

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
“ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO”**



TESIS DOCTORAL

**PRUEBA INDICIARIA Y PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL**

JULIO CÉSAR CORDÓN AGUILAR

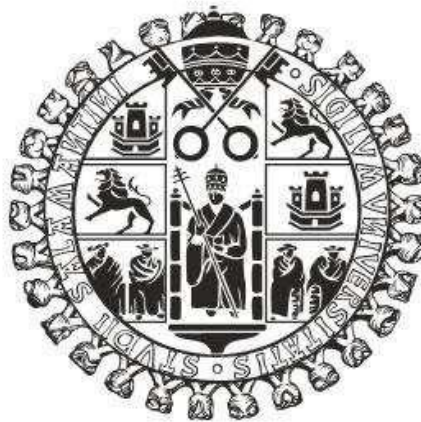
Salamanca, 2011

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
“ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO”**



**PRUEBA INDICIARIA Y PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL**

Tesis doctoral presentada por Julio César Córdón Aguilar para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Fdo.: Julio C. Córdón Aguilar

Fdo.: Lorenzo M. Bujosa Vadell

*A mis padres,
a mis hermanos y sobrinos,
y a KAROLA*

*... la de juzgar,
que es quizás la más divina de las actividades humanas,
porque pone a un hombre por encima de otros hombres
para enjuiciar sus actos, decidiendo sobre su libertad,
su fortuna, su honor, sus bienes ...*

CAFFERATA NORES

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17

Capítulo I

LA PRUEBA INDICIARIA

1) La prueba: nociones generales	23
1.1) Hechos y derecho en el proceso	23
1.2) Importancia de la prueba en el proceso	25
1.3) El concepto de prueba	28
1.4) Finalidad de la prueba en el proceso	43
1.5) El objeto de la prueba	54
1.6) El derecho a la prueba	57
2) La prueba en el proceso penal	59
2.1) El proceso penal	60
2.1.1) El principio de legalidad	61
2.1.2) La presunción de inocencia	63
2.1.3) La iniciativa probatoria del juez	64
2.2) La prueba y las distintas etapas del proceso penal	71
2.3) Libertad y licitud de la prueba	74
3) La prueba indiciaria	77
3.1) Prueba directa y prueba indirecta	77
3.2) Utilidad e importancia de la prueba indiciaria	83
3.3) Concepto y naturaleza jurídica de la prueba indiciaria	94
3.4) Delimitación de conceptos	102
3.4.1) Presunción, indicio y afirmación presumida	102
3.4.2) Presunción y conjetura	110

3.4.3) Los “contraindicios”	111
3.5) Estructura de la prueba indiciaria	117
3.5.1) El indicio, hecho-indiciante o hecho-base	120
3.5.2) La afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia	125
3.5.3) El enlace entre indicio y afirmación presumida	126
3.5.3.1) El razonamiento del juez	128

Capítulo II

PRUEBA INDICIARIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1) El derecho fundamental a la presunción de inocencia	139
1.1) Antecedentes	130
1.2) Derecho expresamente reconocido y garantizado	146
1.3) Contenido del derecho a la presunción de inocencia	148
1.3.1) Derecho a ser tratado como inocente	149
1.3.2) Incidencia en la actividad probatoria	154
2) Presunción de inocencia y actividad probatoria	156
2.1) Actividad probatoria enervante de la presunción de inocencia	157
2.1.1) Necesaria actividad probatoria	162
2.1.2) Prueba practicada sin vulnerar derechos fundamentales	165
2.1.3) Pruebas diligenciadas en el juicio oral	175
2.1.4) Prueba de carácter incriminatorio	183
2.1.4.1) Necesaria motivación de la sentencia	186
2.1.4.2) Libre valoración de la prueba	189
2.1.5) Prueba de culpabilidad a cargo de la acusación	194
2.2) Presunción de inocencia e <i>in dubio pro reo</i>	195

3) Prueba indiciaria y presunción de inocencia	198
3.1) Requisitos de la prueba indiciaria	205
3.1.1) Pluralidad de indicios o indicio único de especial significación probatoria	206
3.1.2) Indicios plenamente acreditados	210
3.1.3) Indicios periféricos o concomitantes al hecho a probar	217
3.1.4) Indicios interrelacionados entre sí	220
3.1.5) Racionalidad del enlace existente entre indicio y afirmación presumida	224
3.1.6) La necesidad de hacer explícito el razonamiento en la sentencia	240
3.2) Criterios concretos sobre la eficacia de la prueba indiciaria en el proceso penal	251
3.2.1) La prueba de los elementos subjetivos del tipo penal	251
3.2.2) Homicidio en grado de tentativa y lesiones consumadas	257
3.2.3) Distinción entre dolo eventual e imprudencia	261
3.2.4) Delitos contra el patrimonio	263
3.2.5) Delitos de tráfico de drogas	265
3.2.6) Receptación	273
3.2.7) Blanqueo de capitales	276

Capítulo III

CONTROL DE LA PRUEBA INDICIARIA Y TUTELA DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1) Presunción de inocencia y tutela jurisdiccional	291
1.1) Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales	293
1.2) Tutela jurisdiccional del derecho a la presunción de inocencia	299

2) Control de la prueba indiciaria por la jurisdicción ordinaria	302
2.1) Derecho al recurso en el proceso penal	302
2.2) Doble instancia en el proceso penal	311
2.3) Control de la prueba indiciaria en apelación	328
2.3.1) La intermediación procesal	330
2.3.2) Intermediación y apelación	333
2.3.3) Apelación y prueba indiciaria	349
2.3.3.1) Recurso del acusador contra sentencia absolutoria	354
2.4) Control de la prueba indiciaria en casación	358
2.4.1) Notas distintivas del recurso de casación	358
2.4.1.1) Recurso extraordinario	359
2.4.1.2) Ámbito de conocimiento del tribunal	363
2.4.1.3) Fines del recurso	365
2.4.1.4) Mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos	370
2.4.2) Motivos de casación	372
2.4.3) Casación y prueba indiciaria	374
2.4.3.1) Vía casacional adecuada	375
2.4.3.2) Alcances del control en casación	390
a) Control de la fijación del indicio	407
b) Control del enlace necesario entre indicio y afirmación presumida	409
2.4.3.3) Efectos de la sentencia estimatoria del recurso	413
2.4.3.4) Recurso del acusador contra sentencia absolutoria	417
3) Control de la prueba indiciaria por la jurisdicción constitucional	419
3.1) La jurisdicción constitucional	419
3.1.1) La garantía constitucional del amparo	422

3.2) Amparo y prueba indiciaria	427
3.2.1) Alcances del control por el Tribunal Constitucional	428
3.2.2) Efectos de la sentencia estimatoria del amparo	434
CONCLUSIONES	441
BIBLIOGRAFÍA	451
ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	497

ABREVIATURAS

art.	artículo
ATC (AATC)	Auto(s) del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CP	Código Penal
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
nº	número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
ss.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH (SSTEDH)	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La función que desde la Constitución les ha sido encomendada a jueces y magistrados denota un elemento esencial para la consolidación del Estado democrático y social de Derecho; en efecto, es innegable que el ejercicio de la función jurisdiccional condiciona, en gran medida, la realización de los valores y principios sobre los que se apoya la organización social, máxime cuando corresponde a aquéllos erigirse en garantes de los derechos y libertades fundamentales.

En tal sentido, junto a la importancia que revela la función de enjuiciamiento, cabe aludir también a su innegable complejidad, por cuanto el juez habrá de posicionarse como tercero imparcial para decidir, de forma objetiva e independiente, la situación litigiosa sometida a su conocimiento, aplicando el Derecho y proveyendo una solución justa a la controversia.

Conforme a lo expuesto, dentro de las cuestiones a las que habrá de enfrentarse el juzgador, la constatación de las proposiciones de hecho afirmadas o negadas por las partes como fundamento de sus pretensiones desvela una espinosa y ardua labor que, indudablemente, representa múltiples dificultades y complicaciones, obstáculos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado librar desde la perspectiva de la actividad probatoria desplegada en el proceso.

Así las cosas, en el ámbito de esa concreta actividad tiene el juez un amplio catálogo de ocupaciones que van desde la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, hasta la apreciación de los datos aportados por éstos, pasando por su práctica y diligenciamiento, debiendo verificar, con base en tales datos, si se ha logrado convencer acerca de la exactitud o no de los supuestos de hecho introducidos a la causa.

Por su parte, en el caso específico del proceso penal, en el que prevalece como principio esencial de toda su configuración el derecho a la presunción de inocencia, el juez no ha de dejar de lado que la prueba íntegra de los

elementos que conforman el hecho punible y de la participación del acusado en su consumación corresponde a quien acusa, no pudiendo dictar un fallo condenatorio sino en virtud de una actividad probatoria constitucionalmente válida, en cuya práctica se asegure el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales, y de la que logre constatar la culpabilidad del procesado, concluyendo, sin margen de duda razonable, que aquella verdad interina de inocencia ha quedado plenamente desvirtuada.

Pues bien, inmersa en el contexto de esas tareas de verificación y de determinación de las conclusiones a las que es factible arribar a partir de la prueba practicada, en múltiples oportunidades tiene lugar en el intelecto del juez una actividad concreta dirigida a formar su convicción acerca de hechos relevantes para la causa, respecto de los cuales no le han sido proporcionados datos puntuales, pero que al guardar relación directa con aquellos que sí constan en el proceso, logra convencerse, mediante inferencia, acerca de su acaecimiento.

Esa específica actividad intelectual del juzgador corresponde, precisamente, con la prueba indiciaria.

En orden a las ideas expuestas, el trabajo de investigación desarrollado se dirige a contribuir al estudio y discusión en torno a la prueba indiciaria, con el interés de servir de herramienta en el análisis de la compleja labor que desarrollan jueces y magistrados en su función de enjuiciamiento, particularmente desde la perspectiva del proceso penal, en el que la presunción de inocencia que opera a favor del acusado determina dificultades adicionales concernientes a la materia que se estudia, las que tienen que ver con cuestionamientos acerca de la efectiva garantía de ese derecho e, incluso, con concepciones que ubican a la prueba indiciaria en un plano de subsidiariedad con relación a los distintos medios de prueba.

El trabajo emprendido ha debido sortear algunos obstáculos referidos, especialmente, a la exigua regulación que al respecto contiene el ordenamiento procesal, encontrándose que la construcción de la mayor parte de la teoría

acerca de la prueba indiciaria, incluyendo el reconocimiento de su eficacia y los requisitos exigidos para su validez, es de origen jurisprudencial, sin dejar de lado importantes obras doctrinales que se han ocupado del estudio de esta institución, poniendo especial atención a las líneas trazadas por los Tribunales Supremo y Constitucional, cuyos criterios perfilan en gran medida el contenido de la investigación.

El trabajo se orienta, desde un inicio, a destacar la utilidad que la prueba indiciaria proyecta en la actualidad en la labor que compete al juez en el proceso penal, específicamente en la constatación de los supuestos de hecho que conforman el objeto de la causa, en tanto, conforme a una reiterada –aunque, como podrá apreciarse, no siempre categórica ni exenta de críticas– jurisprudencia, con fundamento en aquélla es factible alcanzar la convicción judicial sin vulneración de derechos fundamentales, cuestión que determina un concreto interés por identificar las exigencias y condiciones cuyo cumplimiento respalda tal doctrina.

La tesis comprende tres capítulos, dentro de los cuales, el primero se dedica al estudio de la prueba indiciaria en el marco de la teoría general de la actividad probatoria; el segundo, por su parte, se dirige a identificar los elementos concretos que permiten afirmar la compatibilidad de la prueba indiciaria y el derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal; y, por último, el tercero conlleva el análisis sobre las vías específicas que posibilitan el control de la prueba indiciaria, como mecanismo eficaz para asegurar la tutela del referido derecho fundamental.

El capítulo primero se inicia con el estudio del contexto en el que se ubica la prueba indiciaria dentro del esquema del Derecho procesal, es decir, el campo de la actividad probatoria, intentando exponer conceptos generales a las distintas clases de procesos; sin embargo, en adelante la propia investigación obliga a circunscribir el análisis desarrollado al ámbito del enjuiciamiento penal, identificando aquellos principios y elementos concretos que determinan la especial naturaleza de la actividad probatoria en dicho orden jurisdiccional y que, consecuentemente, repercuten también en la materia de estudio.

La última parte de este capítulo se dedica al análisis acerca del concepto de prueba indiciaria, su naturaleza jurídica y su estructura, delimitando cada uno de sus componentes, sin omitir destacar las razones que dan cuenta de la importancia y utilidad que esta institución revela en el proceso penal.

En el capítulo segundo se aborda, en una primera parte, lo relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, dando cuenta de su contenido y alcances, para luego describir a grandes rasgos las exigencias que habrá de cumplir la actividad probatoria en aras de atender a su debida observancia.

Ahora bien, en este mismo capítulo se hace un esfuerzo por explicar los fundamentos que permiten afirmar la eficacia de la prueba indiciaria para desvirtuar, sin merma de garantías, la presunción de inocencia del acusado, denotando uno a uno los requisitos que la jurisprudencia ha identificado a fin de reconocer su validez, para después ahondar en el estudio sobre algunos criterios concretos que corroboran la utilidad de aquélla en el enjuiciamiento penal.

En el capítulo tercero, el estudio se centra en el control de la prueba indiciaria como instrumento adecuado para asegurar la tutela del derecho fundamental a la presunción de inocencia, habiendo indagado acerca de las vías específicas que, para tales efectos, pueden instarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante la constitucional.

En tal sentido, en el marco de este último capítulo han debido abordarse cuestiones tales como el derecho al recurso o la doble instancia en el proceso penal, para así determinar el ámbito en el que se desenvuelven los medios de impugnación procedentes, dado que es en función de éstos que quien se considere agraviado puede reclamar la tutela de su derecho, instando, precisamente, el control de la prueba indiciaria.

Asimismo, ha sido necesario referirse al control que, en vía de amparo, puede operar por parte del TC; identificando en uno y otro caso cuáles son las

consecuencias sobrevinientes ante la estimación de alegaciones sobre la lesión de aquel derecho fundamental, para así hacer efectiva su tutela.

Como corolario, con la investigación se pretende, desde un enfoque de Derecho procesal, contribuir a la dinámica que ocupa a diario a los órganos de la jurisdicción, aspirando a que los conceptos expuestos se vislumbren útiles para la mejor comprensión de la prueba indiciaria y, a la vez, para la solución justa de distintas dificultades que bien pueden encontrar en ésta una respuesta útil y constitucionalmente adecuada.

Es menester concluir agradeciendo a quienes han contribuido a la elaboración del trabajo, en especial, al Dr. Lorenzo Bujosa, quien con la generosidad y disciplina que lo caracterizan dirigió la tesis, habiendo logrado transmitir al investigador no sólo un poco de su alta vocación académica, sino, más que ello, su voluntad por actuar siempre en procura del beneficio de los demás.

Por último, es preciso agradecer también a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, institución que hizo posible desarrollar períodos de investigación en Salamanca, de forma que se hicieran compatibles con las autorizaciones conferidas para tales efectos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, a cuyos integrantes se hace extensivo el agradecimiento por el apoyo brindado.

A todos ellos, muchas gracias.

CAPÍTULO I

LA PRUEBA INDICIARIA

1) La prueba: nociones generales

Para tratar el tema de la prueba indiciaria resulta imprescindible, como cuestión previa, adentrarse en el estudio de la prueba judicial, institución de suma importancia en el Derecho procesal, para así, una vez evidenciada esa relevancia, su utilidad y necesidad, intentar establecer aquellos elementos y características distintivos del tema específico que corresponde a la materia de investigación, sin perder de vista el contexto en el que se ubica dentro del proceso, es decir, atendiendo siempre a la finalidad y objeto que conciernen, precisamente, a la actividad probatoria.

1.1) Hechos y derecho en el proceso

El proceso, como fórmula heterocompositiva para la solución de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero (juez o tribunal) a cuya decisión se someten las partes con el objeto de poner fin a la controversia existente entre ambas¹.

El proceso, por tanto, es el instrumento del que se vale la jurisdicción para actuar, dando solución al conflicto planteado², en el que las pretensiones de

¹ Resalta, desde ya, un concepto fundamental en el Derecho procesal: la jurisdicción, es decir, la potestad que, fundada en la soberanía del Estado, es ejercida por los tribunales de justicia, resolviendo los conflictos de intereses sometidos a su conocimiento mediante la aplicación del Derecho, lo que se traduce en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La potestad jurisdiccional es inherente y exclusiva del Estado, el que asegura la paz social monopolizando el uso de la fuerza y prohibiendo la venganza privada.

² Explica ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "Proceso, autocomposición y autodefensa", en: *Estudios diversos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 56, que el proceso se presenta como el medio con mayores probabilidades, frente a la autodefensa y la autocomposición, para la solución justa y pacífica del conflicto, exigiendo para ello que el tercero que decida la cuestión sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas, lo que le permitirá imponer coactivamente su voluntad frente a todo acto de desobediencia o alzamiento de aquéllas. El proceso, según el concepto formulado por GUASP, Jaime: *Concepto y método de Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 25 y 64, es "una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello", mientras que el Derecho procesal es definido por este autor

quienes requieren la decisión judicial se fundan en determinadas cuestiones fácticas³ que, según aducen, encuentran reconocimiento en el Derecho, y cuya tutela por parte del órgano jurisdiccional persiguen.

De esa cuenta, las partes intervinientes en el proceso⁴ formulan ante el órgano jurisdiccional sus respectivas proposiciones de hecho y de derecho, es decir que exponen su propia versión de lo acontecido y, a partir de ésta, invocan la calificación jurídica que a su parecer debe otorgarse, sosteniendo una pretensión específica.

Los hechos constituyen un elemento primordial en el proceso, por cuanto será sobre éstos que recaerá la aplicación de la norma jurídica para concluir en la consecuencia que ésta prevé y dar solución a la controversia⁵. Para tales

como “el conjunto de normas referentes a los presupuestos, contenido y efectos de la institución procesal”.

³ Ello, sin perjuicio de aquellas pretensiones que se funden en meras cuestiones de derecho, exigiendo del tribunal un pronunciamiento eminentemente jurídico. Tal es el caso, por ejemplo, del planteamiento directo de inconstitucionalidad, en el que el órgano competente, el Tribunal Constitucional, realiza un análisis en abstracto de la norma que se denuncia contraria a la Constitución; a ese respecto, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 137, que dicho planteamiento se origina “no en función de un conflicto de intereses concretos, para solucionar el cual sea menester dilucidar previamente la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una Ley singular”.

⁴ Son partes quienes deducen la pretensión (partes activas) y quienes se oponen a ésta (partes pasivas). En el proceso penal se denominan partes acusadoras a las partes activas e imputado (en la fase de instrucción) o acusado (en la fase de juicio oral) a la parte pasiva. GIMENO SENDRA, Vicente: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008, pág. 101. Asimismo, al ser posible el ejercicio de la pretensión civil en la vía penal, pueden también ser partes el actor civil y el demandado civilmente.

⁵ Lo expuesto permite apreciar, aunque sea someramente, la noción del silogismo, utilizado tradicionalmente para explicar la estructura de las decisiones jurisdiccionales. Es el “silogismo de determinación de la consecuencia jurídica”, según lo denomina LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, págs. 265 y 266, en el que la premisa mayor consiste en una norma jurídica completa y la premisa menor, en un hecho concreto incluido dentro de los supuestos que aquélla comprende; la conclusión afirma que, para ese hecho concreto, es válida la consecuencia jurídica que la norma menciona. Asimismo, según explica GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2004, págs. 47 y 48, en ese silogismo, la premisa menor o premisa fáctica no es la simple descripción de un acontecimiento, sino el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, logrando determinar que revisten un caso concreto del supuesto de hecho abstracto (recogido en la norma jurídica) en que habrán de ser subsumidos. Añade la autora que si bien la teoría del silogismo práctico ha sido objeto de fuertes críticas por parte de quienes denuncian reducida a una simple operación “subsuntiva” la compleja función que compete a los jueces, es preciso tomar en cuenta que esta teoría no intenta describir todas las operaciones reales que tienen lugar en aquella labor, pretende sólo reconstruir una de ellas, para cuyo logro es necesario superar distintas dificultades que no se explican ni se intenta su explicación mediante el silogismo. En conclusión, es dable afirmar, en congruencia con las ideas de la autora, que en la medida en que se entienda de tal modo, la teoría del silogismo continúa siendo válida.

efectos, el tribunal habrá no sólo de verificar que esos hechos coinciden con el supuesto fáctico que la norma contempla en forma abstracta, sino –y en primer lugar– determinar si esos hechos han acontecido en la realidad⁶.

1.2) Importancia de la prueba en el proceso

Las partes, además de formular al órgano jurisdiccional sus proposiciones sobre los hechos en que se funda el conflicto, ofrecen también los medios con los cuales pretenden su constatación, de forma que sea dable al juzgador formar su convicción y emitir una decisión que satisfaga las pretensiones deducidas.

Se evidencia así la importancia que tiene la prueba en el proceso, pues es ésta –o su conjunto– el instrumento que permite al juez verificar que el supuesto fáctico alegado como fundamento del conflicto y recogido en la norma jurídica como presupuesto de la consecuencia prevista, efectivamente ha acontecido⁷. Por ello ha afirmado BENTHAM, de manera ilustrativa, que “el arte del proceso no es, esencialmente, otra cosa que el arte de administrar las pruebas”⁸.

