste (STC 137/88). Más aún, a diferencia del testigo, el coimputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (entre otras, SSTC 197/95, 129/96 y 153/97). Con estas afirmaciones del Tribunal Constitucional, ha de quedar claro que de modo general los testimonios vertidos en el proceso por el coimputado siempre

deben ser calibrados con enorme cautela por los Tribunales.

### c) La validez probatoria de los testigos de referencia

Cuestión parcialmente distinta a la que acabamos de ver es la relativa al valor probatorio de los testigos de referencia<sup>24</sup> para desvirtuar la «presunción de inocencia».

En efecto, más allá de las declaraciones testimoniales habituales (o directas), cuya observancia y valoración no son, por lo que aquí importa, controvertidas, interesa ahora concretar el verdadero peso específico de las declaraciones del testigo indirecto o de referencia en el seno del proceso penal, sin perjuicio, como venimos diciendo, de la apreciación en conciencia que realice finalmente el órgano enjuiciador. En este sentido, el hecho de que encontremos testimonios referenciales en un juicio penal no hace sino incrementar aún más la complejidad de la actividad probatoria y, por consiguiente, también aumentan las dificultades para que los Tribunales puedan aproximarse en condiciones rigurosas a la verdad material de los hechos que se enjuician.

Muy sumariamente puede decirse que, por definición, un testigo de referencia (mediato, indirecto, o de *oidas*) es aquél que declara sobre hechos que no ha percibido en modo alguno de forma directa (por sí mismo o mediante sus sentidos), sino por medio de las referencias dadas por otra persona.

A partir de este perfil descrito, conviene señalar que la LECrim presta una especial consideración a los testigos de referencia, señalando que dichos testigos "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 hubiera comunicado" (art. 710)<sup>25</sup>.

Ahora bien, tras los razonamientos aquí descritos, la cuestión es una vez más, la siguiente: ¿qué alcance tiene, en rigor, la declaración vertida por el testigo de referencia? ¿Supone ello que la declaración del testigo de referencia puede constituirse en una «mínima actividad probatoria» suficiente para desvirtuar la «presunción de inocencia» del acusado y, por consiguiente, deducir su culpabilidad?

<sup>24</sup> Un interesante trabajo al respecto nos lo ofrece M. I. VELAYOS MARTÍNEZ: *El testigo de referencia en el proceso penal*. Universidad de Alicante-Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.

<sup>25</sup> Por consiguiente, y conforme con este tenor, no parece que en tal supuesto los Tribunales debieran entrar a valorar las declaraciones del testigo de referencia si éste no precisa la fuente de su noticia. Sin embargo, a diferencia de esta regla genérica, excepcionalmente será válido tal tipo de testimonio (esto es, sin precisar la fuente de su noticia) cuando el testigo pertenezca a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pues éstos, en virtud de la L.O. 2/86, no vienen obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o la propia Ley les impongan actuar de otro modo (art. 5.5).

## “La «Mínima Actividad Probatoria» en el Proceso Penal”

Al enfocar este problema, el Tribunal Constitucional ha sentado una serie de principios que obliga a los Tribunales a evaluar algunos aspectos concretos cuando se trata de conceder eficacia probatoria a la declaración efectuada por testigos de referencia. Sobre la base de unas consideraciones específicas, el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 217/89 y 79/94) establece al respecto lo siguiente:

a) En primer lugar, es claro que la prueba testifical de referencia constituye un elemento más de prueba del que los Tribunales pueden servirse al objeto de fundamentar la condena.

b) Independientemente de la valoración de dicha prueba, ésta no será suficiente por sí misma, sin embargo, cuando el Tribunal tenga a su disposición el testigo directo y no exista ninguna causa u obstáculo que le impida a éste declarar en el acto del juicio oral.

c) Como consecuencia del precedente anterior, sólo cuando por motivos excepcionales no pueda practicarse la declaración del testigo directo en el juicio oral (vgr. enfermedad, estar en paradero desconocido o amenazado de muerte), cobrará su auténtico sentido la prueba del testigo indirecto. Volviendo a hacer hincapié una vez más en su valor probatorio, no está de más recordar que el Tribunal debe agotar siempre todas las posibilidades que la ley le permita para conseguir la comparecencia del testigo directo, pues el testimonio *de oídas* o prueba testifical indirecta o de referencia, afirma el alto Tribunal, nunca puede llegar a desplazar o 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 (entre otras, SSTC 303/93 y 97/99). Y es así por lo que el Tribunal deberá actuar en todo caso con suma cautela a la hora de valorar la veracidad de las manifestaciones del testigo de referencia para así formar su convicción inequívoca sobre la culpabilidad del acusado.