La prueba hace posible que el juez se cerciore acerca de lo que ha ocurrido en el caso⁹, y será a partir de esa constatación, al apreciar el elemento fáctico

⁶ Es por ello que, salvo que la controversia verse únicamente sobre cuestiones jurídicas, se entiende que en todo proceso se lleva a cabo tanto un juicio de hecho, mediante la constatación sobre la veracidad de las proposiciones fácticas que las partes formulan, como un juicio de derecho, en el que se subsumen los hechos fijados en el supuesto abstracto contenido en la norma jurídica, dando lugar a la decisión judicial que resolverá el conflicto.

⁷ A ese respecto, expone SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba, los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 22: “La vida está formada por hechos; se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho: *ex facto oritur ius*. [...] El derecho que se aplica al hecho, el hecho que se subsume en el derecho, son, no fenómenos recíprocos, sino el mismo fenómeno. Y para realizarlo nos hace falta la prueba [...]”

⁸ BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel OSSORIO FLORIT, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003, pág. 14.

⁹ Explica TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi FERRER BELTRÁN, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 423, que el método racional en la determinación de los hechos en el proceso requiere que esta actividad se base en “datos empíricos” que en lenguaje jurídico asumen el nombre de “medios de prueba”, tratándose, entre otros elementos, de cosas, personas, declaraciones o documentos.

que ha dado origen al conflicto¹⁰, que se encontrará en condiciones de determinar cuál es la norma de Derecho que deberá aplicar para resolverlo apropiadamente.

En tal sentido, como quedó apuntado, resulta evidente la importancia que para el proceso reviste la prueba, importancia que ha sido puesta de relieve reiteradamente por la doctrina.

Como ejemplo de ello, cabe citar a DEVIS ECHANDÍA, quien afirma que “la administración de justicia sería imposible sin la prueba”, pues si se careciera de ella, los derechos subjetivos de una persona serían simples apariencias, sin solidez y sin eficacia diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás; entonces, el Derecho se encontraría expuesto a su irreparable violación y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para asegurar la armonía social¹¹.

PRIETO-CASTRO, por su parte, considera que la prueba es un elemento fundamental en el proceso, pues se hace necesario que consten al juez, a fin de poder pronunciar su resolución, los hechos a los cuales la ley asocia las consecuencias jurídicas perseguidas por el demandante o evitadas por el demandado¹².

La prueba, según DE PINA, es el “punto fundamental de la teoría del proceso”, a lo que añade que “quien tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los Tribunales, en caso necesario, no tiene más que la sombra de un derecho”¹³.

DE LA PLAZA, en igual sentido, advierte que “si la prueba es una condición esencial para que un derecho pueda tener plena eficacia, gozar de él y no

¹⁰ Refiere SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 231, que la realidad extraprocesal es trasladada al proceso, primero mediante las afirmaciones de las partes, luego mediante la prueba a éste incorporada y, finalmente, en forma de resolución inatacable.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Temis, Bogotá, 2002, págs. 4 y 5.

¹² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil: proceso declarativo, proceso de ejecución*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 617.

¹³ DE PINA, Rafael: *Tratado de las pruebas civiles*, Editorial Porrúa, México, 1942, págs. 36 y 37.

disponer de los medios de demostrarlo, lo constituye en prácticamente inoperante”¹⁴.

Asimismo, MUÑOZ SABATÉ afirma lo siguiente: “[...] de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho.”¹⁵

Por último, es interesante la visión que expresa FLORIÁN en cuanto a la prueba, al señalar: “Como fácilmente puede apreciarse, esta materia es de suma importancia por constituir una parte importantísima del proceso, si no se quiere decir la esencial, la vital y la más apasionante.”¹⁶

Con las citas anteriores se destaca la trascendencia de la prueba como elemento imprescindible para asegurar el ejercicio de los derechos, especialmente en aquellos casos en los que existe duda sobre su titularidad y cuando el otorgamiento de la protección jurisdiccional depende de la constatación previa de una determinada situación fáctica. Con ello se denota la importante función que la prueba cumple en el proceso, referida a formar la convicción del juez respecto de las afirmaciones y negaciones que las partes formulan.

En concordancia con lo anterior, y partiendo de las ideas expuestas por la doctrina, se intentará determinar tres cuestiones concretas con relación a la prueba: su concepto, su objeto y su finalidad¹⁷, con la pretensión de encontrar,

¹⁴ DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho procesal civil español*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pág. 510.

¹⁵ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona, 1993, pág. 30.

¹⁶ FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, traducción de Leonardo PRIETO-CASTRO, Bosch, Barcelona, [1934?], pág. 306.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 216, expone que los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y qué valor tiene la prueba producida; los que, en otros términos, permiten

en un inicio, elementos comunes a los distintos tipos de proceso, es decir, abordando el estudio de la prueba procesal con una “visión unitarista”, al estilo de SENTÍS MELENDO¹⁸, o de “unidad general de la institución”, como lo expresa DEVIS ECHANDÍA¹⁹, debiendo tomar en cuenta, claro está, los principios que informan a las diversas clases de proceso, en orden al derecho material que persiguen hacer efectivo²⁰, así como el diverso tratamiento que las normas procesales otorgan a la actividad probatoria.

1.3) El concepto de prueba

Probar es una actividad que se desarrolla no sólo en el contexto de un proceso judicial. En efecto, en el día a día los seres humanos se ven ante la necesidad de probar sus afirmaciones o negaciones²¹. Es así como la palabra “prueba” es utilizada no sólo en el campo jurídico, sino en diversos aspectos de la vida cotidiana.

Es un concepto que trasciende del Derecho, pues, como indica SERRA DOMÍNGUEZ, la imperfección y limitaciones del ser humano hacen necesaria una

conocer, en su orden, el concepto de prueba, el objeto de la prueba, la carga de la prueba, el procedimiento probatorio y la valoración de la prueba. SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, *cit.*, pág. 83, amplía esos problemas a ocho, agregando los siguientes: con qué se prueba, para quién se prueba y con cuáles garantías se prueba. En esta investigación, ante la autoridad de tan insignes maestros, se ha considerado abordar tan sólo los dos primeros problemas propuestos (concepto y objeto de la prueba) y uno más que si bien no figura expresamente entre los mencionados, será la obra de los grandes procesalistas la que dará respuesta a ello: para qué se prueba, es decir, intentar explicar la finalidad de la prueba. Lo anterior no obsta a que a lo largo de la investigación se haga alusión a las consideraciones doctrinales relativas a esos otros problemas de la prueba.

¹⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, *cit.*, pág. 10. Afirma el autor: “El estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es civil o penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la administrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella. Soy absolutamente unitarista.”

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 8. A ese respecto, indica el tratadista: “Creemos, sin embargo, con Valentín SILVA MELERO, PLANIOL y RIPERT y otros, que nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe pues una unidad general de la institución de la prueba.”

²⁰ Con especial referencia, por razones prácticas, a los procesos civil y penal.

²¹ Por ejemplo, entre infinidad de situaciones, ante su inasistencia a la fábrica o a la escuela, el obrero o el estudiante se ven compelidos a probar sus respectivas afirmaciones de que existió causa justificada para no presentarse y evitar así las consecuencias perjudiciales que, en caso contrario, podrían sobrevenir.

continua comprobación de las distintas afirmaciones que son sometidas a consideración del propio hombre²².

En cuanto al uso del término en el lenguaje común (refiriéndose al que excede del campo jurídico), es CARNELUTTI quien señala que “probar” significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, y que “prueba” se usa como comprobación de la verdad de esa proposición²³.

En lo que respecta al ámbito jurídico, ha quedado previamente establecida la importancia que la prueba tiene en el proceso. A partir de ello, resulta pertinente referirse al carácter eminentemente procesal del Derecho probatorio, entendido como el conjunto de principios y normas jurídicas que se ocupan de la prueba como actividad inmersa en la dinámica del proceso, siendo precisamente en éste, y no fuera de él, que aquella actividad cumple su finalidad²⁴.

En tal sentido, explica RAMOS MÉNDEZ que el legislador de finales del siglo XIX trató de distinguir las reglas del procedimiento probatorio, comprendidas en la ley procesal, de las reglas de valoración de la prueba, contenidas en leyes sustantivas; sin embargo, éstas últimas sólo tenían razón de ser en un juicio.

²² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De la prueba de las obligaciones”, en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 8.

²³ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, traducción de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 38 y 43.

²⁴ En lo que al Derecho probatorio se refiere, es menester no concebirlo como el conjunto de preceptos que dan forma, menos aun, que tienden a limitar la actividad probatoria; en cambio, se ocupan de ella como institución enmarcada en el proceso, reconociendo, en primer término, el derecho fundamental a la prueba y el principio de libertad de la prueba, los que serán abordados oportunamente. SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, cit., págs. 336 y 337, consciente de ello afirma: “El derecho probatorio parecería ser la rama que se ocupa de las pruebas jurídicamente contempladas. Pero acaso esta expresión debiéramos considerarla una incongruencia. Derecho y probatorio, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en caricatura, en algo que ya no es prueba. [...] Naturalmente, hay que moverse dentro del derecho procesal, porque se trata de utilizar la prueba en el proceso. Pero lo que yo escribo sobre prueba no tiene, como acabo de decir, otra finalidad que defender la prueba de los ataques y de la absorción del procedimiento. Así, más que estudiar prueba, estoy tratando de defenderla de lo que, en el proceso, es procedimiento. Inevitablemente, en el proceso no puede faltar el procedimiento; trato de que éste no mate a aquél, y ambos a la prueba; de que el procedimiento que es forma, no domine a la prueba, que es sustancia [...]” A ese respecto, anota FERRER I BELTRÁN, Jordi: “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en: GASCÓN ABELLÁN, Marina, et al.: *Proceso, prueba y estándar*, Ara Editores, Lima, 2009, págs. 66 y 67, que no es casualidad que en el seno de la tradición racionalista muchos autores, entre quienes están BENTHAM y SENTÍS MELENDO, se hayan mostrado adversarios del Derecho probatorio, propugnando por impedir que la actividad probatoria se vea sometida a límites que la desnaturalicen.

Lo lógico, por ende, era unificar el tratamiento de la prueba en el campo donde cobran su verdadera razón de ser: el de los juicios, debiendo recogerse su regulación, en concordancia con su naturaleza, en normas procesales, como hasta el momento se ha intentado hacer²⁵.

Aun en aquellas legislaciones en las que determinados cuerpos normativos de carácter sustantivo (leyes civiles o mercantiles, por ejemplo) regulan las formas como pueden probarse los actos y contratos, estas normas no pierden su carácter procesal, pues están dirigidas al juez que se encuentre en la situación de tener que resolver si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características. Asimismo, si son las partes quienes optan por actuar de acuerdo a lo que indica la norma, con el objeto de evitar el litigio, lo hacen previendo que el juez exigirá su cumplimiento, en caso de tener que acudir al proceso²⁶.

Ahora bien, con el fin de establecer un concepto de prueba en su aspecto jurídico, es decir, un concepto de prueba procesal o judicial, los autores han relacionado ésta, entre otras cuestiones, con la actividad dirigida a proporcionar al juez los datos necesarios para constatar la veracidad de las afirmaciones de las partes, con los datos e informaciones que se le proporcionan o con el resultado de aquella actividad.

DEVIS ECHANDÍA presenta una amplia exposición de los distintos puntos de vista que se han formulado para elaborar el concepto, siguiéndose aquí, a grandes rasgos, el resultado de su obra.

²⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 588. En concordancia con lo expuesto, resalta SANJURJO RÍOS, Eva Isabel: *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal (adaptado a la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial)*, Reus, Madrid, 2010, pág. 24, que la prueba judicial, ante todo, es una institución al servicio del proceso.

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, págs. 43-45. Aclara este autor que en aquellas legislaciones en las que se regulan formalidades documentales *ab substantiam actus*, es decir, imprescindibles para la existencia o validez de los actos o contratos (la escritura pública cuyo otorgamiento se exige para ciertos contratos, por ejemplo), el documento no sólo es prueba, sino, como se indica, requisito de su existencia o validez. Tales normas, entonces, perteneciendo al derecho probatorio, y con claro matiz procesal, forman parte también del derecho material, en cuanto regulan cuestiones sustanciales del contrato de que se trate.

En primer lugar, basándose en un criterio objetivo, ciertos autores han restringido la noción de prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos.

BENTHAM, por ejemplo, señala: “¿Qué es una prueba? En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho. Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro.”²⁷

En palabras de DEVIS ECHANDÍA, la noción hace referencia a lo que sucede en el contexto de la prueba indiciaria o, según su parecer, a aquellos objetos que sirven de prueba, como ocurre con el documento²⁸.

Así las cosas, el concepto que propone BENTHAM, sin demeritar la importancia que sus ideas tienen para la investigación, se restringe a una de las vías mediante las cuales puede tenerse por corroborado un hecho en el proceso, centrándose en la denominada “prueba indirecta”, que permite establecer la constatación de un hecho desconocido en virtud del nexo lógico, preciso y directo que le une con un hecho conocido, a partir del cual se logra concluir en su acaecimiento.

De lo anterior se desprende que el concepto expuesto es limitado y no abarca la labor de verificación originada a raíz de los datos resultantes de la práctica de las llamadas “pruebas directas”, cuya valoración, a cargo del juez, le permite concluir en la acreditación o no de las proposiciones fácticas

²⁷ BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., pág. 23.

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 13.

formuladas por las partes, y sin que exista un hecho previamente probado a partir del cual sea dable establecer la existencia de otro²⁹.

Un segundo punto de vista, más general, pero también objetivo, ha sido el que entiende por prueba todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, todo medio útil para formar la certeza judicial, incluidos hechos, objetos y actividades³⁰.

DEL GIUDICE, en primer término, entiende que la prueba compone los medios que el legislador, fundado en la lógica y en la experiencia, considera propios y adecuados para el esclarecimiento de la verdad de los hechos³¹.

En su sentido objetivo, indica FENECH, las pruebas se conciben como aquellos elementos o medios utilizados para reconstruir la realidad pasada, igual que el historiador construye la historia mediante los vestigios que ha dejado la acción del hombre³².

Asimismo, ROSENBERG señala que la palabra “prueba” no significa únicamente la actividad probatoria, sino también el medio de prueba, entre otras acepciones³³.

Al respecto, las posturas limitan el concepto a la noción de medios de prueba, un componente básico de la prueba, pero no el único³⁴. Con ello, se

²⁹ En lo que concierne a los conceptos de prueba directa y prueba indirecta, véase el apartado 3.1 de este capítulo.

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 13. En cuanto a las actividades, el autor hace alusión expresa al reconocimiento judicial.

³¹ DEL GIUDICE, Pasquale: *Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras*, traducción de Álvaro LÓPEZ ORRIOLS, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885, pág. 302.

³² FENECH, Miguel: *El proceso penal*, AGESA, Madrid, 1982, pág. 88.

³³ ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, traducción de Ángela ROMERA VERA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, pág. 200.

³⁴ Por “medio de prueba” se entiende la actividad enteramente procesal, regulada legalmente, por la que se introduce al proceso la “fuente de prueba”, es decir, parafraseando a SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, cit., págs. 150-156, la realidad anterior al proceso e independiente de él, a partir de la cual el juez verifica las afirmaciones de las partes. Para el efecto, explica el autor que “la fuente será lo sustantivo y material, el medio será lo adjetivo y formal”, y como ejemplos apunta que fuentes de prueba son el testigo y su conocimiento de los hechos y el documento, que son previos y extraños al proceso, fuera del cual su existencia carece de repercusiones jurídicas; mientras que los medios de prueba son, respectivamente, el testimonio o la declaración que el testigo preste en el proceso y la actividad para incorporar el documento a éste, ya sea acompañándolo a la demanda, proponiéndolo en el período probatorio o siguiendo el procedimiento que disponga la ley procesal.

fijan tan sólo en el aspecto objetivo o formal, sin atender al aspecto subjetivo, referido al resultado buscado u obtenido mediante éstos en la persona del juzgador y a qué es lo que los medios de prueba aportan al proceso para lograr dicho resultado.

De acuerdo a un tercer punto de vista, se ha pretendido equiparar la prueba, basándose en un criterio eminentemente subjetivo, al resultado que con ella se obtiene, es decir, a la convicción que se produce en la mente del juzgador sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el litigio³⁵.

ALSINA indica que, en ocasiones, la palabra “prueba” designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados³⁶. En igual sentido, señala PRIETO-CASTRO que con el término “prueba” se indica, además de otras acepciones, el resultado de la actividad probatoria³⁷.

Por su parte, DE PINA afirma que por prueba se expresa, entre otros significados, el grado de certidumbre que operen en el entendimiento del juez los elementos de convicción³⁸.

Según DEVIS ECHANDÍA, tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles en el lenguaje jurídico procesal, pues no es posible desligar la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido con ella³⁹.

De esa cuenta, la tercera noción citada omite ese aspecto objetivo, cuya inclusión se requiere para la formulación de un concepto que permita apreciar, a cabalidad, qué es prueba y qué se entiende comprendido en ella.

Surge así un cuarto punto de vista, como síntesis de las anteriores ideas, en el que se combina el concepto objetivo de medios de prueba, tomados en su

³⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 14.

³⁶ ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1961, pág. 224.

³⁷ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil...*, cit., pág. 617.

³⁸ DE PINA, Rafael: *Tratado de las pruebas civiles*, cit., pág. 36.

³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 16.

conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que se obtiene en la mente del juzgador.

Así las cosas, entre otros autores que acogen este punto de vista, para GUASP, la prueba es “el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”⁴⁰.

Del concepto que ofrece el procesalista español se aprecian los aspectos objetivo y subjetivo de la prueba; el primero, referido a esos actos procesales mediante los cuales se incorporan las fuentes de prueba al proceso, y el segundo, comprendido en la obtención del convencimiento, en la mente del juzgador, acerca de la veracidad de una afirmación o de una negación.

A decir de DEVIS ECHANDÍA, es este punto de vista mixto el que goza de mayor número de partidarios y el único que presenta una noción integral de la prueba. No obstante, añade que existen dos puntos de vista más, los que de antemano califica de “jurídicamente inapropiados” y que se explican de la manera siguiente: a) el primero, basado en el aspecto objetivo, pero no apreciando al medio de prueba o al hecho que sirve para probar, sino identificando la prueba con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba; y b) el otro, que refiere por prueba la actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba, confundiéndola con la manera de producirla y apreciarla en el proceso⁴¹.

En cuanto a ese segundo punto de vista, explica el tratadista que “se dice que las partes ‘hacen o producen la prueba’ o que el juez ‘ordena, practica y aprecia o valora la prueba’, para referirse, no a los medios llevados al proceso o valorados por el juez, sino a la actividad de producción o apreciación [es decir, prueba será la producción o la valoración de los medios de prueba, no esos medios propiamente dichos ni el resultado que con esas actividades se

⁴⁰ GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1998, pág. 301.

⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., págs. 18 y 19.

obtenga]; sin embargo, bien pueden entenderse estas frases, con mejor técnica, aplicándolas a los medios o motivos de prueba aportados al proceso para obtener el convencimiento del juez sobre los hechos y a la valoración de aquéllos para adoptar la decisión”⁴².

Como corolario, el autor cuya obra se ha citado en este apartado, apoyándose en las ideas de FLORIÁN⁴³, señala que son tres los aspectos que componen la noción de prueba: a) su manifestación formal, traducida en los medios que permiten llevar al juez el conocimiento de los hechos; b) su contenido sustancial, es decir, las razones, motivos o justificaciones que se deduzcan de los medios –las afirmaciones instrumentales, como son definidas en ocasiones– para constatar la veracidad o no de la afirmaciones iniciales de las partes; y c) su resultado subjetivo, que es el convencimiento que se pretende u obtiene en la mente del juzgador. Cabe señalar que el primer aspecto es perfectamente separable de los otros dos, para distinguir así lo que se entiende por medio de prueba propiamente dicho⁴⁴.

DEVIS ECHANDÍA, haciendo tal distinción, explica: “De esta manera se tiene que, en sentido estricto, por pruebas judiciales se entienden las razones o motivos que sirven para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos; y por medio de prueba, los elementos o instrumentos (testimonio, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza.” Concluye indicando el tratadista que por prueba judicial, en sentido general, se entiende tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; en consecuencia, añade, una definición que

⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., págs. 18 y 19.

⁴³ Señala FLORIÁN, Eugenio: *Delle prove penali*, Instituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1961, págs. 6 y 7, que la prueba se entiende “*quanto al suo contenuto sostanziale, quanto alla sua manifestazione formale, quanto al risultato che ne sboccia*”.

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., págs. 19 y 20. Recalca el autor que de esta forma se consigue una visión general de la prueba, comprendiendo los tres aspectos de la noción, es decir, el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial, que comprende las razones o motivos que en esos medios se encuentran, y el de resultado o efecto que se obtiene en la mente del juzgador.

pretenda dar un concepto amplio de la prueba debe incluir ambos puntos de vista⁴⁵.

El planteamiento reitera los distintos aspectos que deben estar incluidos en el concepto de prueba, en congruencia con lo que sostiene la doctrina mayoritaria en la actualidad.

MONTERO AROCA, por ejemplo, conceptualiza la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”⁴⁶.

Sin coincidir en las palabras, el concepto alude a las tres nociones fundamentales de que se ha hablado: a) la manifestación formal de la prueba: la actividad procesal, traducida en los procedimientos empleados para aportar al juez los elementos útiles para formar su convicción; b) su resultado subjetivo: la certeza del juzgador, es decir, su convencimiento acerca de la constatación o no del enunciado fáctico en que se funda el proceso; y c) su contenido sustancial: los motivos o razones que resulten de aquella actividad procesal, los que si bien no se encuentran expresamente incluidos en el concepto, será precisamente a partir de ellos que el juez formará su convicción.

Es obvio que la idea del autor se refiere a la prueba en el proceso civil, como lo evidencia el título de la obra de la que fue extraída; sin embargo, respecto del proceso penal, para la validez del concepto bastaría sólo con omitir la alusión a la posibilidad de que la certeza del juzgador provenga de lo establecido en las normas legales, por cuanto en éste no rige, a diferencia de aquél, el sistema de valoración de la prueba legal o tasada.

MAIER, refiriéndose al proceso penal, señala que la prueba es un concepto que es la síntesis de varios aspectos, el que en términos generales se entiende

⁴⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., págs. 20 y 25.

⁴⁶ MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 60.

como “todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto”⁴⁷.

GIMENO SENDRA, por su parte, se refiere a actos de prueba, los que, a su parecer, constituyen “la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”. Para construir el concepto, el autor aprecia no sólo la actividad de las partes, sino también la intervención del órgano jurisdiccional dirigida a asegurar la observancia de los principios rectores del proceso y, particularmente, de la actividad probatoria⁴⁸.

Para GÓMEZ DE LIAÑO, la prueba, en el contexto del proceso penal, es “aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal al objeto de desvirtuar la presunción de inocencia”⁴⁹.

TOMÉ GARCÍA explica que la prueba es “la actividad procesal, de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de éste último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral”⁵⁰.

Asimismo, según ARMENTA DEU, la prueba en el proceso penal es “aquella actividad encaminada a procurar la convicción del juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones”⁵¹.

⁴⁷ MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, 1b, Hammurabbi, Buenos Aires, 1989, pág. 579.

⁴⁸ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2007, pág. 671.

⁴⁹ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal: tratamiento jurisprudencial*, Editorial Forum, Oviedo, 2004, pág. 323.

⁵⁰ TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal* (con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, et al.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. 475.

⁵¹ ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 253.

A partir de las ideas anteriores se vislumbran, desde ya, ciertas características propias del proceso penal, como los principios que lo informan o la exclusividad de la etapa de juicio oral para la práctica de la prueba. Más aun, en su planteamiento, GÓMEZ DE LIAÑO se refiere a la presunción de inocencia, agregando, además, que ésta última es punto de partida ineludible para cualquier consideración en torno a la prueba en el proceso penal, el que inicia siempre con la verdad interina o provisional de que el inculcado o denunciado es inocente⁵².

Los conceptos expuestos hacen evidente que la prueba es, en una primera apreciación, verdadera actividad⁵³. RAMOS MÉNDEZ es claro al explicar que el punto en que coinciden los autores en torno al concepto de prueba es, precisamente, que se trata de una actividad incardinada en un litigio⁵⁴.

Pero esa actividad no se limita a la noción de mero acto procesal sin más, sino que se trata de una actividad con un fin específico: lograr la convicción del juez respecto de las afirmaciones o negaciones, en su caso, formuladas por las partes. De ahí que, de antemano, se excluyan conceptos que pretendan incluir como finalidad de ésta la búsqueda de la verdad, como se tendrá oportunidad de profundizar al tratar el tema⁵⁵.

En tal sentido, y sin dejar de lado las nociones antes señaladas, existen dos elementos que sirven de punto de partida para elaborar un concepto de prueba judicial: a) la actividad procesal (el aspecto objetivo, es decir, su manifestación formal) con un fin; y b) la finalidad que se persigue, que no es otra que lograr la convicción judicial (su resultado subjetivo) acerca de la veracidad de las afirmaciones o negaciones propuestas por las partes, sobre la base de los

⁵² GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., pág. 323.

⁵³ Para GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 28, la acepción de prueba como actividad procesal tendente a lograr la convicción judicial reviste el sentido jurídico técnicamente más preciso de aquélla, siendo el que mejor responde al concepto que se tiene en el Derecho procesal. Asimismo, señala GUI MORI, Tomás: "Filosofía constitucional de la prueba", en: *La Ley*, nº 2 (1991), pág. 1149, que la prueba es "esencialmente una actividad".

⁵⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil...*, cit., pág. 590.

⁵⁵ Véase el apartado 1.4 de este capítulo.

motivos o razones (su contenido sustancial) que se desprendan de los medios de prueba practicados⁵⁶.

Ahora bien, cuando se habla de actividad procesal cabe indagar si se trata de actos de parte, del órgano jurisdiccional o de ambos. Así, en lo que atañe a los sujetos inmersos en el conflicto, no existe mayor controversia al respecto, pues es obvio que la actividad probatoria es, fundamentalmente, un acto de parte⁵⁷.

De esa cuenta, aun cuando el tema será abordado con más detenimiento al tratar la situación de la prueba en el proceso penal⁵⁸ –en cuyo ámbito se centran las líneas siguientes⁵⁹–, cabe indicar que ciertos autores reconocen a los órganos de la jurisdicción facultades para ordenar de oficio la práctica de medios de prueba⁶⁰.

⁵⁶ BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Derecho procesal penal* (con Isabel HUERTAS MARTÍN, *et al.*), CISE Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pág. 252, advierte que la actividad procesal, del juez y de las partes, y la finalidad perseguida son dos elementos importantes en el concepto de prueba procesal.

⁵⁷ BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional III: proceso penal* (con Juan MONTERO AROCA, *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 296.

⁵⁸ Véase apartado 2.1.3 de este capítulo.

⁵⁹ En cuanto al proceso civil, es menester hacer relación, como lo expone BONET NAVARRO, José: *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 63 y ss., que rige el principio de aportación de parte, en virtud del cual corresponde a las partes en contienda proponer al juez los medios de prueba necesarios para que éste asuma su decisión; no obstante, la prueba de oficio podrá practicarse cuando excepcionalmente lo autorice la ley, como dispone el art. 282 de la Ley de enjuiciamiento civil: “Iniciativa de la actividad probatoria. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.” Ahora bien, el art. 429.1, párrafo segundo, de dicho cuerpo legal establece: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”, regulación que, para el autor citado, no debe comprenderse como una suplencia de la impericia de la parte, sino como “un mecanismo para otorgar mayor calidad a la decisión judicial sin merma de garantías”.

⁶⁰ Por ejemplo, GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, *cit.*, pág. 671, es partidario de reconocer al órgano jurisdiccional facultades para ordenar prueba de oficio. Asimismo, según BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional III...*, *cit.*, págs. 295 y 296, si los datos sobre los que versa la prueba penal han sido aportados al proceso y el juez ha tenido conocimiento de éstos, pudiendo ser el caso que del mismo proceso surjan fuentes de prueba que se hallen directa o indirectamente relacionadas con estos datos, nada impide que el juzgador utilice, de oficio, los medios de prueba para otorgar eficacia procesal a esas fuentes. Para la autora, prueba es “actividad procesal de las partes (de demostración) y del juez (de verificación) por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso”. Por su parte, TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, *cit.*, pág. 475, señala que, a diferencia del proceso civil, en el que corresponde a las partes la iniciativa probatoria, aunque se reconoce excepcionalmente al tribunal una cierta iniciativa, en el

Frente a tales consideraciones, y tomando como base los postulados del modelo acusatorio de proceso penal⁶¹, cabe señalar, en principio, que la función del juez ha de dirigirse, primordialmente, a ejercer la potestad jurisdiccional, es decir, a juzgar, decidiendo si se ha logrado constatar el supuesto fáctico incluido en la norma jurídica y determinando así la consecuencia sobreviniente, para lo cual deberá basarse en los enunciados de hecho⁶² y en los medios de prueba propuestos por las partes⁶³.

Con todo, es preciso advertir que la legislación procesal penal de distintos países (así sucede en España, Portugal, Francia, Italia y Alemania, entre otros⁶⁴) contempla determinadas facultades en materia probatoria que los órganos jurisdiccionales pueden ejercer oficiosamente.

procesal penal, regido por el principio de oficialidad y en el que se persigue la verdad material de los hechos, la prueba no es actividad exclusiva de las partes.

⁶¹ Para DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 34 y 35, la prueba en el sistema acusatorio se define como la actividad de las partes encaminada a buscar la demostración de ciertos hechos o el convencimiento psicológico del juez sobre los mismos, a través del juego de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción.

⁶² Tan sólo la imposibilidad del juzgador de introducir hechos distintos a los propuestos por las partes encuentra acuerdo en la doctrina, pues de permitirlo, como afirma PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 26, el tribunal acabaría convirtiéndose en acusador. A ese respecto, acota VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2 (1984), págs. 410 y 411, que el principio de "inmutabilidad de la imputación" se combina con las garantías de la defensa, a fin de que el inculcado no afronte un juicio por un hecho por el que no ha sido previamente acusado; lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de variación en la calificación jurídica del hecho, lo que habría de acarrear, únicamente, nuevo debate con suspensión del juicio, en caso de ser necesario.

⁶³ Afirma SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, *cit.*, págs. 11 y 12: "La parte –siempre la parte; no el juez– formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas, sino su seguridad –real o ficticia– sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad. Cuando el juez cumple una misión diferente de la de verificar, entonces es que no está juzgando."

⁶⁴ La Ley de enjuiciamiento criminal española (LECr), aun cuando en su artículo 728 establece que no podrán practicarse otras diligencias que las propuestas por las partes, contiene determinadas normas que regulan facultades que el órgano jurisdiccional puede ejercer de oficio, como proponer la práctica de las diligencias de prueba que considere necesarias para la comprobación de los hechos (art. 729.2º), ordenar el careo (729.1º), formular preguntas a los testigos (708) o examinar, por sí, los documentos y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad (726). El Código de proceso penal portugués, en el artículo 340º.1, dispone: "O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa." LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel: *Código de processo penal: anotado e comentado: legislação complementar*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 665. Por su parte, el Código de procedimiento penal francés indica en el artículo 310, párrafo primero, lo siguiente: "Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité." Asimismo, el Código de procedimiento penal italiano señala en el artículo 507: "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio

En tal sentido, en lo que concierne a las facultades del juzgador para incorporar elementos probatorios distintos a los que las partes han introducido a la causa, es menester que aquél observe los límites concretos establecidos por las disposiciones constitucionales y por la ley procesal⁶⁵, en aras de no afectar la posición estrictamente imparcial que debe caracterizarle y de garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes.

De ahí que el concepto de prueba, conforme a la normativa vigente, no resulte erróneo al incluir dichas facultades del juzgador. Sin embargo, se reitera que estas facultades habrán de ser utilizadas con suma cautela y mesura, es decir, con el único fin de aclarar determinado aspecto puntual que se estime necesario y siempre que con ello no se afecten los derechos reconocidos a las partes; en otras palabras: “siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación”⁶⁶, evitando que éste emprenda, con iniciativas probatorias, “una actividad inquisitiva encubierta”⁶⁷.

Por otro lado, fuera de estas facultades, es evidente que el órgano jurisdiccional desarrolla una importante función en la actividad procesal referida a la prueba.

l'assunzione di nuovi mezzi di prove.” CORDERO, Franco: *Codice di procedura penale comentato da Franco Cordero*, UTET, Turín, 1992, pág. 611. Por último, el Código procesal penal alemán establece en su artículo 244.2 que para la indagación de la verdad, el tribunal extiende de oficio la práctica de las pruebas hasta todos los hechos y medios de prueba que sean importantes para la decisión. EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.): *Código penal alemán StGB: Código procesal penal alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 317.

⁶⁵ Señala ARAZI, Roland: “Los principios procesales y la prueba”, en: MORELLO, Augusto M. (coord.): *La prueba: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*, Librería Editorial Platense, La Plata (Argentina), 1996, pág. 28: “En un proceso judicial, el juez podrá tener o no facultades para investigar, iniciativa probatoria y mayores o menores poderes, pero deberá respetar los principios que garantizan el debido proceso (igualdad, bilateralidad y congruencia).” Asimismo, según PICÓ I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pág. 155, una iniciativa probatoria ilimitada del juez penal, además de vulnerar el principio acusatorio, incluida la debida imparcialidad de aquél, puede conculcar derechos fundamentales de las partes, como el derecho de defensa.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Penal, 5256/2004, de 16 de julio (la sentencia se identifica con el número correspondiente del Repertorio Oficial de Jurisprudencia, conforme a los índices del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial).

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 334/2005, de 20 de diciembre.

Así, además de ser el controlador de la actividad de las partes, decidiendo sobre la admisibilidad o no de la prueba, participa también en su práctica dirigiendo la diligencia (en congruencia con el principio de inmediación), situación que se aprecia en su máxima expresión en el reconocimiento judicial (inspección ocular, en los términos de la LECr), como medio de prueba en el que el juez percibe directamente, sin intermediarios, los elementos útiles para formar su convicción que puedan surgir de los lugares, objetos o personas sometidos a reconocimiento.

Aunado a lo anterior, será el juez, como sujeto al que se dirige la prueba, el que verificará si las afirmaciones de las partes coinciden con la realidad, comparando las afirmaciones instrumentales resultantes de los medios de prueba con aquéllas propuestas inicialmente en la causa⁶⁸.

La descrita es una actividad a cargo exclusivamente del juez, de crucial importancia para la prueba, pero no la única como para limitar a ésta el concepto pretendido⁶⁹.

En el concepto de prueba, por ende, habrán de entenderse comprendidas, por un lado, la actividad de las partes, traducida en la aportación al proceso de las fuentes de prueba por vía de los distintos medios de prueba y, por el otro, las actividades que quedan a cargo del juez, sea en su función controladora del quehacer de aquéllas, sea en su labor, propia y exclusiva, tanto de valoración de los datos que dichos medios arrojan, como de determinación de las conclusiones que, sobre la base de éstos, le llevan a formar su convicción⁷⁰.

⁶⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch, Barcelona, 1997, pág. 102.

⁶⁹ SENTÍS MELENDO, al formular el concepto de prueba, parte de la actividad de verificación que corresponde al juzgador, motivo por el cual DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 16, lo ubica dentro de los autores que defienden un concepto de prueba que se limita al aspecto subjetivo. Ahora bien, fuera de ese punto de partida, el planteamiento general de SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, cit., pág. 22, permite apreciar incluida la actividad procesal que incumbe a las partes y al juez. De esa cuenta, el autor explica: “[...] la prueba es verificación de afirmaciones utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios, aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez, con las garantías jurídicas establecidas, ajustándose al procedimiento legal, adquiridas para el proceso y valoradas de acuerdo a normas de sana crítica, para llegar el juez a una convicción libre.”

⁷⁰ En el contexto de esta última actividad se ubica la actividad intelectual que comprende la prueba indiciaria; para el efecto, véase el apartado 3.3 de este capítulo.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de las facultades que el orden legal confiera a los órganos jurisdiccionales para disponer de oficio la práctica de medios de prueba, debiendo proceder, como en todas sus actuaciones, con absoluto respeto a los principios y garantías inherentes al debido proceso.

En consecuencia, es dable formular un concepto de prueba en los términos siguientes: actividad procesal desarrollada por las partes y por el juzgador, dirigida a lograr la convicción en la mente de éste último respecto de la veracidad de las proposiciones fácticas formuladas por aquéllas, convencimiento que se alcanzará a partir de los datos y motivos que se deriven de los distintos medios de prueba practicados.

Resta sólo acotar que para aquellos procesos en los cuales la ley contempla el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, como es el caso del proceso civil, serán también las normas procesales correspondientes las que determinarán cuándo el juez ha alcanzado ese grado de convicción⁷¹.

1.4) Finalidad de la prueba en el proceso

Se hace preciso ahondar un poco más a efecto de identificar la finalidad que persigue la prueba procesal, es decir, determinar para qué se prueba en el proceso.

En ese sentido, cabe anotar que han sido varias las teorías que han pretendido explicar esa finalidad, las que se intenta resumir a continuación. Así, en un primer escenario, algunos autores consideran que la finalidad de la prueba es la averiguación de la verdad de un hecho.

⁷¹ En términos similares el concepto formulado por CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “La prueba: disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de enjuiciamiento civil. L. 1/2000”, en: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (ed.): *Responsa iurisperitorum digesta*, vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 105 y 106, respecto de la prueba en materia civil: “actividad de las partes, y excepcionalmente del Juez, tendente bien a fijar unos hechos como ciertos (prueba legal), bien a provocar el convencimiento psicológico del Juez (prueba libre) sobre las afirmaciones realizadas acerca de los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión”.

Para RICCI, por ejemplo, la prueba no es un fin en sí mismo, sino un medio dirigido al descubrimiento de la verdad⁷².

FRAMARINO DEI MALATESTA, al respecto, explica: “Así como las facultades de la percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad. La prueba es, pues, en este respecto, el medio objetivo por el cual la verdad llega al espíritu; [...] la prueba, pues, en general, es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano en sus especiales determinaciones de credibilidad, de probabilidad y de certeza.”⁷³

CLARIÁ OLMEDO, por su parte, señala que el proceso “tiende a la adquisición de la verdad para aceptar o rechazar las afirmaciones fácticas en cuanto coincidentes o no con la realidad histórica, y ese descubrimiento de la verdad se obtiene mediante la prueba de los hechos introducidos como inciertos al proceso para integrar el aspecto material de la imputación o de la resistencia a ella”⁷⁴. Asimismo, para MARTÍNEZ SILVA probar es “establecer la existencia de la verdad”, definiendo las pruebas como “los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad”⁷⁵.

Es lógico que una teoría de tal naturaleza traslada los problemas inmersos en la filosofía, relativos a las teorías sobre la verdad⁷⁶, al ámbito del Derecho procesal.

⁷² RICCI, Francisco: *Tratado de las pruebas*, tomo I, traducción de Adolfo BUYLLA y Adolfo POSADA, Editorial La España Moderna, Madrid, [1880?], pág. 23.

⁷³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tomo I, Editorial La España Moderna, Madrid, [1930?], págs. 101 y 102.

⁷⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1966, pág. 5.

⁷⁵ MARTÍNEZ SILVA, Carlos: *Tratado de pruebas judiciales*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 21.

⁷⁶ En cuanto a las teorías que tratan de explicar la verdad de los enunciados, la doctrina ha distinguido, entre otras, la teoría de la coherencia y la teoría de la correspondencia. Según la primera, la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. La teoría coherentista de la verdad, según explica el procesalista italiano TARUFFO, Michele: *La prueba*, traducción de Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2008, págs. 26-29, puede vincularse con la concepción retórica de los elementos de prueba, en la que éstos no son usados por el juzgador para establecer la verdad de los hechos, sino como recurso persuasivo cuyo objetivo es crear en su mente una creencia acerca de la credibilidad sobre el relato de alguna de las partes —es éste uno de los puntos de apoyo del autor para rebatir que la finalidad de la prueba sea lograr

De esa cuenta, la búsqueda de la verdad ha sido calificada como fin inalcanzable, y así lo reconoce cierta parte de la doctrina.

GUASP, por ejemplo, señala que la orientación que define la prueba como aquella actividad que propone demostrar la verdad o falsedad de una afirmación, si bien arranca de un punto de vista sólido, ofrece el inconveniente de su imposibilidad práctica, puesto que la real obtención de una demostración de este tipo es teórica y prácticamente imposible⁷⁷.

Asimismo, MONTERO AROCA indica que la aspiración por descubrir la verdad se aprecia, en la actualidad, como demasiado ambiciosa, no sólo por las limitaciones con que se encuentra el hombre para alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas, sino porque también debe asumirse que el proceso responde a toda una serie de principios tan importantes como el de la búsqueda de la verdad, entre los que menciona la condición de tercero del juez, la contradicción, el derecho de defensa y la igualdad de las partes⁷⁸.

La propia legislación no ha escapado a la idea de la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba, encontrando, como ejemplos, las disposiciones contenidas en el artículo 726 de la LECr, antes citado. Sin embargo, como apunta MIRANDA ESTRAMPES, de considerar a la verdad como finalidad de la

el convencimiento judicial—. Por su parte, para la teoría de la correspondencia, la cuestión no se basa en relatos ni en coherencia narrativa; en cambio, el contenido de la decisión será verdadero si coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que se ubica en la base del conflicto. Entonces, la función de la prueba será ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente sobre los hechos en controversia; esta teoría no acepta que la coherencia narrativa de los relatos judiciales sea considerada como la única dimensión pertinente en la que pueda concebirse la verdad judicial. Las divergencias entre ambas teorías, en lo que atañe a la verdad procesal, se logran superar al considerar que la teoría de la correspondencia es el concepto básico de verdad. En ese sentido, para TARUFFO, la teoría semántica de la verdad de TARSKI apela a tales conceptos, añadiendo que la teoría de la coherencia sólo define uno de los posibles criterios de verdad, pero la teoría de la correspondencia coincide de mejor forma con el concepto de decisión judicial basada en la justicia y la verdad. Sobre los planteamientos de la última teoría mencionada puede consultarse: TARSKI, Alfred: *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972, págs. 9 y ss. Por su parte, FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 66, sostiene: “La coherencia y la aceptabilidad justificada son, en suma, los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica. Pero el único significado de la palabra ‘verdadero’ —como de la palabra ‘fiable’, ‘probable’, ‘verosímil’, ‘plausible’ o similares— es la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas.”