### **d) Presunción de inocencia y prueba de indicios**

Bien diferente a los casos anteriores es el fenómeno de la prueba indiciaria o prueba de indicios. Su razón de ser tiene, como se puede imaginar, una importancia verdaderamente capital derivada de una lógica explicación que, por así decirlo, justifica sobradamente su valoración como prueba

de cargo, pues si de plano se desechase por los Tribunales la facultad de valorar este tipo de pruebas, cuya apreciación puede ser trascendental en el transcurso del proceso, éstos se encontrarían ante una absoluta impunidad de los delinquentes, simplemente, por una ausencia de pruebas directas.

Con todo, hay que añadir a estas razones que para ser correctamente entendida la prueba de indicios, más allá de lo que son las simples sospechas, se han de producir al menos una serie de factores o requisitos que permitan calificar dicha prueba como tal. Veamos a este respecto, pues, cuáles son los requisitos que viene exigiendo el Tribunal Constitucional para que la prueba de indicios deje de ser un cúmulo de conjeturas o simples sospechas, y constituya una auténtica prueba de cargo.

En este sentido, las sentencias 174 y 175/85 del alto Tribunal han construido un esquema jurídico alrededor de la prueba indiciaria, de modo que ésta tendrá validez como prueba de cargo cuando concurren, al menos, los siguientes condicionantes:

1º En primer lugar, la prueba de indicios debe partir necesariamente de hechos plenamente probados y no simples sospechas, pues en tal caso, como es obvio, no sería admisible su apreciación por el Tribunal.

2º También, en segundo lugar, los hechos constitutivos del delito han de poder deducirse de estos indicios conforme a las reglas del criterio humano y, en todo caso, mediante un proceso mental razonado, lógico y coherente. Operación ésta que, en virtud de lo establecido en el artículo 120.3 de la Constitución, el Tribunal enjuiciador debe explicar en la sentencia.

Hay que añadir a esto, por otra parte, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo como requisito fundamental, además, que exista necesariamente una pluralidad de indicios para que dicha prueba, en definitiva, pueda desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTS 26 y 29-1-98, 21-2-98, 25-3-98 y 9-6-98)<sup>26</sup>. Puede decirse, por tanto, que este carácter de la prueba de indicios se configura en esencial para convertirla en prueba de cargo, si bien ésta ha de ser observada siempre con suma cautela por los Tribunales<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Vid. M. A. MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, p. 107.

<sup>27</sup> Cabe decir al respecto, no obstante, que si bien el órgano enjuiciador ha de tener en cuenta los hechos indiciarios, los cuales han de estar probados en la misma causa y, además, constituir relación directa con el hecho criminal, por lo mismo éste debe saber diferenciar –y por ello rechazar– las sospechas y conjeturas que puedan deducirse del caso (entre otras, SSTC 22-12-86, 11-12-89; y STS 6-5-87).

### Los contraindicios

Cuestión parcialmente diferente, en último extremo, es la de los contraindicios; o lo que es lo mismo, aquella coartada alegada por el acusado que luego resulta ser falsa. Veamos que, en efecto, si se parte de esta definición habrá que determinar al respecto si el contraindicio puede ser considerado entonces como una prueba de cargo incriminatoria de la que consecuentemente pueda deducirse la culpabilidad del acusado. En esta situación polémica, poco o nada sencilla de resolver *a priori*, existe al respecto una tendencia del Tribunal Constitucional que viene a considerar que la constatación por el órgano enjuiciador de la falsedad de la coartada, por sí misma, no constituye en realidad base suficiente para considerarlo culpable (SSTC 174/85, 229/88 y 24/97), aunque bien es cierto, por otra parte, que los referidos contraindicios comportan un dato más cuya observación puede ser valorada en conciencia por el propio Tribunal y con ello llegar en su caso a la convicción de la autoría del acusado (SSTC 94/90 y 372/93). No obstante, hay que asumir por lo menos que la declaración del acusado no obliga a los Tribunales a creer en su veracidad, más aún cuando éste no tiene por qué declarar contra sí mismo, y ni tan siquiera viene obligado a jurar o prometer decir verdad en sus declaraciones.