⁷⁷ GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil, cit.*, pág. 300.

⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil, cit.*, pág. 44.

prueba se admitiría, entonces, que ésta tiene un fin “inalcanzable o irrealizable”⁷⁹.

Con el objeto de superar la discusión, los teóricos alemanes, entre quienes se incluían a VON CANSTEIN, PAGENSTECHEER, WACH y otros, distinguieron entre verdad formal y verdad material⁸⁰.

A ese respecto, es ilustrativa la diferenciación que entre ambas clases de verdad hace SILVA MELERO, quien señala: “Por verdad material se entiende la certeza histórica adquirida en el proceso por medio de uno o varios medios de prueba, cuyo resultado debe ser apreciado por el juez con absoluta libertad de criterio, sea que las partes faciliten el material probatorio o que el propio juez supla con su iniciativa las lagunas de la instrucción. Por verdad formal, al contrario, se entiende la certeza adquirida en el proceso, no a través de una crítica libremente ejercida sobre los resultados de la prueba por el órgano judicial, sino en virtud de un sistema legal de fijación definitiva de hechos, es decir, en virtud de un conjunto de normas imperativas, las cuales, supliendo la libertad judicial de valoración, vinculan al juzgador a tener por ciertos los hechos concretos demostrados, en el modo y forma correspondientes a la hipótesis prevista en abstracto por aquellas normas. Por eso se ha propuesto sustituir el término de verdad material por la expresión ‘certeza jurídica judicial’, y el de verdad formal, por el de ‘certeza histórica legal’.”⁸¹

Así, con la connotación anterior se pretendió diferenciar la actividad probatoria desarrollada en el proceso penal, de aquella propia del proceso civil, debido, especialmente, a la diversa naturaleza de los derechos materiales tutelados en uno y otro⁸².

⁷⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 38.

⁸⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Contribución al estudio de la prueba”, en: *Estudios de Derecho procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pág. 357.

⁸¹ SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 39.

⁸² PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental...*, cit., pág. 29.

Conforme a esa distinción, según los defensores de esta teoría, en el proceso penal se busca la verdad material, mientras que en el proceso civil es la verdad formal el fin perseguido, debiendo tomar en cuenta las distintas reglas que en materia probatoria rigen en cada uno, especialmente que en éste último, a diferencia del primero, se contempla aun el sistema de valoración de la prueba legal o tasada⁸³.

En armonía con esta teoría, el fin de la prueba en el proceso civil, según apunta con sentido crítico SERRA DOMÍNGUEZ, no sería hallar la verdad material, sino encontrar algo que no es verdad, pero que debe ser considerado como tal: la verdad formal⁸⁴.

Así, la teoría que asigna a la prueba el fin de establecer la verdad, a decir de DEVIS ECHANDÍA, es inaceptable, pues el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar⁸⁵.

Como corolario, la verdad resulta un fin imposible de alcanzar en el proceso, entendiéndose que no es factible pretender llegar a ella mediante la prueba⁸⁶.

⁸³ Expone WACH, Adolf: "El sistema de prueba", en: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, traducción de Ernesto KROTOSCHIN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, págs. 224 y ss.: "La verdad material sólo es imaginable como finalidad del proceso, en un procedimiento oficial, esto es, en un proceso que no sólo da margen a una reconstrucción completa de la situación de hecho sino que establece la 'máxima de la libre investigación' como un deber oficial de los órganos del Estado. Y ello sólo puede suceder, cuando el objeto del proceso es de interés público. En el proceso civil, la naturaleza jurídico-privada de ese objeto elimina la 'máxima de libre investigación' y, con esto, la finalidad del proceso consiste en la comprobación objetiva del verdadero estado de cosas. La sentencia es, y sólo puede ser, la apreciación del material de afirmaciones y de pruebas suministrado por las partes. La prueba del proceso civil es prueba de parte; las partes suministran el material probatorio al juez, del mismo modo que suministran los temas de la prueba en sus alegatos. La prueba está sujeta a la máxima dispositiva y a la relación entre las dos partes. De aquélla se deduce que la integridad de los fundamentos de la sentencia no está garantizada, y de ésta sigue la distribución de la carga de la prueba y de las pruebas, con todas sus peculiaridades importantísimas, las que excluyen la comprobación del verdadero estado de hechos. [...] De este modo queda mostrada mi afirmación de que la finalidad del proceso civil no puede ser la verdad material, pues la disposición de las partes, que lo domina, no garantiza la totalidad del material probatorio."

⁸⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Contribución al estudio...", *cit.*, pág. 357.

⁸⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 228.

⁸⁶ En la actualidad, son varios los autores que afirman que la averiguación de la verdad es la finalidad de la prueba, aunque aclaran que no es posible, mediante el proceso, establecer la "verdad absoluta". Por ejemplo, TARUFFO, Michele: *La prueba*, *cit.*, págs. 15-26, sostiene que la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre éstos. Según indica, el concepto de verdad judicial puede ser discutido, pero las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como meta del proceso judicial; en tal caso, se tiene justificación para decir que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad debería ser determinante

En tal caso, ante las conclusiones a que se arribe, quedaría siempre la duda de si, con la actividad procesal, se ha alcanzado la verdad de los hechos o si, por el contrario, tan sólo se ha logrado persuadir al juzgador.

CARNELUTTI criticó duramente la idea de dos clases de verdad. En efecto, según advertía, “la verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad”, añadiendo que si la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo

tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. Por consiguiente, añade, los elementos de prueba se deberían concebir como el medio que puede y debería ser usado para establecer la verdad de los hechos relevantes, es decir, para lograr una de las metas fundamentales de la administración de justicia. Esta forma de pensar, según acota, se vincula estrictamente con las teorías del proceso según las cuales la función fundamental del proceso judicial es aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia; si, por el contrario, el objetivo principal del proceso judicial se concibe como la resolución del conflicto entre partes y la restauración, por consiguiente, de las relaciones pacíficas entre los involucrados, la búsqueda de la verdad queda en un segundo plano, por cuanto no se hace imprescindible para dar solución al problema, pues la forma como el juez lo resuelva, con tal que lo logre, no importa realmente. Para el procesalista italiano, es evidente que ambas teorías se basan en valores distintos e, incluso, en disputa; sin embargo, por lo menos a nivel teórico, el debate puede superarse, por ejemplo, asumiendo que la mejor solución posible del conflicto ha de basarse en una decisión correcta, la que sólo lo puede ser si se funda en un juicio verdadero acerca de los hechos de la causa. Indica el autor que no por el simple hecho de poner fin al problema es posible afirmar que una solución es la adecuada; en cambio, en el contexto de un Estado de Derecho, una solución correcta sólo se obtiene mediante una decisión legítima, y ésta es imposible si no existe una adecuada aplicación de las normas que regulan el caso, lo que exige una determinación apropiada y correcta de los hechos. La verdad, a su parecer, no es un objetivo final en sí mismo, es simplemente una condición necesaria para emitir un fallo apropiado, legítimo y justo, pero la verdad que persigue alcanzar el juez, auxiliándose de los medios de prueba, “no es absoluta”, sino “relativa”. Refiere que la verdad absoluta parece pertenecer ya sólo a los campos de la religión y la metafísica, al punto que ni las matemáticas o la física se consideran capaces de alcanzarla, debiendo tomar en cuenta que en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluyendo el de los procesos judiciales, “la verdad solo puede ser relativa”. En tal sentido, señala que aun ante los esfuerzos por diferenciar la verdad judicial de las verdades ordinarias, normales o extrajudiciales, con base, especialmente, en la existencia de límites que las normas procesales imponen al juez y a las partes, impidiéndoles así la búsqueda de la verdad (por ejemplo: las reglas concernientes a la admisibilidad y presentación de la prueba que no hace posible valerse de cualquier medio para buscar la verdad, la prohibición del uso de determinados tipos de prueba o la imposibilidad de probar algunos hechos), tales ideas son insostenibles, pues esas normas no obstaculizan la búsqueda de la verdad, sino que regulan las formas en que los hechos pueden ser probados, abarcando ciertas áreas limitadas del dominio de la prueba y de la decisión sobre los hechos; además, los principios del derecho a la prueba y de la libertad probatoria, de creciente importancia en todos los sistemas procesales, exigen que las normas restrictivas de los medios de prueba se reduzcan al máximo. Agrega el autor que los hechos en litigio en el contexto del proceso suelen comprobarse con los mismos medios (testigos, documentos, grabaciones y otros) que se utilizan para alcanzar la verdad en la vida cotidiana, y concluye que “no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial”. Por su parte, ZUCKERMAN, Adrian A. S.: “*Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*”, en: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (ed.): *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 3 y 4 —en cuyas ideas se apoya TARUFFO—, afirma que para hacer justicia, el tribunal debe determinar la verdad de los hechos y, consiguientemente, aplicar correctamente a éstos la ley. En igual sentido se expresa GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho...*, cit., pág. 38, para quien la búsqueda de los hechos acaecidos en la realidad es objetivo primordial del proceso de prueba, tarea que resulta posible, aunque sólo de “manera limitada y condicionada”, en tanto no se adopte la perspectiva más exigente de las verdades absolutas. De la misma forma, MUÑOZ CONDE, Francisco: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 107, refiriéndose al proceso penal, indica que en éste se persigue determinar la verdad, fin que debe “atemperarse” a las limitaciones derivadas de las leyes del conocimiento, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las normas, y de las formalidades e impurezas del propio proceso.

que no puede ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado es siempre que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos. Asimismo, señaló: “La verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una verdad, de tal modo que, sin metáfora, el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino para una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos.”⁸⁷

Con su teoría, el profesor italiano refiere que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos. A decir de MIRANDA ESTRAMPES, esta segunda teoría pretendía encontrar una finalidad común a los sistemas de valoración de la prueba legal o tasada y de libre convicción; sin embargo, se corre el riesgo de plantear una teoría excesivamente formalista, al punto de “configurar el proceso y la prueba como instituciones que prescinden de la realidad de los hechos, como si esa realidad careciera de importancia y el juez se encontrara de espaldas a ella”⁸⁸.

La idea de CARNELUTTI ha sido calificada de positivista, desconectando al proceso con la realidad. Para DEVIS ECHANDÍA, por ejemplo, se deja el problema sin resolver, pues de lo que se trata es de saber, precisamente, cuándo quedan esos hechos fijados en el proceso: si cuando se ha verificado la verdad en ellos, o simplemente, cuando la certeza o el convencimiento sobre tales hechos se ha producido, ya sea, en la mente del juez, o de acuerdo con la tarifa legal⁸⁹.

En suma, la teoría de CARNELUTTI parece no explicar a cabalidad cuál es la finalidad de la prueba, pues no se logra comprender si la fijación formal de los hechos deviene de que el juez ha logrado alcanzar la verdad o de que ha

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil, cit.*, págs. 21 y 25.

⁸⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 45.

⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 237.

logrado convencerse de la veracidad de las afirmaciones formuladas con base en los medios de prueba, o si, por el contrario, es la norma jurídica la que determina cuándo se fijan esos hechos.

A partir de la idea de que la verdad es un concepto ontológico que corresponde al ser mismo de la cosa o del hecho y que exige la identidad de éste con la idea o conocimiento que de él se tenga, cuestión que puede ocurrir o no en el proceso a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente⁹⁰, surgió la teoría que asigna a la prueba la finalidad de producir en éste la certeza o el convencimiento sobre los hechos que se pretende demostrar, convicción que puede corresponder con la realidad o no, equivaliendo así a la creencia subjetiva del juzgador de que aquellos hechos existieron o no⁹¹.

Entre los autores que sostienen esta postura se ubica CHIOVENDA, para quien “probar” significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso⁹².

GUASP, por su parte, se pronunció haciendo ver la posibilidad de superar la controversia si se ve en la prueba “no una actividad sustancialmente demostrativa ni de mera fijación formal de los datos, sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del Juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos, por lo cual el

⁹⁰ Al respecto, MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria...*, cit., pág. 61, advierte que no hay nada más erróneo que creer que la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial equivalga a una declaración dogmática sobre la verdad de éstos.

⁹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., págs. 231, 239-241. Indica el autor que la verdad es un concepto objetivo y el conocimiento que se pueda creer de ella es subjetivo; si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido el fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido de ella. Siempre que gracias a la prueba, se pronuncia sentencia, aquélla ha cumplido su función. Pese a la inevitable posibilidad abstracta de que exista error, la prueba cumple su finalidad cuando produce la certeza en la mente del juzgador. Todo ello conduce a afirmar que la prueba tiene por fin producir convicción o certeza en el juez, es decir, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella; pero esa certeza puede ser moral subjetiva y real, o legal objetiva y formal. De esta manera el fin permanece igual en ambos sistemas de valoración, el libre o el regulado legalmente –ajeno al proceso penal–, pues apenas varía el procedimiento para adquirir certeza: en el libre, mediante la libre apreciación de los medios aportados; en el de la tarifa legal, asignándoles el mérito que obligatoriamente se les debe reconocer; pero en ambos casos el juez se declara en posesión de la certeza, y la prueba habrá cumplido su finalidad.

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, traducción de Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Rafael GREGO, Valetta Ediciones, Florida (Argentina), 2005, pág. 161.

sentido fundamental de los actos de prueba que sirve para definirlos ha de venir dado en función de la obtención de esta convicción psicológica del Juzgador: la prueba será, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”⁹³.

Para COUTURE, en su sentido procesal, la prueba es un “medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”, y desde el punto de vista de las partes es, además, una forma de crear la convicción del magistrado, cuyo convencimiento depende, de manera muy especial, de la actividad probatoria de aquéllas⁹⁴.

Así, afirma DÍAZ CABIALE que con la llegada del racionalismo cartesiano y los movimientos empiristas a la filosofía, se puso en duda que el conocimiento humano llegara a conocer la realidad fuera del error; tales ideas influyeron también en el concepto procesal de prueba, el que ha ido prescindiendo del término “verdad”, sustituyéndolo por otros como “probabilidad” o “convencimiento psicológico”⁹⁵.

La convicción judicial es la finalidad que persigue la prueba en cualquier clase de proceso, aunque en el proceso penal aquélla surja siempre del

⁹³ GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, cit., págs. 300 y 301.

⁹⁴ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos...*, cit., págs. 217-219. En igual sentido se expresan, entre otros, GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso I: teoría general del proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 143, al señalar que las aportaciones de prueba son los “actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho”; GORPHE, François: *Las resoluciones judiciales: estudio psicológico y forense*, traducción de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, pág. 112, quien expone que las pruebas son “procedimientos admitidos para convencer al juez de la verdad de los hechos alegados”; ARAGONES ALONSO, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 271, quien indica que la prueba es la “actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez”; y ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 345, que conceptualiza la prueba como “actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes”. Por su parte, refiere también PÉREZ DEL VALLE, Carlos: *Teoría de la prueba y Derecho penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pág. 13, citando a ENGISCH, que los juristas, por lo general, hablan de prueba “cuando se persigue el objetivo de proporcionar al juez la convicción en relación con unos hechos determinados”. Por último, señala ilustrativamente BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “La prueba indiciaria”, en: MIR PUIG, Santiago, *et al.: La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 90: “La prueba no es, en el fondo, otra cosa que el mecanismo para la búsqueda de la ‘certeza jurídica’, sabiendo que la convicción del Juez al respecto no es más que, en el mejor de los casos, ‘una firme y formada persuasión, y nada más’.”

⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba...*, cit., pág. 35.

convencimiento psicológico del juez, debido al sistema de libre valoración de la prueba que en él impera, mientras que en el proceso civil, tomando en cuenta el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, esa convicción puede surgir ya sea del convencimiento psicológico del juzgador o de las normas legales que previamente fijan cuándo es que existe tal convencimiento.

Según MIRANDA ESTRAMPRES, la idea de la convicción judicial como finalidad de la prueba es el criterio que la doctrina mayoritaria acepta en la actualidad; asimismo, añade que el término “verdad”, como noción objetiva y ontológica, se sustituye por el de “certeza”, como noción subjetiva. La verdad, por un lado, es identidad entre el conocimiento o la idea con la cosa o el hecho: conformidad de la idea y el objeto; la certeza, por su parte, es la manifestación subjetiva de la verdad: creer que lo que se afirma es verdad⁹⁶, arribar al convencimiento psicológico de que así es.

En conclusión, es la teoría que asigna a la prueba la finalidad de obtener el convencimiento del juzgador, la que mejor responde a la naturaleza y a la realidad de la prueba judicial.

Como afirma GORPHE, “si la verdad tuviese siempre un carácter diferente del error, que no es más que su contrario, distinguirla de él sería un simple juego”⁹⁷.

Pero la realidad es otra, la distinción entre verdad y error puede llegar a ser imperceptible, y en un proceso judicial, en el que quien decide ha de corroborar la exactitud de unas afirmaciones previamente conocidas y formuladas por otros, la situación puede tornarse aun más compleja.

En efecto, puede el juez, sobre la base de las pruebas aportadas a la causa, decidir que una u otra afirmación es exacta, o que ninguna lo es, pero la posibilidad del error subsiste, al punto que el fallo a que se arribe puede no ser

⁹⁶ MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 45 y 77.

⁹⁷ GORPHE, François: *La crítica del testimonio*, traducción de Mariano RUIZ-FUNES, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, pág. 50.

congruente con la realidad⁹⁸. De esta forma, se considera inapropiado hablar de “verdad” en términos de la prueba procesal.

En todo caso, el fin que se persigue con la prueba en el proceso se cumplirá cuando el juez esté convencido de que una u otra afirmación coincide con lo que realmente aconteció, o que ninguna lo hace.

Conforme a lo expuesto, es la convicción judicial, es decir, la certeza en la mente del juez⁹⁹ de que una determinada situación se produjo o no en la realidad, la finalidad a que tiende la prueba, persistiendo siempre la posibilidad de error en la decisión¹⁰⁰, pero no por ello sobreviene duda, pues si ésta existe no habrá convencimiento y el resultado de la prueba no corresponderá a su fin¹⁰¹, debiendo el tribunal resolver la situación teniendo por no probada la afirmación o la negación de que se trate, con aplicación de las consecuencias que devienen de la institución de la carga de la prueba¹⁰².

⁹⁸ El Derecho reconoce la posibilidad del error judicial; ante ello, ha creado instituciones dirigidas a subsanarlo, como se evidencia con la acción o proceso de revisión. A ese respecto, expone MARTÍN PALLÍN, José Antonio: “La revisión de los errores judiciales”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 336: “El desacierto y la equivocación tienen carta de naturaleza en cualquier acto jurídico o resolución judicial y el propio sistema reconoce sus efectos perjudiciales, disponiendo los remedios necesarios para corregir el yerro y reparar sus consecuencias.”

⁹⁹ Esto es aplicable en toda su plenitud al proceso penal, por cuanto rige el sistema de valoración de la prueba de libre convicción o sana crítica; en cambio, en el proceso civil, con el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, la convicción puede proceder, ya sea de la aplicación de las normas de estimativa probatoria o, propiamente, del convencimiento psicológico del juez.

¹⁰⁰ Según MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 62-64, al hablar de error, cuya posibilidad nunca se excluye, encuentran acuerdo las teorías que hablan del juicio de certeza, por un lado, y del juicio de probabilidad o verosimilitud, por el otro; en ambas teorías la prueba persigue la convicción judicial, la que se adquiere cuando el juez logra eliminar toda duda razonable o relevante que se le plantee durante la práctica de la actividad probatoria.

¹⁰¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 239. Según la idea del autor, puede existir un medio de prueba que no contenga prueba alguna, pues de él no se obtiene razón o motivo que contribuya a obtener la certeza pretendida.

¹⁰² En el proceso civil, la carga de la prueba determina que quien afirma o niega un hecho debe probarlo, recayendo sobre él las consecuencias negativas que se deriven de no haber probado los enunciados que sustentan su pretensión. Apunta MONTERO AROCA, Juan: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad) (1)”, en: MONTERO AROCA, Juan (dir.): *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 35: “La finalidad del principio [de la carga de la prueba] no es determinar quién debe probar, sino únicamente establecer las consecuencias de no haberse probado”. Como corolario, es dable considerar que la institución de la carga de la prueba impide que un caso quede irresuelto (prohibición del *non liquet*), para lo cual se establece la forma como el juez procederá ante situaciones en que no se haya logrado demostrar un enunciado determinado. En el proceso penal, el *in dubio pro reo* –como manifestación particular de la institución de la carga de la prueba que indica al juez cómo debe resolver en caso de duda– obliga a emitir un fallo absolutorio, derivado de que, siempre, la duda favorece al acusado. Tal situación, como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*,

Por consiguiente, cabe indicar, desde ya, que en lo que concierne al proceso penal, ese estado de convicción judicial perseguido mediante la prueba será alcanzado en tanto el juzgador, logrando determinar que se ha desvirtuado la presunción de inocencia del acusado, descarte de sus conclusiones cualquier duda razonable¹⁰³.

1.5) El objeto de la prueba

El objeto de la prueba, indica DEVIS ECHANDÍA, tiene relación con aquello que puede ser probado en general, noción abstracta y objetiva, sin limitarse a los problemas concretos de cada proceso. El tema o necesidad de la prueba, por el contrario, es eso que en la causa específica requiere ser probado, ese elemento fáctico en particular que constituye el presupuesto de la vida real concebido en la norma, sin cuya constatación el juez no puede resolver en congruencia con ésta. También es, según el autor, una noción objetiva, pues no configura en sí el sujeto que debe suministrar la prueba, pero es concreta, al recaer sobre unos determinados enunciados de hecho¹⁰⁴.

En un primer acercamiento, se consideran como objeto de la prueba tan sólo los elementos fácticos alegados por las partes en el proceso, en tanto que el Derecho, en orden al principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho), no requiere de prueba¹⁰⁵, salvo en lo que concierne al derecho extranjero, cuyo conocimiento no es obligatorio para los tribunales nacionales, debiendo

lustel, Madrid, 2005, pág. 231, pone en evidencia la distinta situación en que se encuentra el acusado en el proceso penal, respecto del demandado en el proceso civil, pues éste, a diferencia de aquél, tiene la "carga" de convencer al juzgador de la realidad de los hechos que le son favorables.

¹⁰³ Señala TARUFFO, Michele: *La prueba, cit.*, pág. 274, en alusión específica al proceso penal: "Con independencia de cómo sea definido, por tanto, el estándar de la prueba 'más allá de toda duda razonable' expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza".

¹⁰⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 135.

¹⁰⁵ En el caso de la costumbre, a la que se le reconoce como fuente formal del Derecho, aunque rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada (arts. 1.1 y 1.3 del Código civil), se exige su prueba cuando su existencia se alegue para fundar la pretensión, salvo que las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público (art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil).

proponer, la parte que invoque su aplicación, la prueba pertinente sobre su contenido y vigencia¹⁰⁶.

En el caso español, son de conocimiento de jueces y magistrados, es decir, cubiertas por el principio *iura novit curia*, además de las normas que se publican en el Boletín Oficial del Estado, las publicadas en los Boletines Legislativos de las distintas Comunidades Autónomas y aquellas que integran el Derecho Comunitario publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas¹⁰⁷.

Ahora bien, señala CARNELUTTI, puntualmente, que el objeto de la prueba no son los hechos, propiamente dichos, sino las afirmaciones, “las que no se conocen, pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, pero se conocen”¹⁰⁸.

Los hechos, como fenómenos exteriores al hombre, según aclara SERRA DOMÍNGUEZ, son de una forma solamente y, como tales, no requieren prueba; “lo que requiere ser probado son las afirmaciones relacionadas con esos hechos”¹⁰⁹.

Un hecho existe o no, ha ocurrido o no, pero no es verdadero ni falso, no es exacto ni inexacto, y una vez sucedido no puede probarse, pues resulta imposible, al ser parte del pasado, reproducirlo, pudiendo tan sólo reconstruirlo mentalmente a partir de la prueba incorporada al proceso. De lo que cabe hablar, en todo caso, en términos de prueba, es de los enunciados, es decir, de la afirmación o la negación del hecho¹¹⁰.

¹⁰⁶ El orden jurídico confiere a los órganos jurisdiccionales amplias facultades para indagar al respecto (art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil).

¹⁰⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil...*, cit., pág. 40.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, cit., pág. 40.

¹⁰⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Contribución al estudio...”, cit., pág. 359.

¹¹⁰ Este criterio es igualmente compartido por quienes consideran que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad. Así, se habla de la “verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”, TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 19; de la “prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho”, GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho...*, cit., pág. 83; o de la “verdad o falsedad de los enunciados sobre el hecho”, GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 18.

Sobre estas ideas, la explicación que presenta SENTÍS MELENDO resulta esclarecedora, al señalar: “[...] no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos”¹¹¹.

Así, para CLIMENT DURÁN, la valoración probatoria consiste en la comparación entre las afirmaciones básicas o iniciales, formuladas por las partes, y las afirmaciones instrumentales obtenidas de los medios de prueba; el análisis permitirá al juez comprobar si las últimas corroboran o no las primeras¹¹².

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ con suma claridad explica que corresponde a las partes proporcionar al juez esas afirmaciones instrumentales, empleando los distintos medios de prueba, sobre los hechos que fundan el conflicto, es decir, sobre las afirmaciones (o enunciados) iniciales. El juzgador procede entonces a depurar las afirmaciones instrumentales, que la mayoría de las veces adolecen de parcialidad, las valora críticamente y fija sobre ellas sus propias afirmaciones. Se realiza así la labor de comparación entre las afirmaciones iniciales y las instrumentales, de manera que en los puntos en que coincidan admitirá las primeras, con el objeto de fijar el supuesto de hecho del fallo –la premisa menor en la teoría del silogismo–; y en caso de no coincidir, por tener las afirmaciones instrumentales signo contrario a las iniciales, rechazará éstas últimas¹¹³.

En definitiva, objeto de la prueba son las afirmaciones o negaciones sobre los hechos, los enunciados sobre éstos, los que el juzgador habrá de comparar con esas otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquéllas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad.

¹¹¹ SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, *cit.*, pág. 12.

¹¹² CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 45.

¹¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Contribución al estudio...”, *cit.*, págs. 360-365.

1.6) El derecho a la prueba

DEVIS ECHANDÍA afirma que así como existe un derecho subjetivo de acción, para iniciar el proceso y obtener una sentencia, existe también un derecho subjetivo de probar en el proceso; a la vez, acota que para comprender su naturaleza de complemento indispensable de los derechos materiales que consagra la ley y, especialmente, del derecho de defensa, basta recordar la extraordinaria importancia que tiene la prueba en el campo general del Derecho¹¹⁴.

La Constitución Española (CE) en el artículo 24.2 reconoce a toda persona, como derecho fundamental, el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Este derecho, indudablemente, se aplica a cualquier clase de proceso, sin importar la materia objeto de conocimiento y resolución. Cabe agregar que por disposición del artículo 53 constitucional, al estar contenido el derecho a la prueba en la sección primera del Capítulo II, su observancia es exigible, incluso, mediante la garantía del amparo ante el Tribunal Constitucional (TC).

Aunque al tenor literal del precepto de la CE el derecho a la prueba se reconoce para la defensa, en realidad corresponde, en igualdad de condiciones, a todos los que figuran como partes en el proceso¹¹⁵.

El derecho a la prueba, conforme a su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, según apuntan GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ, se compone de una serie de manifestaciones que pueden describirse de la manera siguiente: a) el derecho a proponer prueba; b) el derecho a la admisión de los medios de prueba legalmente admisibles, siempre que se respeten los requisitos establecidos impuestos por las normas aplicables (utilidad, pertinencia, no reiteración y licitud en su obtención); c) el derecho a que las resoluciones judiciales relativas a la admisibilidad de los medios de prueba sean motivadas; d) el derecho a que se practiquen los medios de prueba admitidos,

¹¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 26. Véase apartado 1.2 de este capítulo.

¹¹⁵ MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 101-104.

entendiéndose que una vez declarada su admisibilidad se han cumplido los requisitos que la ley impone y, por ende, la omisión de su práctica conlleva vulneración del derecho mismo; y e) el derecho a la valoración de la prueba practicada¹¹⁶.

En cuanto a esta última manifestación, expresa MONTERO AROCA: “El derecho a la prueba sólo adquiere sentido si todas las pruebas practicadas son tomadas en consideración en la sentencia, de modo que si una prueba no es valorada se está negando el derecho. La valoración de la prueba corresponde al tribunal, pero todas las pruebas deben ser valoradas.” A su vez, el autor añade un componente más del derecho fundamental a la prueba: el derecho a la intervención efectiva en la práctica de todos los medios de prueba¹¹⁷, es decir, la facultad de las partes de controlar la práctica de la prueba, de estar presentes en su diligenciamiento y de proponer pruebas de carácter contrario¹¹⁸.

TARUFFO, por su parte, señala que el derecho a presentar medios de prueba relevantes para el proceso conforma un aspecto esencial del derecho al debido proceso, perteneciendo a las garantías fundamentales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa que corresponde a las partes. Esas garantías, añade, no serían eficaces si se impidiera a las partes presentar los medios de prueba necesarios para acreditar sus versiones de los hechos en litigio¹¹⁹.

El derecho a la prueba se reconoce como derecho fundamental, tomando en cuenta la preeminencia constitucional y la protección que en ordenamientos como el español se le otorga, y, a la vez, su observancia reviste una exigencia

¹¹⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil...*, cit., págs. 145-149.

¹¹⁷ MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 103 y 104.

¹¹⁸ Afirma PICÓ I JUNOY, Joan: “El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras”, en: *Justicia*, nº 1-2 (2009), pág. 112, que el derecho a la práctica de la prueba admitida conlleva la exigencia de asegurar la intervención de la contraparte; así, el derecho a intervenir en la práctica de los medios de prueba, sin importar quien los haya solicitado, constituye una manifestación del genérico derecho a la prueba.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 56.

necesaria para hacer efectivo el derecho al debido proceso y, consecuentemente, el que concierne a la tutela judicial¹²⁰.

La posibilidad de presentar al tribunal todos los medios de prueba pertinentes para demostrar la hipótesis sostenida o bien, para negar la aducida por la contraparte, revela, indiscutiblemente, un elemento de absoluta trascendencia para el pleno ejercicio del derecho de defensa, derivándose, para el órgano jurisdiccional, en armonía con lo antes expuesto, el deber de admitir los medios probatorios propuestos conforme a la legislación vigente, de practicarlos e informar de todo cuanto acontezca a las partes, permitiéndoles que ejerzan el control debido, de valorarlos y de basarse exclusivamente en éstos para fundar su decisión.

Concebir de tal modo el derecho a la prueba hace factible no sólo su ejercicio, sino que posibilita su efectividad ante situaciones en que se aprecie su infracción¹²¹.

2) La prueba en el proceso penal

Al haber abordado aspectos de la actividad probatoria comunes a las distintas clases de proceso, se hace necesario intentar explicar la situación de la prueba en el proceso penal, contexto en el que se ubica la investigación pretendida, haciendo referencia, entre otras cuestiones, a las nociones de

¹²⁰ El ejercicio del derecho a la prueba, afirma LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Tratado de Derecho procesal civil*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 528, es "garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional".

¹²¹ Ello resulta más relevante en ordenamientos jurídicos que no contemplan el reconocimiento expreso del derecho a la prueba; ejemplo de tal situación es el caso de Guatemala, en cuya Constitución no se alude expresamente a aquél. Sin embargo, tal situación no ha imposibilitado que los tribunales se hayan pronunciado haciendo efectivo el derecho a la prueba, ubicándolo como elemento esencial del derecho al debido proceso; en tal sentido, la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de 7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006), advirtió que la observancia del derecho de defensa que consagra el artículo 12 constitucional exige garantizar el derecho de las partes de alegar, de proponer pruebas, de rebatir los alegatos y controlar la prueba de la contraparte, y de obtener una resolución judicial fundada; asimismo, en sentencia de 21 de noviembre de 2007 (expediente 2291-2007), expuso que el debido proceso requiere que se otorgue a los interesados la oportunidad adecuada y razonable de ofrecer y producir los medios de prueba autorizados por la ley, dentro de los plazos y con las formalidades del caso, y que dichos medios resulten debidamente valorados por el juez en la sentencia, y en resolución de 30 de octubre de 2008 (expediente 2731-2008), consideró que los derechos de audiencia y al debido proceso abarcan la potestad de ser oído, de ofrecer y producir medios de prueba y de rebatir las argumentaciones deducidas, entre otros pronunciamientos.

enjuiciamiento penal, las fases que conforman el proceso y su influencia en el concepto de prueba, y el derecho a la presunción de inocencia que impera a favor del acusado.

2.1) El proceso penal

El proceso penal, se dirige, mediante la observancia del conjunto de garantías que le son propias, a hacer efectiva la ley penal¹²². Su naturaleza, como sucede con los otros tipos de procesos a cargo de los órganos jurisdiccionales, responde a la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE)¹²³.

Así, en el contexto del proceso penal, el órgano jurisdiccional verifica si se ha logrado enervar la presunción de inocencia del acusado respecto del hecho específico en cuya comisión le imputa haber participado la parte acusadora, hecho que ha de encontrarse previamente calificado en la ley como delito o falta y al que ha de estarle asignada una consecuencia jurídica de carácter sancionatorio, es decir, una pena¹²⁴.

En ese orden de ideas, de constatar el juez la participación del acusado en el hecho atribuido (logrando el acusador mitigar la presunción de inocencia que el ordenamiento constitucional garantiza al acusado), así como la concurrencia de todos los elementos exigidos en el tipo penal, devendrá procedente, según las circunstancias concretas, la imposición de la correspondiente pena. Por

¹²² Señala LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, pág. 5, que el cometido del Derecho procesal penal no es otro que hacer factible la actuación de la norma penal, “en tanto en cuanto se aplique la norma procesal penal con arreglo a su propio y autónomo sistema de garantías”. Asimismo, indica BANACLOCHE PALAO, Julio: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal* (con Jesús ZARZALEJOS NIETO), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pág. 23, que el proceso penal, en su configuración, ha de respetar todos los derechos y garantías procesales fundamentales que la Constitución reconoce, debiendo, además, ser la vía que permita el resarcimiento de la víctima y la reinserción social del delincuente.

¹²³ A este respecto, acotan BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, en: *La Ley*, nº 2 (1992), pág. 1830, que sólo “si la tutela se ajusta a ciertas prescripciones formales y el proceso consta de todas las garantías de la defensa de las partes (prohibición de indefensión), la tutela será realmente efectiva.”

¹²⁴ Ello, claro está, sin perjuicio del ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal.

ende, para la realización del Derecho penal se requiere, ineludiblemente, la intervención jurisdiccional mediante el proceso¹²⁵.

2.1.1) El principio de legalidad

A partir de lo expuesto, se denotan importantes cuestiones que merecen ser abordadas con mayor detenimiento. En primer lugar, se ha hecho mención implícita del principio de legalidad en materia penal, como garantía reconocida al individuo frente al *ius puniendi* del Estado, cuyo objeto es impedir actuaciones arbitrarias del poder público que menoscaben el ejercicio de las libertades fundamentales. Este principio, señala ROXIN, es de capital importancia, lo que ha merecido, incluso, su consagración en normas constitucionales¹²⁶.

El principio de legalidad se traduce en cuatro garantías específicas: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución. La garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) señala que para sancionar una conducta como infracción penal (delito o falta), ésta debe estar previamente tipificada como tal en una ley, la que debe establecer la pena aplicable¹²⁷. De esta garantía derivan distintas exigencias, como la reserva de ley en materia penal, la imposibilidad de extender analógicamente los tipos penales, la necesidad de que el tipo penal determine taxativamente qué

¹²⁵ Como señala FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón...*, cit., pág. 538, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad, que se expresa en el axioma *nulla culpa sine iudicio*.

¹²⁶ ROXIN, Claus: *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 422. Menciona el autor, como ejemplo de esa consagración constitucional, el § 103. 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. A la cita de dicho precepto pueden añadirse los artículos 25.1 de la Constitución Española, VIII de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Constituyente francesa de 1789, 25 de la Constitución de la República Italiana y 29 de la Constitución de la República Portuguesa; en el plano americano el principio se recoge en los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 29 de la Constitución de la República de Colombia, 5.XXXIX y XL de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, entre otras.

¹²⁷ Artículo 25.1 de la CE: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento." En el orden legal cabe citar el artículo 1.1 del Código Penal español (CP): "No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración."

conductas son sancionables y la irretroactividad de la ley penal (en tanto no favorezca al reo)¹²⁸.

La garantía penal (*nulla poena sine lege*) conlleva la inadmisibilidad de imponer una pena o medida de seguridad que no esté previamente recogida en la ley como sanción del delito o falta de que se trate¹²⁹. La garantía comprende, por un lado, la exigencia de determinación legal de las penas, en función de la conducta sancionada, concretando sus límites mínimos y máximos, así como la imposibilidad de recurrir a la discrecionalidad judicial aplicando penas fuera de tales límites¹³⁰.

Por su parte, la garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), que es la que más interesa a los efectos de la investigación, refiere que corresponde, con exclusividad, a los tribunales de justicia la imposición de las penas y medidas de seguridad por la comisión de infracciones penales o, de ser el caso, por la constatación de un estado peligroso¹³¹.

La garantía, fundada en la teoría de la separación de poderes en un Estado democrático, exige la necesaria intervención judicial mediante el proceso para la aplicación del Derecho penal, es decir, la intervención de los jueces competentes previamente determinados por la ley, y en la forma en que ésta lo establezca¹³².

Por último, la garantía de ejecución supone que únicamente en la forma establecida en la ley pueden cumplirse las penas y medidas de seguridad¹³³, determinando que las normas que regulen la ejecución penal han de

¹²⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 32 y 33.

¹²⁹ Artículo 2.1 del CP: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo, las Leyes que establezcan medidas de seguridad.”

¹³⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *El principio de legalidad penal*, cit., pág. 33.

¹³¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *El principio de legalidad penal*, cit., pág. 34.

¹³² Artículo 1 de la LECr: “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.”

¹³³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *El principio de legalidad penal*, cit., págs. 34 y 35.

comprender las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce el orden constitucional¹³⁴.

Como corolario, el principio de legalidad, en sus distintos alcances y elementos, opera como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, como garantía del ciudadano frente a éste.

2.1.2) La presunción de inocencia

Al igual que el principio de legalidad, se ha resaltado otro concepto fundamental en el contexto del proceso penal: el derecho a la presunción de inocencia¹³⁵.

Con anterioridad se afirmó que en todo proceso existen determinados hechos o, mejor dicho, enunciados sobre hechos cuya constatación hace procedente la aplicación del Derecho y, con ello, la determinación de la consecuencia prevista en la norma jurídica.

En el caso específico del proceso penal, la verificación de ese material fáctico es un tanto compleja, pues de lo que se trata es de determinar si con los medios de prueba se ha logrado desvirtuar o no el estado de inocencia inherente al acusado¹³⁶.

En efecto, derivado del derecho a la presunción de inocencia, atribuida al acusado una determinada conducta prohibida por la ley penal, no se exige de éste comprobación alguna acerca de la inexactitud de esa imputación; en otras palabras, no le corresponde al acusado demostrar su inocencia, pues ese estado se presupone por disposición constitucional, sino que, por el contrario, recae sobre la parte acusadora la carga de demostrar la veracidad de los enunciados fácticos a que alude.

¹³⁴ Artículo 25.2 de la CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social [...]”

¹³⁵ En el capítulo II se aborda con mayor profundidad el contenido de este derecho.

¹³⁶ El artículo 24.2 de la CE reconoce el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

A diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el penal, en congruencia con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, no se da una distribución de la carga de la prueba propiamente dicha. Así, exista o no refutación del acusado o, incluso, aceptación del hecho por éste, la actividad probatoria siempre deberá dirigirse a demostrar su culpabilidad¹³⁷, a fin de enervar la presunción de inocencia que existe a su favor, para poder emitir un fallo de condena.

Destaca entonces, una vez más, la importante función que cumple la prueba en el proceso penal, por cuanto será sobre la base de los datos, razones y motivos que ésta arroje, que el juez formará su convicción, pudiendo concluir, de ser el caso, en la constatación del enunciado de hecho comprendido en la acusación, para así tener por enervada la presunción de inocencia del acusado y, con ello, efectuar una declaración de condena que le autorice a aplicar la pena asignada por la ley al delito o falta de que se trate.

Asimismo, de no convencerse el tribunal con la prueba incorporada o, al menos, de estimar que existen dudas al respecto, el fallo deberá absolver al procesado por no haberse logrado destruir aquella presunción, en aplicación directa de la regla *in dubio pro reo*¹³⁸.

2.1.3) La iniciativa probatoria del juez

La actividad probatoria mediante la cual se aportan al proceso penal los datos y razones que permitirán al juez fallar queda, en principio, a cargo de las partes, y más concretamente, en concordancia con lo antes expuesto, a cargo de la parte acusadora.

Mucho se ha discutido sobre las facultades conferidas a los órganos jurisdiccionales para disponer, sin instancia de parte, diligencias de prueba, es decir, la práctica de los distintos medios de prueba, habiéndose hecho notar

¹³⁷ El término “culpabilidad” es empleado en esta investigación como sinónimo de intervención o participación en la conducta delictiva.

¹³⁸ Véase apartado 2.2 del capítulo II.

con anterioridad la necesaria medida con que deben proceder éstos para evitar contrariar los principios y garantías que inspiran al proceso penal¹³⁹.

La discusión, podría afirmarse, ha girado en torno a los postulados de los sistemas acusatorio e inquisitivo¹⁴⁰, a los que se suma el sistema mixto o acusatorio formal de proceso penal¹⁴¹.