#### e) La prueba ilícita o prohibida

La expresión «prueba ilícita» hace referencia fundamentalmente a aquella prueba que ha sido obtenida conculcando derechos fundamentales (la conocida teoría del «fruto del árbol envenenado o emponzoñado»)<sup>28</sup>.

Planteada así la cuestión, la posición preferente de los derechos fundamentales, y por tanto, la salvaguarda de los mismos, determina *ipso iure* la nulidad de toda prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental (por todas, STC 114/84). La propia Ley Orgánica del Poder Judicial determina incluso, por descontado, la imposibilidad de que surtan efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (art. 11 LOPJ). Por consiguiente, como regla general, cabe afirmar que cuando la prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales no cabe sino declarar la nulidad radical de la misma,

y por tanto, ha de ser inadmisibile en el proceso judicial, ignorando el Tribunal aquellas pruebas obtenidas con violación de los mismos<sup>29</sup>.

Sin embargo, la cuestión es algo más complicada cuando se trata de determinar la validez de aquellas otras pruebas que se deriven de una prueba ilícita: las denominadas pruebas *indirectas o reflejas*. Dicho con otras palabras, las pruebas que pese a aparecer enlazadas al hecho constitutivo de la vulneración de un derecho fundamental, son jurídicamente independientes de él.

En este sentido, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a considerar como constitucionalmente válidas aquellas pruebas que aún derivando de la violación de un derecho fundamental, pero siendo jurídicamente independientes, pueden ser reconocidas como aptas para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/95, 54/96 y 81/98).

#### 5. Valor probatorio de las actuaciones previas al juicio oral

Como hemos visto, el Tribunal únicamente puede tener en cuenta, en principio, las pruebas practicadas en el juicio oral y efectuadas, en todo caso, con respeto a las debidas garantías procesales (oralidad, inmediación, contradicción y publicidad).

Sin embargo, lo cierto es que existen multitud de actos que se producen con anterioridad a la fase del juicio oral, algunos de los cuales, incluso, son de difícil o imposible reproducción posterior.

Pues bien, todas estas actuaciones tienen o han de tener, desde luego, importantes consecuencias *de iure* en la fase del juicio oral (donde se ha de dilucidar, en definitiva, la inocencia o culpabilidad del procesado). Nos referimos con ello a la prueba anticipada y a la prueba preconstituida, así como a los actos de investigación policial, además de las diligencias de investigación realizadas por el órgano judicial. El carácter de estas actuaciones, como soporte fáctico, comporta en realidad una necesaria exigencia que, así considerada, alcanza una mayor repercusión aún cuando la reproducción de las diligencias sumariales en la vista oral es imposible o muy difícil, asegurando con ello al órgano judicial la posibilidad real de averiguar la verdad material.

<sup>28</sup> Al respecto, véase E. DE URBANO CASTRILLO y M. A. TORRES MORATO: *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*. Aranzadi, 1997. También, véase J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, 1989.

<sup>29</sup> A este respecto, V. GIMENO SENDRA (VV.AA.: *Derecho Procesal Penal*. Colex, 1997, pp. 384-387) realiza una clara distinción entre la prueba ilícita (la que infringe cualquier Ley) y prueba prohibida (la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales).

Ahora bien, hay que advertir que, sin embargo, todas estas cuestiones que aquí avanzamos no están exentas de cierta complejidad y conviene prestarle, por tanto, una especial atención al objeto de poder delimitar las necesarias condiciones en las que han de desenvolverse las mismas para que, en definitiva, puedan tener por el Tribunal enjuiciador la consideración de «prueba»<sup>30</sup>

#### a) Prueba anticipada y prueba preconstituida

Volvemos, pues, al punto de partida: la regla general en el sistema procesal penal español es que las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral, quedando así vinculados los Tribunales a lo alegado y probado en el mismo. Pero ello no significa, recuerda el Tribunal Constitucional, que esta regla haya de ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con respeto a las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal exigen, pues, como excepción a la expresada regla general, el Tribunal Constitucional reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida<sup>31</sup>, así como aquellos supuestos en los que las diligencias sean reproducidas en el acto del plenario, en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterla a contradicción (entre otras muchas, SSTC 80/86, 150/87, 82/88, 137/88, 201/89, 217/89, 161/90 y 82/92).