En un primer escenario, el sistema acusatorio puro, con el fin de preservar la imparcialidad del órgano jurisdiccional –principio inherente al Estado de

¹³⁹ Véase apartado 1.3 de este capítulo.

¹⁴⁰ Para ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal, cit.*, págs. 28 y 29, las notas esenciales del sistema acusatorio son: a) el Juez requiere siempre de acusación para actuar; b) quien investiga es el acusador, determinando el hecho y el sujeto, y aportando el material sobre el que versará el juicio; c) el proceso está informado por los principios de dualidad, contradicción e igualdad; d) rige la libre valoración de la prueba; y e) impera la justicia popular y la única instancia. Por su parte, el sistema inquisitivo, señala la autora, se caracteriza por los elementos siguientes: a) el Estado procede de oficio para abrir el proceso, sin necesidad de requerimiento de particular; b) es el mismo órgano el que ejerce las funciones de acusador y juzgador; c) es el juez quien investiga y delimita el ámbito del juicio; d) el proceso carece de dualidad y contradicción, haciendo casi nulas las posibilidades de defensa; e) la prueba busca la verdad material y su valoración se lleva a cabo conforme a reglas previamente establecidas en la ley; y f) desaparecen los tribunales populares y se instituye la segunda instancia. Así, agrega que el sistema mixto surge con el objeto de conjugar las ventajas de los anteriores sistemas, prescindiendo de sus defectos.

¹⁴¹ MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino, cit.*, págs. 215-218, destaca las notas características del sistema mixto, con elementos del sistema acusatorio y del inquisitivo: a) jurisdicción penal ejercida, en principio, por tribunales con fuerte participación popular (tribunales de jurado); aunque determinadas legislaciones han optado por tribunales con jueces profesionales. Asimismo, en algunos países existe un juez profesional, llamado “de instrucción”, que tiene a su cargo la investigación preliminar, la que, por lo general, corresponde al Ministerio Público, como órgano estatal encargado de la persecución penal; b) la persecución penal en manos de un órgano estatal, como se adelantó, el que puede concebirse como órgano administrativo *sui generis* o como órgano judicial, o con posición institucional similar a éstos. Se contemplan también excepciones a la persecución penal pública, existiendo delitos que son perseguibles sólo por el ofendido; c) el imputado es sujeto de derechos, cuya posición jurídica, a lo largo del procedimiento, corresponde con la de un inocente, razón por la cual es la parte acusadora la que habrá de demostrar con certeza su culpabilidad, destruyendo ese estado; d) el procedimiento es el elemento que denota, esencialmente, el carácter mixto de sistema procesal, pues se inicia con una investigación preliminar a cargo de quien persigue penalmente, el Ministerio Público o el juez instructor, según sea el caso; esta investigación mantiene los rasgos del sistema inquisitivo. Le sigue un procedimiento intermedio, en el que se ejerce el control de los actos conclusivos del Ministerio Público sobre la instrucción. Por último, el juicio o procedimiento principal, cuyo eje central es el debate, en el que perviven y se realizan todas las formas acusatorias, rigiendo los principios de oralidad, publicidad, concentración e inmediación; e) según sea el caso, si el tribunal es integrado por jueces no profesionales, rige el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba; en caso contrario, es decir, tribunales con jueces profesionales, rige la libre convicción o sana crítica; y f) el fallo del tribunal es recurrible, pero con limitaciones; en términos generales, salvo ciertas especificidades, el recurso procedente es el de casación. Asimismo, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, *cit.*, pág. 28, resalta que en el sistema mixto se combinan los principios de los sistemas acusatorio e inquisitivo, intentando conciliar la iniciación e investigación oficial con la necesidad de acusación para la apertura del proceso penal propiamente dicho o juicio; para ello, se condiciona la apertura del enjuiciamiento a la acusación, pero la investigación no queda en manos de los particulares por su notorio interés público. La acusación y juicio quedan a cargo de órganos oficiales distintos, para no afectar la objetividad del juzgador, y en caso de que la investigación sea función de un tribunal (juez instructor), no será el mismo juez quien, finalmente, decidirá sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

Derecho, que luego sufrió evidente menoscabo en el sistema inquisitivo¹⁴²—, niega a éste facultades para ordenar, de oficio, la práctica de prueba, pues su función se circunscribe, exclusivamente, al ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, a juzgar, actividad que ha de desarrollar sobre la base de las afirmaciones y medios de prueba que aporten las partes¹⁴³.

La pasividad del órgano jurisdiccional, afirma DÍAZ CABIALE, omitiendo practicar actuaciones que no implican el ejercicio específico de la potestad jurisdiccional, no se hace por preservar intereses de naturaleza privada (de las partes solamente), argumento propio del proceso civil, sino porque “así se salvaguarda el interés público consistente en una mejor defensa de los derechos del imputado”, en especial, mediante la imparcialidad del tribunal¹⁴⁴.

No obstante, la regulación actual en materia procesal penal en distintos países (entre los que se encuentran, como antes se mencionó, España, Portugal, Francia, Italia y Alemania¹⁴⁵), permite al tribunal ejercer determinadas facultades de oficio para traer al proceso mayores elementos probatorios que le permitan dictar su fallo¹⁴⁶. De esa cuenta, la atribución a la prueba por el ordenamiento procesal de una finalidad consistente en la búsqueda de la

¹⁴² Para ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, tomo II, Trivium, Madrid, 1995, pág. 44, el proceso acusatorio armoniza de mejor manera con los regímenes democráticos; en cambio, el proceso inquisitivo, en cuanto a una perspectiva política, se identifica con los regímenes autoritarios, especialmente con aquéllos que, persiguiendo a toda costa la protección de los intereses sociales o estatales, consienten el sacrificio indiscriminado de los derechos personales.

¹⁴³ Alude RUIZ VADILLO, Enrique: *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Alcobendas (Madrid), 1994, pág. 226, a las sentencias construidas sobre pruebas incorporadas al proceso a iniciativa del juez y señala: “Puede suceder y es una posibilidad que hay que excluir, que la decisión esté ya incorporando un prejuicio: es una prueba para absolver o es una prueba para condenar y hay que evitarlo.” Asimismo, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994, pág. 140, se refiere al cuestionamiento que cabe hacer a la actuación jurisdiccional en la que los jueces interrogan a las partes, pues, según el sentido en que se formulan las preguntas, aquél puede perjudicar su resolución, vulnerando su posición imparcial y, consecuentemente, el principio acusatorio.

¹⁴⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 228.

¹⁴⁵ Véase nota a pie de página número 64 de este capítulo.

¹⁴⁶ Por el contrario, el Código de procedimiento penal de Colombia, que data de 2004, en su artículo 361 dispone: “Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.” Asimismo, el Código procesal penal de Bolivia establece en su artículo 342: “(Base del juicio). [...] En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación. [...]”. Por último, el Código procesal penal de Nicaragua se refiere en su artículo 10 a la imposibilidad de que los jueces ejerzan tareas de investigación, refiriendo expresamente en su artículo 310 que la inspección ocular únicamente puede disponerse a solicitud de parte.

verdad –criterio que, según se ha mencionado, se aprecia inapropiado¹⁴⁷–, hace plausible el otorgamiento de facultades que son ejercidas oficiosamente por el órgano jurisdiccional.

En tal sentido, es precisamente la iniciativa probatoria del juez uno de los elementos que configuran el sistema mixto de proceso penal, como elemento extraído del sistema inquisitivo¹⁴⁸, en contraposición al sistema acusatorio, en el que, como se ha expuesto, la actividad probatoria es instada y practicada tan sólo por las partes¹⁴⁹.

En el ámbito de la jurisprudencia, cabe señalar que en años anteriores, el Tribunal Supremo (TS) en distintos pronunciamientos admitió, sin mayor recelo y basándose en el fin de búsqueda de la verdad del proceso penal, la validez acerca del ejercicio de tales potestades, como se aprecia en la STS 290/1994, de 27 de enero:

“Respecto de las facultades que en materia probatoria se reconocen al Tribunal en el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es menester poner de relieve que el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad real, de modo que la iniciativa probatoria no constituye monopolio de las partes. Es posible, por tanto, practicar pruebas no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. En este sentido, cabe citar los artículos 315 y 729.2º de la L.E.Crim., en cuanto los mismos autorizan al Juez de Instrucción y al Tribunal para procurarse de oficio las pruebas que estimen útiles para esclarecer la verdad sobre los hechos enjuiciados.”

Sin embargo, en otras resoluciones, con un criterio abiertamente opuesto, el TS se mostró renuente a reconocer a los órganos jurisdiccionales facultades para decretar, de oficio, la práctica de medios de prueba, justificando su decisión en el signo contrario que éstas denotan respecto de los postulados del principio acusatorio, contradicciones que, según manifestó en su oportunidad, van en detrimento del derecho de defensa de las partes¹⁵⁰. Entre otras, se recoge esta postura en la STS 8258/1993, de 1 de diciembre:

¹⁴⁷ Véase apartado 1.4 de este capítulo.

¹⁴⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principios de aportación de parte y acusatorio...*, cit., pág. 207.

¹⁴⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba...*, cit., pág. 35.

¹⁵⁰ BUJOSA VADELL, Lorenzo: “Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano”, en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *et al.: Rigor doctrinal y práctica forense*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 250 y ss., comentando cierta jurisprudencia colombiana que se muestra reacia a la iniciativa probatoria del juez, señala que es factible conciliar los intereses enfrentados en esta

“Ya hubo sobre esta facultad del artículo 729.2º [que confiere potestades al órgano jurisdiccional para ordenar de oficio la práctica de diligencias de prueba que considere necesarias] encontradas opiniones de los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento, que deben inclinarse a favor de su inanidad por exigencia del acusatorio y del mayor rigor garantista que inspira al vigente Texto Constitucional. Se advierte en dicha facultad, sin gran esfuerzo argumentativo, contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba sea de cargo o de descargo; suple la omisión de las partes, subsanando, en este caso, la deficiencia del Ministerio Público en la proposición de la prueba [...]; produce agravio para el acusado desde el momento en que su defensa se ve privada de la posibilidad de aportar nuevos elementos probatorios que desvirtúen sus efectos; y pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en el supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria”.

Ahora bien, en posteriores pronunciamientos, el TS se ha inclinado por reconocer tales facultades, aunque no con la amplitud que supondría la literalidad del texto legal, al punto que ha logrado concretar los límites dentro de los cuales debe actuar el órgano jurisdiccional para acordar de oficio diligencias de prueba sin vulnerar preceptos constitucionales, como se indica en la STS 8855/2002, de 26 de diciembre:

“[...] el tribunal de instancia, de oficio, tras suspender la sesión para deliberar, acordó practicar las periciales impugnadas unos días después, los necesarios para citar a los peritos, lapso de tiempo que sirvió para que las partes pudieran prepararse para su intervención en la práctica de tales pruebas, incluso para haber propuesto otras sobre el mismo tema. Esta decisión luego la justifica la sentencia recurrida en sus fundamentos de derecho 2º y 3º, con cita de dos sentencias de esta sala, las dos de la misma fecha, 1.12.93, y otras de 23.9.95, 27.4.98 y 28.6.2000, así como de la dictada por el Tribunal Constitucional nº 188/2000 de 10 de julio, para llegar a la conclusión de que se hizo un uso adecuado de las facultades que a los tribunales concede el nº 2º del art. 729 LECr sin merma alguna del principio acusatorio ni de la imparcialidad del órgano jurisdiccional. [...] Con arreglo a la mencionada jurisprudencia de esta sala, vacilante e incluso contradictoria en ocasiones, y particularmente a lo expuesto en la citada STC 188/2000, de acuerdo con la doctrina científica actual, podemos afirmar que esta facultad de las audiencias y juzgados, para acordar de oficio diligencias de prueba conforme a lo dispuesto en este nº 2º del art. 729 LECr, no vulnera precepto constitucional alguno, siempre que se respeten las limitaciones siguientes: 1ª. Estas pruebas han de tener por objeto los hechos recogidos por las partes en sus escritos de calificación, porque el órgano jurisdiccional no está autorizado a ampliar el objeto fáctico del debate. El principio acusatorio reduce el objeto del proceso a aquellos hechos alegados por las partes. Esta primera limitación se encuentra en el propio texto de este art. 729.2º que estamos examinando. 2ª. Han de encontrarse en las actuaciones las fuentes de esa prueba cuya práctica acuerda de oficio el tribunal. Si éste obrara de otro modo, por conocimiento personal suyo, por ejemplo, lo haría de forma inquisitiva y entonces sí podríamos decir que había perdido su imparcialidad. 3ª. Por último, no sólo ha de practicarse esta prueba con respeto a los principios que rigen el acto solemne del juicio oral donde ha de celebrarse (oralidad, publicidad, inmediación y contradicción), sino que en particular ha de permitirse a las partes que propongan nueva prueba destinada a contradecir aquella ordenada de oficio por el tribunal.”

Conforme a la citada sentencia, los límites dentro de los cuales debe actuar el tribunal, para acordar de oficio la práctica de la prueba, pueden resumirse así: a) que las pruebas no conlleven la ampliación del objeto fáctico del proceso, pues el principio acusatorio reduce éste a los hechos alegados por las

discusión: el respeto a los derechos de las partes y la obtención de elementos útiles para alcanzar una convicción mejor fundada, lo que redundaría en la justa solución del conflicto.

partes, no correspondiendo tal función al órgano jurisdiccional; b) las fuentes de la prueba cuya práctica se acuerde de oficio deben encontrarse en las actuaciones, pues si devinieran del conocimiento privado del juzgador actuaría de manera inquisitiva, en perjuicio de la imparcialidad que debe caracterizarle; y c) la práctica de la prueba debe llevarse a cabo con respeto a los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, permitiendo a las partes que propongan nueva prueba para contradecir la que sea ordenada por el tribunal¹⁵¹.

En concordancia con este criterio, se indica en la STS 5256/2004, de 16 de julio, antes citada, lo siguiente:

“Aunque los primeros comentaristas de la de la LECr vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencia de la justicia. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y de contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación. [...] La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECr puede ser considerada como ‘prueba sobre la prueba’, que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECr, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación [...].”¹⁵²

¹⁵¹ Se refiere a esos límites BUJOSA VADELL, Lorenzo: “Prueba de oficio...”, *cit.*, pág. 248.

¹⁵² Asimismo, la STS 6952/2006, de 27 de octubre: “[...] se admite mayoritariamente la denominada ‘prueba sobre prueba’, que es aquella ‘que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso’ (v. STS de 16 de junio [sic] de 2004), e incluso, en la STS de 31 de mayo de 1999, al analizar la posibilidad de que el Tribunal formule preguntas a los testigos para clarificar los hechos sobre los que declaran, se afirma que tal iniciativa constituye ‘una facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso’. En esta misma línea, la STS de 28 de septiembre de 1994 declaró que ‘ha de recordarse que, conforme autoriza el art. 708, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el presidente, por sí o a excitación de cualquier de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. Es decir, no tratándose de incorporar nuevos presupuestos fácticos, sino de abundar en el esclarecimiento y precisión de los hechos nucleares del debate, el Presidente, en afán de depurar los mismos, podrá efectuar preguntas complementarias en cierto modo de las formuladas por las partes, al objeto de una mejor y más real configuración del acaecer histórico, sin que ello pueda interpretarse como una vulneración de la imparcialidad que ha de presidir al Tribunal ni atentado alguno al principio acusatorio que gobierna al proceso penal. El derecho a un proceso con todas las garantías permanece incólume. La fidelidad al principio acusatorio no puede exasperarse de tal modo que reduzca al Juzgador a un papel absolutamente pasivo, incapaz, en momentos en que tiene ante sí a cualificados –por conocedores directos– relatores de los hechos, de efectuar alguna pregunta clarificativa y dilucidante’. El Tribunal Constitucional, por su parte, puede decirse que se ha manifestado favorable a la iniciativa probatoria del Juez penal, siempre que ello no suponga una ‘actividad inquisitiva encubierta’. Así, en la STC 188/2000, de 10 de julio, se admitió como legítimo acordar el interrogatorio a un testigo de los hechos enjuiciados cuya identidad surgió en el propio acto del juicio oral; y, en la misma línea, puede citarse la STC 130/2002, de 3 de junio, en la que se consideró igualmente válido el interrogatorio de dos testigos, cuya identidad ya constaba en el juicio. [...] Finalmente, la STC 334/2005, de 20 de diciembre, admite también la iniciativa probatoria del Juez penal siempre que tenga por objeto comprobar la certeza de los hechos discutidos en el proceso. De todo lo dicho, se desprende que el límite constitucional de la iniciativa

ARMENTA DEU, luego de analizar las posturas originales sostenidas por la máxima instancia de jurisdicción ordinaria en el orden penal en España (una a favor y la otra rotundamente en contra), resalta la existencia de este tercer criterio, mediante el cual se asume la validez de las facultades para disponer de oficio la prueba si se dirige “no a probar la existencia de hechos, sino a contrastar o verificar la prueba sobre ellos, es decir, a contrastar si la prueba es fiable”¹⁵³.

Por su parte, también el TC, como se refiere en las citas anteriores, ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, habiendo considerado en la sentencia 130/2002, de 3 de junio, lo siguiente:

“[...] es indudable que el régimen procesal de la prueba en el proceso penal posee una indudable relevancia constitucional habida cuenta de su estrecha conexión con las garantías constitucionales del acusado, y muy en particular con los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La estricta sujeción del Juez penal al régimen procesal de la prueba en sus distintas fases, y muy en especial la relativa a su admisión y práctica, constituye una garantía más del proceso justo (art. 24.2 CE) en los términos señalados en el fundamento jurídico precedente. Así pues, si bien no todas las irregularidades e infracciones de dicho régimen legal poseen relevancia constitucional a los efectos de las garantías del art. 24.1 y 2 CE, no es menos cierto que, como sostuvimos en la STC 188/2000, de 10 de julio –en la que analizamos la facultad de impulso probatorio que el art. 729.2 LECrim otorga al Juez penal, cuya doctrina es extrapolable al caso presente–, el impulso probatorio del órgano judicial (tanto de oficio como a petición de parte) puede, en ocasiones y a la vista de las circunstancias del caso, traspasar los límites que le imponen el debido respeto al principio acusatorio, en el sentido de que quien debe formular la acusación y sobrellevar la carga de la prueba inculpatoria es la acusación y no quien ha de dictar Sentencia en el proceso, menoscabando reflejamente aquella apariencia de imparcialidad objetiva que debe preservarse en todo momento (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5). Por ello debe indagarse –a la vista de los datos objetivos que quepa extraer del modo de proceder que en cada caso haya observado el órgano judicial– si tras un impulso probatorio aparentemente neutral, incluso al abrigo de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim, el Juez no ha emprendido en realidad sino una actividad inquisitiva encubierta.”¹⁵⁴

probatoria del Juez penal no es otro que la actividad inquisitiva encubierta. De conformidad, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales; teniendo en cuenta que la justicia constituye un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de toda persona (art. 24.1 CE), para cuya protección el Juez necesita lógicamente conocer, con la mayor certeza posible, la realidad fáctica sobre la que ha de aplicar el Derecho, no parece jurídicamente admisible privar al órgano jurisdiccional de esa cuestionada iniciativa probatoria (que, en nuestro Derecho, como hemos visto, cuenta con suficiente base legal), siempre que la misma esté ceñida a los hechos objeto de la correspondiente causa penal, que se trate de fuentes probatorias existentes en la propia causa, y que, en todo caso, se respeten convenientemente los derechos de contradicción y de defensa de todas las partes implicadas en el proceso; pues, con estas limitaciones, la actuación judicial no atenta contra el principio acusatorio ni el Juez pierde por ello su necesaria imparcialidad [...]”. En similar sentido la STS 6627/2007, de 28 de septiembre.

¹⁵³ ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., pág. 244.

¹⁵⁴ Asimismo, en la citada STC 334/2005, de 20 de diciembre, se dijo: “[...] este Tribunal ya ha reiterado que la observancia de una actitud neutral del órgano judicial respecto de las posiciones de las partes, como contenido del principio acusatorio, si bien exige que el juzgador no emprenda con iniciativas probatorias de oficio una actividad inquisitiva encubierta, no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio respecto de los hechos objeto

En conclusión, puede afirmarse que la utilización de las facultades jurisdiccionales para acordar de oficio diligencias de prueba deberá encaminarse a constatar o verificar la prueba sobre los hechos, teniendo como límite concreto los enunciados fácticos introducidos por las partes; para ello, el órgano jurisdiccional habrá de tomar como base los propios datos que surjan de la causa, velando, en todo momento, porque se respeten los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad, así como el derecho de defensa de los intervinientes.

De esa cuenta, le está vedado al tribunal ejercer dichas facultades con la intención de instruir una “actividad inquisitiva encubierta”, averiguando por su propia iniciativa lo que no ha sido planteado por las partes o supliendo en su función a éstas, dado el inminente perjuicio que ello supondrían en la garantía de imparcialidad que debe informar a la función jurisdiccional, así como en la observancia irrestricta del derecho de defensa.

2.2) La prueba y las distintas etapas del proceso penal

Al hablar de prueba en el proceso penal, conviene tener claro que en éste se distinguen fases específicas con claras diferencias entre sí. En efecto, el modelo procesal mixto o acusatorio formal configura dos fases principales bien delimitadas: la fase de investigación, instrucción o procedimiento preparatorio y la fase de juicio propiamente dicha, entre las cuales se ubica la fase intermedia (así sucede en España¹⁵⁵, entre otros países).

de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes, siempre que sirva al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia [...].”

¹⁵⁵ Para ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., pág. 30, la LECr estableció en 1882 un sistema de perfil acusatorio mixto; sin embargo, las sucesivas reformas que han incorporado el procedimiento abreviado, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado o el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, entre otros, tornan difícil hablar de un único sistema de proceso penal. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., págs. 28-30, por su parte, indica que el sistema de enjuiciamiento criminal español puede adscribirse al sistema mixto con prevalencia de matices acusatorios, conforme a los distintos procedimientos que coexisten (por ejemplo, el ordinario por delitos graves, cuya instrucción presenta matices más inquisitivos; el abreviado para delitos menos graves, que simplifica la instrucción atenuando los postulados inquisitivos; y el del tribunal de jurado, que implanta el

La fase de investigación tiene por objeto la averiguación de las circunstancias como se cometió el delito y de las personas que en él participaron, a fin de preparar un eventual juicio¹⁵⁶. Las diligencias que en esta fase se practiquen serán únicamente actos de investigación, es decir, no se consideran prueba, sin perjuicio de aquellos actos irreproducibles que pueden ser introducidos en la fase de juicio si se cumplen las formalidades exigidas para ello.

De esa cuenta, los actos de investigación –sean de parte o, incluso, del Juez instructor, en el caso español– se dirigen a la averiguación de la *notitia criminis*, persiguiendo determinar el hecho punible y sus partícipes¹⁵⁷. Los actos de investigación se practican a efecto de averiguar algo que se desconoce y tienen como objeto fundar la decisión del juez sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral¹⁵⁸.

La fase intermedia (entre la instrucción y el juicio) comprende la apreciación, por el órgano jurisdiccional, de los resultados de la investigación, determinando si existe fundamento suficiente para someter al acusado a juicio oral y público o si, por el contrario, deviene procedente sobreseer en definitiva la causa o asumir alguna de las otras decisiones reguladas en la ley procesal, en concordancia con los presupuestos en ésta comprendidos (sobreseimiento provisional, por ejemplo).

Conforme a lo anterior, sólo de existir elementos de investigación que permitan concluir fundadamente en la probabilidad de la existencia del hecho, su carácter delictivo y la posible participación del imputado, se procederá a la fase de juicio.

acusatorio desde el primer momento), los que han desfigurado el planteamiento original de la LECr, con concesiones, en ocasiones graves, a favor de uno y otro sistema.

¹⁵⁶ Artículo 299 de la LECr: “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.”

¹⁵⁷ GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal* (con Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ), Colex, Madrid, 1999, págs. 367 y 368.

¹⁵⁸ PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental...*, cit., págs. 34, 38 y 39.

Por último, la fase de juicio, en la que se cumplen rigurosamente los principios del sistema acusatorio¹⁵⁹, de forma que un tribunal, como tercero imparcial y sobre la base de la imputación efectuada por la parte acusadora, determinará si existen elementos que, racional y legítimamente, logren desvirtuar la presunción de inocencia del acusado; para ello, el órgano jurisdiccional habrá de basarse en las pruebas propiamente dichas que se le presenten, las que habrán de practicarse bajo su dirección, garantizando la intervención de las partes en ejercicio de los derechos que les están reconocidos.

Es la fase de juicio, por ende, la etapa procesal en la que se practican los actos de prueba que permitirán al tribunal dictar la sentencia correspondiente, sea condenatoria o absolutoria.

Lo que interesa es hacer notar que en el proceso penal se consideran pruebas tan sólo aquellas diligencias practicadas en el desarrollo del juicio oral (con la excepción de aquellos actos que por ser irreproducibles en el debate se practiquen en forma anticipada, con observancia de las garantías que informan al juicio oral e introducidas a éste mediante un procedimiento que asegure la eficacia del contradictorio¹⁶⁰, así como de aquellas diligencias sumariales o policiales que, cumpliendo las exigencias configuradas jurisprudencialmente, puedan considerarse pruebas), pues únicamente en esta fase es posible asegurar el cumplimiento estricto de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad, y garantizar el derecho de defensa de las partes, como presupuestos imprescindibles para que el tribunal dicte un fallo

¹⁵⁹ Se considera en la STC 18/1989, de 30 de enero: “La aplicación del principio acusatorio supone, además, ‘una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas –acusador y acusado– resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio’ [...]”

¹⁶⁰ La prueba anticipada, señala ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., págs. 239-242, exige garantizar la contradicción tanto en su diligenciamiento como en el juicio oral. La autora se refiere, además, a las diligencias policiales que la jurisprudencia española ha estimado con valor probatorio en el proceso penal, mencionando aquellas de imposible o muy difícil reproducción (prueba de alcoholemia o grabación en videocámara), los informes periciales emitidos por organismos oficiales, las diligencias objetivas de resultado incontestable (recuperación u ocupación de los efectos e instrumentos del delito, por ejemplo) y las declaraciones ante policía ratificadas en el juicio oral. El tema de las excepciones a la obligación de practicar las pruebas en el juicio oral se aborda en el apartado 2.1.3 del capítulo II.

justo y en observancia de las normas constitucionales y legales que rigen el proceso. Así, en la sentencia, el tribunal únicamente podrá basarse en la prueba practicada e introducida en la fase de juicio.

En este sentido, se considera en la STC 201/1989, de 30 de noviembre:

“[...] es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.”¹⁶¹

Así, los actos de prueba que se practiquen en la fase de juicio aportan al proceso el conjunto de datos y motivos que permitirán al tribunal verificar las afirmaciones de hecho de las partes (formuladas en la acusación o, en el caso del procedimiento ordinario español, en el escrito de calificaciones provisionales), dirigiéndose, a efecto de emitir un fallo condenatorio, a desvirtuar la presunción de inocencia para determinar la convicción del juez sobre el hecho que se enjuicia y la participación del acusado.

2.3) Libertad y licitud de la prueba

Especial atención merece la inexistencia, en las normas concernientes al proceso penal, de restricciones o limitaciones en cuanto a los enunciados fácticos que pueden ser sometidos a prueba, así como que dichas normas no establecen regulaciones especiales en cuanto a qué medio o medios de prueba habrán de ser utilizados para probar un determinado enunciado. Esa libertad de la prueba o libertad de los medios de prueba en el proceso penal demarca en gran medida la actividad probatoria a desarrollar¹⁶².

¹⁶¹ Asimismo, se afirma en la STC 72/2001, de 26 de marzo: “[...] desde la STC 31/1981, de 28 de julio, este Tribunal 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, intermediación y publicidad.”, entre otros pronunciamientos.

¹⁶² Con la claridad que le caracteriza, SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba...*, cit., pág. 23, afirma que la prueba es libertad y, al respecto, explica: “Si la prueba es verificación [en concordancia con el concepto que al respecto formula, véase nota a pie de página número 69 de este capítulo], y creo que difícilmente se pueda discutir, ¿quién puede verificar sin sentirse en absoluta libertad para hacerlo? Si lo que se verifica son afirmaciones, ¿quién puede formularlas sin gozar de esa libertad que al juez le es necesaria

En tal contexto, FLORIÁN resalta que el principio de libertad de la prueba se entiende tanto en el sentido del objeto, como en el de los medios, pues cualquier objeto (cualquier afirmación o enunciado sobre un hecho) puede ser sometido a prueba en el proceso y con cualquier medio de prueba, en tanto la ley no lo prohíba ni se oponga a los principios fundamentales del orden jurídico¹⁶³.

En cuanto a ello, MIRANDA ESTRAMPES advierte que lo que en realidad se deja en libertad es la utilización de las fuentes de prueba –elementos de la realidad, independientes y anteriores al proceso, que bien pueden ser producto de la tecnología moderna y cuya eficacia probatoria descansa en la garantía de su autenticidad–, las que son incorporadas al proceso en razón de los medios de prueba legalmente previstos y regulados, como única forma de asegurar el respeto a los principios procesales y a los derechos reconocidos a las partes en litigio¹⁶⁴.

Asimismo, para que la actividad probatoria se revista de validez y utilidad, se exige el respeto a las normas que reconocen y garantizan los derechos fundamentales, así como la observancia de los preceptos específicos demarcados en las normas procesales para el diligenciamiento de los distintos medios de prueba.

De esa cuenta, queda prohibido al tribunal, para tomar su decisión, valorar cualquier prueba obtenida con vulneración de los derechos o libertades fundamentales, o en la que no se hayan observado las normas que regulan el procedimiento para su introducción a la causa¹⁶⁵.

para verificarlas? Es posible que hayan de practicarse averiguaciones y también para eso necesitará el ciudadano, o la autoridad, toda la libertad. Ya hemos dicho que se prueba haciendo uso de fuentes con determinados medios. ¿Puede limitarse entonces esa libertad? Todos los medios son hábiles, nos dirán los códigos modernos. Pero lo interesante es que las fuentes encuentran sus medios; porque las fuentes son inagotables.”

¹⁶³ FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, cit., pág. 314.

¹⁶⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 132-147.

¹⁶⁵ Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (LOPJ): “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

Respecto al uso de los distintos términos, BUJOSA VADELL aclara que por prueba ilícita se entiende aquella en cuyo origen o desarrollo ha sido vulnerado un derecho o libertad fundamental; asimismo, la prueba prohibida es la consecuencia de la prueba ilícita, cuya introducción al proceso está vedada, precisamente, por la vulneración de derechos o libertades fundamentales que conlleva, y, por último, la prueba irregular es aquella en la que, ya sea en su obtención o en su práctica, ha existido violación de normas ordinarias¹⁶⁶.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, y parafraseando a GÓMEZ DE LIAÑO¹⁶⁷, pueden resumirse las características básicas de la prueba en el proceso penal de la manera siguiente: a) la carga material de la prueba, en concordancia con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, corresponde a la parte acusadora, la que deberá de proporcionar al juzgador los elementos necesarios que le permitan formar su convicción a fin de destruir aquella presunción; b) se consideran pruebas únicamente las practicadas en la fase de juicio, buscando garantizar el cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad, oralidad, contradicción e igualdad y la observancia del derecho de defensa, con la salvedad de la prueba anticipada y de aquellas otras diligencias a las que la jurisprudencia ha reconocido valor probatorio; c) la prueba, a fin de posibilitar su valoración por el órgano jurisdiccional, debe haber sido obtenida legalmente, sin incurrir en vulneración de derechos fundamentales, e incorporada al proceso observando las normas procedimentales pertinentes; y d) pueden utilizarse cualesquiera elementos probatorios, sean personales, materiales o técnicos de documentación o reproducción, en tanto sea factible garantizar su autenticidad.

Los conceptos anteriores denotan los elementos y exigencias que hacen viable la garantía del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva en el marco de la actividad probatoria desarrollada en el proceso penal, de forma que, en observancia de los principios y normas constitucionales, a efecto de emitirse un fallo condenatorio, se logre enervar válidamente la presunción de

¹⁶⁶ BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 256.

¹⁶⁷ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., págs. 323-326.

inocencia reconocida al acusado, alcanzando el juez su convicción sin margen alguno de duda razonable¹⁶⁸.

3) La prueba indiciaria

Corresponde ahora indagar sobre la naturaleza, elementos y alcances del objeto central de estudio: la prueba indiciaria, resaltando desde ya su importancia como instrumento eficaz para alcanzar la convicción del juzgador con respeto de las garantías inherentes al proceso penal.

3.1) Prueba directa y prueba indirecta

La doctrina, al abordar el estudio de la prueba procesal, ha hecho esfuerzos por distinguir la prueba “directa” y la prueba “indirecta”¹⁶⁹.

DEVIS ECHANDÍA se refiere a esta clasificación haciendo una doble distinción. En primer lugar, según explica, para ciertos autores¹⁷⁰, la prueba es directa e inmediata “si existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de prueba”, es decir que el juez conoce el hecho mediante la percepción directa o inmediata de éste. Por ende, sólo el reconocimiento judicial encuadra en este concepto, pues “el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba”, y sólo pueden probarse así los hechos presentes o actuales, sea por su naturaleza permanente, o porque subsisten u ocurren en presencia del juzgador. Por el contrario, la prueba indirecta o mediata existirá “cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal

¹⁶⁸ Expone puntualmente RUIZ VADILLO, Enrique: “Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente”, en: *Poder Judicial*, nº 25 (marzo 1992), pág. 89: “[...] un buen proceso penal, en el que la prueba ha de realizarse en presencia del juzgador y a cuyo juicio oral, que debe ser público y contradictorio, nada llega probado, sirve, desde luego, para no condenar a los inocentes o a aquellos cuya participación o culpabilidad no se prueba, pero sirve también, sin género de dudas, para condenar a los culpables en una muy grande proporción.”

¹⁶⁹ Entre otras clasificaciones cuyo análisis no interesa para los efectos de la investigación; no obstante, según BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., pág. 35, sólo la clasificación entre pruebas directas e indirectas está verdaderamente diferenciada.

¹⁷⁰ Entre quienes se ubica FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás: *Lógica de las pruebas...*, cit., pág. 181 y ss.

manera que el juzgador sólo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatamente la existencia del primero”¹⁷¹.

Son pruebas indirectas, conforme a tal apreciación, todas las demás, pues el juez recibe sólo la percepción que del hecho ha tenido otra persona (el testigo, por ejemplo) o percibe un hecho mediante el cual logra inducir el que quiere probar (indicios).

CARNELUTTI explica esta primera clasificación haciendo ver que la diferencia entre prueba directa e indirecta reside en la coincidencia o divergencia existente entre el hecho a probar y el hecho percibido, aclarando que la prueba indirecta conlleva una separación entre ambos, pues el hecho que percibe el juez le sirve únicamente de medio para conocer el hecho que se persigue probar. Por su parte, en la prueba directa ambos coinciden, lo que conlleva ciertas complicaciones, ya que el juez sólo podrá conocer directamente los hechos presentes, es decir, los hechos permanentes, cuya duración se haya mantenido en el tiempo hasta que sean percibidos, así como los hechos transeúntes que acontezcan en su presencia durante el desarrollo del proceso¹⁷².

Según ALSINA, existen medios de prueba que permiten al juez formar su convicción por propia observancia, y otros en los que el conocimiento se adquiere por medio de terceros¹⁷³.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, por su parte, señala que se hace referencia a la prueba directa “cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediario”. De esa cuenta, reitera que únicamente el reconocimiento judicial encuadra en esta primera clasificación, hablándose en los demás casos de prueba indirecta, pues el juez llega al conocimiento de ese objeto, no directamente, sino por medio de hechos, cosas o personas (por ejemplo, en la prueba documental,

¹⁷¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, cit., pág. 498.

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, cit., pág. 55.

¹⁷³ ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, cit., págs. 230 y 231.

mediante el documento; en la de testigos, mediante la declaración del testigo, y en la pericial, mediante el dictamen del perito). Por último, advierte que se habla también de prueba indirecta, “cuando la prueba del hecho principal se hace mediante la prueba de otros hechos que dados suponen la existencia de aquél”, caso en el cual se denomina “presunciones”¹⁷⁴.

Es precisamente este último concepto el que da lugar a una segunda distinción entre prueba directa e indirecta.

En efecto, según esta segunda clasificación¹⁷⁵, para diferenciar la prueba directa de la indirecta “se contempla el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse”. En consecuencia, será prueba directa aquella en la que existe identificación entre el hecho objeto de la prueba y el hecho que quiere probarse.

Como explica DEVIS ECHANDÍA, “sólo existe un hecho que es al mismo tiempo el objeto de ella [de la prueba] y aquel cuya prueba se persigue”. Por tanto, las pruebas directas se ven ampliadas, incluyendo testimonios, documentos o dictámenes de peritos, entre otros, siempre que versen sobre el hecho que se quiere probar, es decir, son “medios de prueba que no son el mismo hecho por probar [como lo exige la clasificación anterior], pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre éste”¹⁷⁶.

Por su parte, la prueba indirecta será “la que versa sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez”. Así, encuentra cabida siempre como prueba indirecta la prueba indiciaria, circunstancial o de presunciones, y los demás medios lo serán si versan sobre hechos-indicios y no sobre el que se persigue probar¹⁷⁷.

¹⁷⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal civil* (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor Moreno CATENA), Colex, Madrid, 1997, págs. 202 y 203.

¹⁷⁵ Defendida por autores como SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal, cit.*, pág. 75, y otros.

¹⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, pág. 499.

¹⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, *cit.*, págs. 499 y 500.

GÓMEZ ORBANEJA comparte esta última distinción, calificando como prueba directa aquella en la que su objeto son los hechos contenidos en la norma, y como indirecta, la que persigue probar otros hechos “de tal modo encadenados con aquéllos [los contenidos en la norma] que por deducción lógica puede concluirse que dados unos hechos se han dado también los otros”¹⁷⁸.

Asimismo, BENTHAM afirma que la prueba directa es la que se refiere inmediatamente al hecho principal, y la indirecta o circunstancial, la que no refiriéndose al delito que se persigue, se encuentra íntimamente ligada a él, haciendo que surja una presunción más o menos fuerte acerca de la existencia de éste último. Según indica, para varios autores, la prueba indirecta se denomina “de presunciones”¹⁷⁹.

En concordancia con las clasificaciones anteriores, dentro de las pruebas indirectas se ubica siempre la prueba indiciaria, pues en ésta existe un hecho intermedio (de ahí su concepto de indirecta o mediata) que es el que permite al juez conocer aquél que se pretende probar¹⁸⁰.

En la prueba indiciaria se conocen determinados hechos que no son aquellos sobre los que se funda la causa, es decir, no son los que se pretende constatar; sin embargo, a partir de ellos y mediante una operación mental, el juzgador logra concluir en la verificación del hecho o hechos principales.

¹⁷⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal civil, parte general: el proceso declarativo ordinario*, vol. I, [s.n.], Madrid, 1979, pág. 290.

¹⁷⁹ BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., págs. 30 y 31.

¹⁸⁰ Indica ilustrativamente FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás: *Lógica de las pruebas...*, cit., págs. 221 y 222: “Si el hombre no pudiese conocer más que por su propia percepción directa, pobre y escaso sería el campo de sus conocimientos; pobre en el mundo de las ideas y pobre en el mundo de los hechos. Para que un hecho se perciba directamente, es preciso la coincidencia de lugar y de tiempo, entre el mismo y el hombre que debe percibirlo. Ahora bien; el hombre no es más que un punto en lo infinito del espacio, un momento fugaz en lo infinito de los tiempos. La inmensa multitud de los hechos se verifica fuera del campo de nuestra observación directa, siendo realmente muy pocos los que podemos conocer por visión directa de nuestros propios ojos. Suple en parte este defecto de nuestra visión, la directa de los demás, que nos refieren lo que han percibido; el conocimiento de cada cual se sirve a su modo del de todos. Pero esto no es siempre posible, y hay una porción de cosas que se sustraen a la directa percepción de nosotros y de todos. [...] parece que toda cosa, al realizarse en el mundo, esparce a su alrededor algo como una irradiación de relaciones, que se unen y enlazan con otras muchas cosas. Precisamente por la percepción de estas otras cosas y de las relaciones de ellas, es como llegamos a la conquista de lo desconocido; vía indirecta del conocimiento, que es el triunfo de la inteligencia humana sobre la oscuridad que la circunda.”

En otras palabras, en orden a los conceptos expuestos, la prueba indiciaria será siempre indirecta, pues la actividad desplegada con los distintos medios de prueba se dirige a acreditar determinados hechos que servirán de base para, mediante la labor intelectual a cargo del juzgador, lograr su convencimiento con relación a la constatación de otros hechos que son los que la parte interesada persigue tener por ciertos en el proceso para lograr la aplicación de la norma jurídica.

Para TARUFFO, la prueba indirecta o “circunstancial”, como la denomina, surge cuando las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa; dicha prueba se denomina *circumstantial* en los sistemas anglófonos, *indizienbeweis* en el sistema alemán, *présomption de l’homme* en Francia y *presunzione semplice* en Italia¹⁸¹.

GÓMEZ DE LIAÑO, al respecto, resalta que junto a las pruebas plenas o directas también se admiten las denominadas indirectas, indiciarias o “coyunturales”, en las que el convencimiento del juzgador se forma a partir de indicios probados, llegando a conclusiones con las que existe un enlace directo¹⁸².

CLARIÁ OLMEDO, en igual sentido, afirma que el indicio es, en realidad, el objeto o circunstancia que se considera probado y que hace posible formular un argumento apto para concluir en la prueba de otro hecho; a partir de ello, según aprecia, parece más correcto calificar como indirecta aquella prueba que tiene por objeto un indicio, lo que le ha valido para que se le denomine como “prueba indiciaria”, fuente de las presunciones *hominis*¹⁸³.

SERRA DOMÍNGUEZ, con un criterio más amplio, entiende que la clasificación que busca distinguir entre pruebas directas e indirectas resulta irrelevante, pues lo que en realidad sucede es que las presunciones (concepto que el autor

¹⁸¹ TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 105.

¹⁸² GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., pág. 325.