Sobre la prueba anticipada y preconstituida, la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido manteniendo que para otorgarles auténtico efecto probatorio han de cumplir una serie de condicionantes. Resumidamente, pero de manera rigurosa, quedan delimitados de forma más o menos exten-

sa tales requisitos en las SSTC 303/93 y 40/97<sup>32</sup>. A saber: a) que verse sobre hechos que por su fugacidad no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) que sean intervenidas por el Juez de Instrucción (sin perjuicio de que por especiales circunstancias de urgencia la policía judicial pueda efectuar determinadas diligencias de constancia, así como recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito); y c) que se garantice la efectiva contradicción<sup>33</sup>.

#### b) Las diligencias policiales

Procede advertir, de entrada, que la propia LECrim se encarga de aclarar que el atestado policial únicamente tiene el valor de denuncia. En este sentido, efectivamente, el artículo 297 LECrim precisa la cuestión de modo simple: los atestados que hagan los funcionarios de la Policía judicial se considerarán denuncias para los efectos legales<sup>34</sup>.

Como se puede apreciar, resulta claro que las actuaciones policiales tienen evidentemente un carácter extraprocesal y, por consiguiente, no constituyen en rigor un medio de prueba en tanto en cuanto que sólo adquiere la condición de prueba, en principio, aquella producida en el acto del juicio oral.

De este modo, las declaraciones de la policía vertidas en el atestado no constituyen por sí mismas medio de prueba, sin perjuicio, por otro lado, de que los mismos ratifiquen dichas declaraciones posteriormente (conviene advertir que no es válida la habitual fórmula forense de tener tales declaraciones por reproducidas) en la fase del juicio oral y sean valoradas libremente por el Tribunal.

<sup>30</sup> Esta convicción se ha perfilado nítidamente, también, en la novedosa Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, al establecer que "las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ella afirmados" (art. 46 *in fine*).

<sup>31</sup> En efecto, a fin de averiguar la verdad material, como principio ineludible al que ha de atender en todo momento el órgano judicial, la prueba también se puede realizar en un momento anterior, o lo que es lo mismo, *anticipadamente* al acto del juicio oral ante la imposibilidad material de practicarla en dicho acto. Diferente de la prueba anticipada, en cambio, es la denominada prueba preconstituida. Con esta determinación se define a aquella que, por su específica naturaleza, no puede practicarse en el acto del juicio oral. No obstante, hay que notar que aunque frecuentemente se ha venido identificando la prueba anticipada con la prueba preconstituida, el Tribunal Constitucional ha venido a considerar como pruebas preconstituidas aquellas pericias técnicas practicadas en las diligencias policiales o sumariales y que debido a sus propias características no pueden practicarse en el acto del juicio oral, y que pueden tener validez probatoria si son aportadas a la causa (entre otras, SSTC 22/88 y 24/91).

<sup>32</sup> M. A. MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>33</sup> En este sentido, el apartado segundo del vigente artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a establecer lo siguiente: "Cuando, por razón del lugar del residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura de la diligencia, en los términos del artículo 730".

<sup>34</sup> Un exhaustivo estudio sobre los atestados policiales puede verse en F. MARTÍN ANCIN y J. R. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, tecnos, 2003.

Hay necesariamente, pues, una consideración inicial que no puede perderse de vista: sólo constituye prueba aquella que es practicada en el acto del juicio oral. Pero, sin embargo, y sin perjuicio de todo ello, deben hacerse a continuación las siguientes precisiones: 1º En principio, el criterio general a seguir para que el atestado policial alcance valor probatorio obliga que el referido atestado deba ser ratificado en el acto del juicio oral y, en todo caso, la referida ratificación tendrá la consideración de prueba testifical. Más aún, explícitamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que toda sentencia condenatoria basada exclusivamente en un atestado policial no ratificado en la vista oral vulnera el derecho a la presunción de inocencia (STC 173/85). 2º No obstante lo expuesto, también hay que decir inmediatamente que las actuaciones de carácter técnico que se hayan incorporado al atestado (como puede ser el test de alcoholemia), y que comprensiblemente no puedan ser reproducidas en el juicio oral, podrán ser consideradas como prueba preconstituida –y por tanto, desplegar toda su fuerza probatoria–, siempre y cuando se incorporen al proceso y sean debidamente ratificadas. 3º Por último, también podrá valorarse como prueba todos aquellos datos (como croquis, certificados médicos, etc.) que se aporten en el atestado policial, siempre y cuando se introduzcan debidamente en el proceso y permita someterlo a contradicción por las partes.

### c) Las diligencias sumariales

También el Tribunal Constitucional ha prestado una especial atención a las diligencias sumariales de carácter irreproducible; es decir, el reconocimiento y la valoración de aquellas declaraciones de imposible reproducción en el acto del juicio oral (art. 730 LECrim).

Así pues, recuerda el Tribunal Constitucional, que para que las diligencias sumariales adquieran valor probatorio será imprescindible su reproducción en el acto del juicio oral, en condiciones que permitan ser sometidas a contradicción (STC 80/86). No es suficiente, por consiguiente, la fórmula forense de tenerlas por reproducidas. Pero también, en segundo lugar, resulta imprescindible que tales diligencias sumariales hayan sido realizadas en modo que sea posible la contradicción, garantizando así el legítimo derecho de defensa.

### 6. Breves consideraciones finales

Como pusiera de manifiesto en su día RAWLS, del mismo modo que la verdad es la primera virtud

de los sistemas de pensamiento, la justicia lo es de las instituciones sociales<sup>35</sup>. No nos cabe la menor de las dudas que su proposición estaba llena de energía, tal como él mismo reconocería<sup>36</sup>. Pero no le falta razón: es lo cierto que la supremacía de la justicia se erige, desde luego, como una de las convicciones más íntimas en las que necesariamente ha de descansar toda sociedad.

Por supuesto, la necesidad de disponer de un conjunto eficaz de reglas jurídicas a fin de ordenar la sociedad, y dentro de ella, como no se puede esperar otra cosa acaso, la necesidad de establecer reglas específicas tuteladoras de los derechos de los ciudadanos, conforman en realidad la razón de ser –*la ratio essendi*– de los textos constitucionales. Sin embargo, como ya se apuntó páginas atrás, desde que los textos constitucionales dejaron de ser entendidos como sistemas de garantías para convertirse en sistemas de valores fundamentales, se produjo un inevitable desarrollo de una rica jurisprudencia por parte de los Tribunales Constitucionales al objeto de lograr concretar los contenidos de los derechos fundamentales<sup>37</sup>.

No otra cosa cabe, pues, que considerar como fundamental el papel que le ha tocado desempeñar durante todos estos años al Tribunal Constitucional en su función de dar respuesta desde y en base al Derecho a los problemas que de continuo se suscitan en el transcurso del proceso penal y que afectan en una u otra medida a los derechos del *justiciable*. En este intento, que podemos adivinar lleno de numerosas reflexiones, se han de debatir –y seguro que han de seguir debatiéndose en lo sucesivo– las grandes líneas de decisión del Tribunal Constitucional español.

Aunque nos encontramos en un mundo en constante transición, y los retos y desafíos que en este tercer milenio debe encarar el Estado son numerosos y complejos, es lo cierto que estamos en un momento relativamente favorable para seguir avanzando en el perfeccionamiento de las garantías de los ciudadanos ante la actuación de los poderes públicos. Probablemente, la situación de estabilidad democrática y social, así como de una economía emergente, es propicia para aportar nuevos *mimbres* en la inagotable tarea de defensa de los derechos y libertades del ciudadano ante la Justicia, maximizando el contenido esencial de los mismos, corrigiendo cuando sea necesario la legalidad positiva, u orillando las tendencias erróneas. En fin, acometer la tarea nada fácil de reducir la distancia que separa el ideal de la «normatividad» y la realidad de la «efectividad» de los derechos fundamentales.

<sup>35</sup> J. RAWLS: *op. cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>37</sup> C. LANDA: *op. cit.*, p. 170.

**NOTA BIBLIOGRÁFICA**

- AA.VV.: *Derecho Procesal Penal*. Colex. 1997.
- AA.VV.: *Las Víctimas en el Proceso Penal*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2000.
- ASENCIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium. Madrid. 1989.  
- "Presunción de inocencia y prueba indiciaria". *Los principios del proceso penal* (AA.VV.). Cuadernos de Derecho Judicial. n° V. CGPJ. Madrid. 1992.
- AYO FERNÁNDEZ, M.: *Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución Española*. La Ley-Actualidad. Madrid. 1997.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M.: *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1992.
- BELLOCH JULBE, J.A.: "La prueba indiciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial*. n° 13. 1992.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Civitas. Madrid. 1992.
- CANO MATA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Edersa. Madrid. 1984.
- CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La policía judicial en la presente coyuntura". *Revista Vasca de Administración Pública*. n° 50. 1998.
- CLIMENT DURÁN, C.: "La prueba documental en el proceso penal". *Poder Judicial*, núms. 41-41. 1996.  
- *La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- DE VEGA RUÍZ, J.: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Ed. Colex. Madrid. 1994.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.: "Constitución y principios del proceso penal: contradicción, acusatorio y presunción de inocencia". *Revista General del Derecho*. n° 576. 1992.
- DÍAZ PITA, M.P.: *El coimputado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.
- DÍAZ REVORIO, F.J.: "Intimidación corporal en la jurisprudencia constitucional". *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 20-21. 1997.
- ESPARZA LEIBAR, I.: *El principio del proceso debido*. J.M. Bosch editor. Barcelona. 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 2001.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch-Universitat de València. Valencia. 1995.
- GARAPON, A.: "La imagen de la justicia francesa en el cine". *El Juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2000.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J.: "El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral". *Actualidad Penal*. n° 40. 1994.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La prueba en el proceso penal. Selección de jurisprudencia*. Ed. Fórum. Oviedo. 1991.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: "Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998". *Cuadernos de Derecho Público*. n° 3. 1998.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J.: *El Tribunal Constitucional*. Aranzadi. 2000.
- GUI MORI, T.: *Jurisprudencia constitucional 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del TC*. Civitas. Madrid. 1997.
- JAÉN VALLEJO, M.: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Akal/Iure. Madrid. 1987.  
- *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2000.  
- *La prueba en el proceso penal*. Ad-hoc. Buenos Aires. República Argentina. 2000.  
- *Los Principios Superiores del Derecho Penal*, Dykinson. 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*. n° 20. 1987.
- LANDA, C.: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. Lima. 2003.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. tecnos. 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal. 1989.
- LÓPEZ GUERRA, L.: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2000.

- "Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales". *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. Cuadernos de Derecho Judicial (AA.VV.). CGPJ. Madrid. 1992.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J.: "La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *La Prueba en el Proceso Penal* (AA.VV.). Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "Sobre la presunción de inocencia" (I) y (II). *Actualidad Penal*, núms. 12-13. 1992.
- MARTÍN ANCIN, F. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R.: *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*. tecnos. 2003.
- MARTÍN CANIVELL, J.: "El juez de ayer a hoy". *EL juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000.
- MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Civitas. Madrid. 1995.
- MARTÍN PALLÍN, J.A.: "El interrogatorio de imputados y testigos. La víctima". *La prueba en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1992.
- MARTÍN SÁNCHEZ, N.: "La llamada prueba ilícita y sus consecuencias en el Proceso Penal". *Actualidad Penal*, nº 7. 1998.
- MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch editor. Barcelona. 1997.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A.: *La presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Aranzadi. Pamplona. 1999.
- MORENO VERDEJO, J.: *El juicio oral en el proceso penal con especial referencia al procedimiento abreviado*. ed. Comares, Granada. 1995.
- PEGORARO, L.: "Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución", *Revista de las Cortes Generales*. nº 47. 1999.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos. Madrid. 1990.
- PÉREZ ROYO, J.: *Tribunal Constitucional y división de poderes*. tecnos. Madrid. 1988.
- PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.
- PLANCHAT TERUEL, J.M.: "El juicio oral ante el Tribunal del Jurado", *Actualidad Penal*, nº 21. 1996.
- PORTERO MOLINA, J.A.: *Constitución y Jurisprudencia constitucional (selección)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.
- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. 1997.
- RIVES SEVA, A.: *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Aranzadi. Pamplona. 1995.
- RODRÍGUEZ, M.P.: "Sanciones administrativas: nuevas tendencias". *Revista del Poder Judicial*. nº 55. 1999.
- ROMERO ARIAS, E.: *La presunción de inocencia*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1985.
- RUBIO LLORENTE, F. et. al.: *Derechos fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial)*. Ariel Derecho. Barcelona. 1995.
- SERRANO MAILLO, A.: "Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente". *Actualidad Penal*. nº 22. 1996.
- L. SILVA AMADOR: "La imagen del juez en la literatura". *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000.
- TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, J.: "Valor probatorio de las declaraciones del testigo no presente en el acto del juicio oral". *Actualidad Penal*. nº 18. 1992.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 20. 1987.
- URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. Aranzadi. Pamplona. 1997.
- VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. La Ley*. Madrid. 1993.
- VARONA GÓMEZ, D.: "La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (art. 380 del nuevo Código Penal). Interpretación y límites". *Actualidad Penal*. nº 48. 1996.
- VELAYOS MARTÍNEZ, M.I.: *El testigo de referencia en el proceso penal*. Universidad de Alicante-Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.