¹⁸³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., pág. 26.

privilegio sobre el de prueba indiciaria) y los medios de prueba operan en planos distintos. Advierte que si lo que distingue a una y otra prueba es la identidad entre el *thema probandi* y el *thema probatum*, ninguna sería directa, pues, por ejemplo, en la prueba por medio de testigos “el Juez no observa los hechos narrados, sino únicamente la narración de los hechos”, e, incluso, en el reconocimiento judicial lo que se percibe no es el hecho de la existencia, sino la experiencia de su existencia, la que bien puede estar afectada por elementos extraños a la mera existencia¹⁸⁴.

CLIMENT DURÁN, sin hacer una distinción estricta entre prueba directa y prueba indirecta, explica que las afirmaciones instrumentales derivadas de los medios de prueba pueden ser meramente fácticas, comprender máximas de la experiencia para estar en capacidad de valorar o llegar al mejor entendimiento de un determinado hecho o, en su caso, contener la base fáctica necesaria para, mediante la inducción, concluir racionalmente en la existencia de otro hecho. De esta manera, en el concepto del autor, se esbozan las distintas pruebas que cabe utilizar en el proceso, refiriéndose, en el orden antes descrito, a los medios de prueba de los que se desprenden “hechos puros” (declaración de testigos, documentos o reconocimiento judicial), a aquellos que aportan máximas de la experiencia tan sólo conocibles por profesionales o expertos en una determinada esfera técnica o científica (prueba pericial) y, por último, a la prueba de presunciones o indiciaria¹⁸⁵.

Con apoyo en los criterios citados resulta útil, en primer término, apreciar que la doctrina reconoce la posibilidad de recurrir a la prueba indiciaria (o circunstancial¹⁸⁶) en el marco de un proceso, sin importar el derecho material que se pretenda aplicar, para lograr el convencimiento del juzgador.

¹⁸⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De la prueba de las obligaciones”, *cit.*, pág. 82.

¹⁸⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, *cit.*, págs. 80-85.

¹⁸⁶ Apunta GARAYALDE MARTÍN, Elena: “¿Cuál es el estándar de prueba exigible para procesar?”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7180 (22 mayo 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 30 junio 2009], que la prueba indiciaria se conoce también como prueba “lógica” o “crítica”, denominaciones que resultan ilustrativas de su estructura.

A la vez, y dejando por un lado la clasificación de la prueba en directa o indirecta, se evidencia un primer acercamiento a la estructura de la prueba indiciaria, en la que existe un hecho o enunciado sobre un hecho que se considera probado, no referido directamente a aquel contemplado en forma abstracta en la norma cuya aplicación se pretende, a partir del cual el juez, mediante un razonamiento lógico propio –que si bien le compete exclusivamente a él, no está dispensando de la obligación de justificar debidamente en su resolución el proceso mental seguido–, logra encontrar el “nexo” que le permitirá concluir en la constatación de los hechos que fundan el litigio, es decir, los elementos fácticos que hacen procedente la aplicación de aquella norma, dando solución a la controversia.

3.2) Utilidad e importancia de la prueba indiciaria

Las notas anteriores dejan entrever la importancia que la doctrina otorga a la prueba indiciaria en el desarrollo del proceso, cualquiera que éste sea, reconociendo su aptitud para formar la convicción del jugador¹⁸⁷.

En el caso específico del proceso penal, la doctrina se muestra conteste en afirmar que un fallo de condena puede, válidamente, fundarse en prueba indiciaria¹⁸⁸.

Inclusive, algunos autores otorgan a la prueba indiciaria un papel más preponderante en el proceso penal que en cualquier otro, apoyándose en que

¹⁸⁷ Según apunta JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, pág. 54, dos dificultades concretas presenta la prueba indiciaria –a diferencia de la prueba directa– respecto de la garantía del derecho a la presunción de inocencia y la función que ante ella corresponde a los órganos jurisdiccionales: a) su compatibilidad con dicho derecho fundamental; y b) su eventual incidencia en la delimitación de competencias que, a efecto de hacer efectiva la garantía, corresponde a la jurisdicción ordinaria y la constitucional; dificultades a las que se intentará dar solución en el desarrollo de la investigación.

¹⁸⁸ JUANES PECES, Ángel: “El principio de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en: *Poder Judicial*, nº especial VI (1989), pág. 145, resalta el alcance que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ha tenido respecto del reconocimiento de eficacia a la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia, para lo cual se exige el cumplimiento de requisitos específicos. Sobre tales requisitos se abordará lo pertinente en el capítulo II.

quienes delinquen generalmente se cuidan de no dejar constancia alguna que los involucre directamente¹⁸⁹.

Podría pensarse que la especial situación descrita haya generado que la utilización de la prueba indiciaria se torne más común en causas criminales, en comparación con aquellos otros procesos en los que existen testigos, documentos u otras fuentes de prueba; por ende, hay quienes afirman que la prueba indiciaria adquiere importancia al operar ante la ausencia de otras pruebas¹⁹⁰, cuestión que, como se apreciará, resulta discutible.

En cuanto a la importancia de la prueba indiciaria en causas por delitos, FENECH se expresa en los términos siguientes: “La trascendencia de la prueba de indicios en el proceso penal, conocida en el Derecho anglosajón como prueba circunstancial, resulta evidente si se tiene en cuenta que, en multitud de casos, es la que determina el contenido de la sentencia condenatoria, ya que fuera de los casos de aprehensión en flagrante delito, o en otros en que directamente pueda probarse el hecho que se reputa punible, los actos de prueba tienen como objeto circunstancias facticias que no son más que indicios por los que puede llegar a tenerse como probado aquel hecho y la persona de su autor. [...] La llamada prueba indirecta por indicios es la más frecuentemente utilizada en el proceso que ahora nos ocupa, ya que la prueba directa puede utilizarse rara vez para convencer al juzgador de la verdad de la comisión de un hecho punible.”¹⁹¹

Aunado a lo expuesto por la doctrina, la jurisprudencia ha admitido, en definitiva, la admisibilidad de la prueba indiciaria en el proceso penal, reconociendo su eficacia para enervar la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, cuestión medular en torno a la cual debe girar

¹⁸⁹ Sostiene esta idea, entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.): *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, págs. 67 y 68.

¹⁹⁰ Entre los autores que defienden esta postura se ubica DE SANTO, Víctor: *La prueba judicial: teoría y práctica*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pág. 673.

¹⁹¹ FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, vol. I, Editorial Labor, Barcelona [etc.], 1960, pág. 605.

la discusión, pues de nada serviría admitir su utilización si, al final de cuentas, no se concibe con fuerza suficiente como para destruir aquel estado.

En tal sentido, y acotando que en el apartado pertinente de la investigación se desarrollará con más detenimiento este tema, cabe citar la STC 174/1985, de 17 de diciembre, en la que el máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional en España estimó que “el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria”¹⁹².

No obstante, en su decisión, el Tribunal Constitucional añadió lo siguiente:

“Sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.”

Estas razones, acogidas también por el Tribunal Supremo español¹⁹³, pueden considerarse incompatibles con las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos del acusado y las garantías propias del proceso penal, denotando un criterio que durante años ha ubicado a la prueba indiciaria en un plano supletorio con relación a la denominada “prueba directa”¹⁹⁴.

¹⁹² Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, estimó: “Para trazar la distinción entre [...] la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, a considerar probados los hechos constitutivos de delito.” A dicha resolución le siguieron una extensa lista de decisiones en las que se reitera el criterio, entre las que destaca la STC 175/1985, también de 17 de diciembre.

¹⁹³ Entre otras, la STS 2976/1987, de 28 de abril: “[...] el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a la convicción judicial en un proceso penal, que pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, ya que no siempre es posible en los juicios penales la utilización de la prueba directa, y prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad, lo que provocaría una grave indefensión social.”

¹⁹⁴ La STS 6733/1986, de 2 de diciembre, por ejemplo, da cuenta de cómo en los antecedentes legislativos de España se apreció el carácter subsidiario de la prueba indiciaria: “Así, ya la Ley 8 del Título XIV de la Partida III advertía que ‘las sospechas muchas vegadas no aciertan con la verdad’, siquiera más adelante, en la Ley 12, admitiera que el ‘pleito criminal se prueba por sospechas maguer non se averigüe por otras pruebas’. Posteriormente, el artículo 12 de la Ley Provisional para la Reforma del Procedimiento Criminal, de 18 de junio de 1870, formuló un catálogo de pruebas, admitiendo en último lugar la de indicios graves y concluyentes. Estas pruebas tasadas fueron suprimidas por el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y sustancialmente reproducidas en el artículo 741 de la Ley de 1882, aun vigente. Aun siendo prueba subsidiaria, hay que reconocer su operatividad, y así lo ha reconocido

De esa cuenta, cabe precisar que si bien en las decisiones de los máximos tribunales se admite la posibilidad de hacer uso de la prueba indiciaria en el proceso penal, tales decisiones, a la vez, contienen dudas implícitas sobre su fiabilidad, posicionándola, desde ya, en un nivel subsidiario a la prueba directa, es decir, en los casos en que ésta no pueda obtenerse, y manifestando expresamente que se acude a aquella –como última opción– con el fin de impedir “la impunidad e indefensión social”¹⁹⁵.

Ante tal situación, coincidiendo con las ideas expuestas por BELLOCH JULBE¹⁹⁶ y MIRANDA ESTRAMPES¹⁹⁷, es menester indicar que el único fundamento que hace viable la utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal (como sucede también con la prueba directa), es su eficacia para formar la convicción judicial, es decir, la fuerza probatoria que despliegue y que logre destruir válidamente la presunción de inocencia reconocida al acusado, convenciendo al juzgador, sin margen alguno de duda razonable, sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculgado.

En consecuencia, un argumento que desconfie de la prueba indiciaria, aun discretamente, pero que haga exigible su utilización para impedir una eventual absolución –que sería el significado de aquella impunidad y la consecuente indefensión social¹⁹⁸–, no sólo resulta incompatible con los postulados constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y garantías en juicio, especialmente en lo que atañe al derecho de defensa y a la presunción

cientemente la doctrina de esta Sala en sentencias de 14 de octubre y 11 de noviembre último y, con anterioridad, la del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985. En tesis general podría afirmarse que la inducción de un hecho a otro sólo debe efectuarse si el primero está encadenado con el segundo, acudiendo entonces a las llamadas reglas de experiencia.”

¹⁹⁵ En términos semejantes se expresa LÓPEZ MORENO, Santiago: *La prueba de indicios*, Imprenta de Aurelio J. Alaria, Madrid, 1879, págs. 46 y 47, quien señala: “Sin la prueba de indicios quedarían impunes muchos delitos; y esto, aun sin necesidad de que por ello aumente el número de criminales, es un mal de bastante consideración para que se venga en conocimiento de que no debe en manera alguna prescindirse de semejante prueba.”

¹⁹⁶ BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “La prueba indiciaria”, *cit.*, págs. 53-56.

¹⁹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, págs. 218 y ss.

¹⁹⁸ La admisibilidad de la prueba indiciaria en el proceso penal no puede supeditarse a un puro “principio de defensa social”, como en ocasiones se ha entendido; por el contrario, su utilidad debe fundarse en la eficacia enervante de la presunción de inocencia que de ella derive. En este sentido se pronuncia, entre otros autores, ALTES MARTÍ, Miguel Ángel: “A propósito de la prueba de indicios: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre”, en: *Revista General de Derecho*, nº 658-659 (junio-agosto 1999), pág. 9016.

de inocencia, sino que, a la postre, pareciera justificar la utilización de aquella prueba en tanto haga posible la emisión de un fallo de condena, aun cuando considere, sin razones que lo justifiquen, que en ella no se observan dichos postulados con el rigor requerido.

Pese a lo antes mencionado, no pocos autores sostienen el menor valor que para ellos merece la prueba indiciaria¹⁹⁹. CLIMENT DURÁN, por ejemplo, refiere que esta prueba, la que identifica con las presunciones, puede considerarse como prueba supletoria, pues surge “cuando los demás medios probatorios no pueden ser empleados eficazmente, o cuando los resultados probatorios que ofrecen no son convincentes”²⁰⁰.

Por su parte, para JAÉN VALLEJO, la importancia de la prueba objeto de estudio estriba en que “no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad en no pocos delitos”, con lo que, de nueva cuenta, le otorga un carácter supletorio con relación a la prueba directa²⁰¹.

Cabe, una vez más, traer a colación las razones antes mencionadas, en cuanto a que la eficacia de cualquier prueba en el proceso penal, sea directa o indirecta, se funda en su fuerza para enervar la presunción de inocencia, logrando convencer al juzgador sin margen alguno de duda razonable, pues de darse esta última situación devendría imperativa la aplicación del principio *in dubio pro reo*, obligándolo a emitir una sentencia absolutoria²⁰².

Acerca de la inadmisibilidad de la subsidiariedad de la prueba indiciaria frente a la prueba directa, apunta SERRA DOMÍNGUEZ que el juez puede acudir a aquella en todo caso, y no sólo ante la ausencia de ésta última; y añade que ninguna prueba es superior a la otra, pues “tanto puede errar el tribunal al

¹⁹⁹ Sobre el tema, dice CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil, cit.*, pág. 55: “La superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no tiene necesidad de ser subrayada: la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho a probar.”

²⁰⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal, cit.*, pág. 889.

²⁰¹ JAÉN VALLEJO, Manuel: *La prueba en el proceso penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2000, pág. 91.

²⁰² En caso de duda, aun cuando la sentencia será absolutoria, es obvio que la decisión no se fundará en prueba alguna, sino, precisamente, en la falta de prueba que haya logrado alcanzar la convicción judicial.

apreciar la declaración de un testigo presencial, cuando al extraer de uno o varios indicios una cierta conclusión”²⁰³.

Así, para MANZINI, en el Derecho procesal penal, es decir, en “la libre convicción del juez”, la fuerza probatoria de los indicios es igual a la de cualquier otro elemento probatorio, cuestión que depende del nexo lógico existente entre la circunstancia indiciante y el hecho a probar²⁰⁴.

Un juicio, refiere SILVA MELERO, implica la valoración de todas las pruebas aportadas, sean directas o indirectas, por lo que la diferencia entre una y otra estriba sólo en la actividad intelectual exigida al juez, no así en el grado de certeza que se obtiene de cada una de ellas, pues ésta no es más que un grado de convicción que debe provenir de su análisis conjunto²⁰⁵.

Como advierte MIRANDA ESTRAMPES, la eficacia de la prueba indiciaria se encuentra condicionada por el uso que de ella se haga y por la rigurosidad con que se aplique, pues sólo es posible dictar un fallo de condena al alcanzar la convicción judicial, y ésta se alcanza o no, sin que sea dable considerar que existe un mayor o un menor grado de convicción judicial respecto de la prueba directa o la indirecta²⁰⁶.

De esa cuenta, si bien es evidente la importancia que ha adquirido la prueba indiciaria en el proceso penal, debido a la complejidad que presenta la actividad probatoria en múltiples oportunidades, resulta imprescindible reconocer que para fundar válidamente un fallo de condena, aquélla deberá alcanzar, al igual que la “prueba directa”, el convencimiento del juzgador acerca de la veracidad del enunciado fáctico de que se trate, sin la concurrencia de elementos que le hagan dudar. De ahí que no se acepte la postura que confiere a la prueba

²⁰³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Función del indicio en el proceso penal”, en: *Estudios de Derecho...*, cit., pág. 710.

²⁰⁴ MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo III, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Mariano AYERRA REDÍN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 485.

²⁰⁵ SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, cit., pág. 78. Agrega el autor, reforzando la idea sobre el mismo grado de certeza que debe provenir del análisis de ambos tipos de prueba, que las dos implican un juicio que puede aparecer viciado por el error.

²⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 225.

indiciaría un papel de inferior importancia con relación a la llamada “prueba directa”.

Con el objeto de ilustrar el plano teórico que se ha venido abordando y, con ello, resaltar la utilidad e importancia de la prueba indiciaria en el proceso penal, es pertinente hacer mención de casos concretos, extraídos de la jurisprudencia española, en los que, mediante la utilización de aquélla, los tribunales han logrado concluir en la constatación de los elementos de hecho contenidos en la acusación.

El primer ejemplo se refiere a un proceso penal incoado por el delito de amenazas. Según la acusación, la víctima había recibido una carta elaborada con máquina de escribir, en la que se hacía constar la amenaza en su contra relativa a que “hiciera entrega de 1.500.000 ptas. a cambio de que no se revelasen sus relaciones con otra persona”.

En el desarrollo de la causa, mediante los procedimientos legales, se logró la obtención de un grupo de folios, ubicados en la vivienda que compartían las dos personas identificadas como presuntos partícipes en el hecho, según las investigaciones, y contra quienes, a la postre, se formuló acusación por la comisión del delito. Pues bien, sometidos al peritaje correspondiente tanto la carta recibida por la víctima, como uno de los folios ubicados en la vivienda, los peritos calígrafos dictaminaron que ambos documentos habían sido confeccionados con la misma máquina de escribir, derivado, entre otros elementos determinantes, de las particularidades coincidentes en los caracteres impresos.

Ese hecho constituyó un indicio plenamente probado, del cual se logró deducir, sobre una base racional, que las mismas personas habían elaborado los dos documentos, para lo cual habían utilizado la misma máquina de escribir, y que encontrándose en la casa de los acusados el folio sometido a cotejo, habían sido ellos los autores de la carta de contenido amenazante.

Cabe agregar que el indicio relativo a la existencia del folio elaborado con la misma máquina de escribir utilizada para confeccionar la carta (indicio calificado de “fundamental” en el proceso) fue valorado conjuntamente con otros datos concretos, como la situación concerniente a las relaciones sentimentales que la coimputada mantenía con la víctima durante el tiempo de las amenazas y el conocimiento que dicha inculpada tenía de las circunstancias personales y familiares de éste último, lo que fue aprovechado por los autores del delito. En suma, como se aprecia, fue la prueba indiciaria el elemento total que permitió a los tribunales de justicia concluir en la culpabilidad de los procesados²⁰⁷.

Un segundo ejemplo, más complejo que el anterior, se refiere a un proceso incoado por dos delitos de asesinato, otro de tenencia ilícita de armas y otro de robo de uso de vehículo de motor, en el que, después de celebrado el juicio oral, el tribunal que conoció de éste dictó sentencia en la que declaró como hechos probados, entre otros, que el día en que acontecieron los hechos, el acusado había acudido al domicilio de un amigo (una de las víctimas), a quien adeudaba una considerable cantidad de dinero.

Una vez en el lugar, donde fue recibido en virtud de la relación de amistad existente, utilizando un arma de fuego, disparó en el pecho al individuo, quien cayó malherido, y para asegurar su muerte, le disparó un segundo tiro en la cabeza. A continuación, se dirigió al dormitorio, donde descansaba la compañera sentimental de la primera víctima, disparándole en la cabeza, a

²⁰⁷ En la STC 56/2003, de 24 de marzo, dictada en virtud de amparo interpuesto por uno de los condenados, se explica con suma claridad el fundamento de la condena: “En el presente supuesto ha existido prueba de cargo bastante para destruir la presunción de inocencia [...], siendo los fundamentos de Derecho primero y tercero de la Sentencia de instancia, a los que se remite el fundamento jurídico 2 de la dictada en apelación, suficientemente ilustrativos al respecto. En ellos, tras afirmar la validez de las pruebas de cargo, el Juzgado detalla los elementos probatorios que le llevan a la convicción de que el recurrente y la otra coacusada fueron los ejecutores de las amenazas contra [la víctima]. En tal sentido entiende ‘que los dos inculpados urden el plan aprovechando la circunstancia de las relaciones sentimentales persistentes en el tiempo entre [la coacusada y la víctima], y que además aquélla conociese las circunstancias personales y familiares de éste último’. En este contexto se destaca que ‘la prueba fundamental es la aparición en la vivienda que compartían exclusivamente los dos acusados de ese grupo de folios, entre los que se encuentra el arriba referenciado, y que tras el estudio por los correspondientes peritos calígrafos se concluye que ha sido confeccionado con la misma máquina de escribir que la carta amenazante [...]; dictamen ratificado por uno de los peritos en el acto del juicio oral, y que ni siquiera es impugnado o atacado por la defensa de los acusados’.[...]. En consecuencia no cabe mantener que la inferencia realizada por los órganos judiciales pueda considerarse excesivamente abierta, débil o indeterminada.”

causa de lo cual falleció. Luego, recogió los tres casquillos de las balas disparadas, revolvió algunos cajones y armarios de la casa sin que existiera constancia de que se apoderase de nada, tomó las llaves del vehículo propiedad de la víctima mujer y a bordo de éste se dirigió a una ciudad cercana, donde lo dejó abandonado.

El tribunal llegó a la convicción de que el acusado era el responsable de las muertes sin que existiera prueba directa del hecho; en cambio, concluyó en la culpabilidad de aquél con base en un conjunto de indicios debidamente acreditados.

En efecto, entre los indicios existentes se encontraban los siguientes: a) el acusado, evadiendo una condena en Francia, estuvo en España durante los días en que acontecieron los hechos; b) el acusado adeudaba una fuerte cantidad de dinero a una de las víctimas, con quien tenía una relación de amistad y a quien visitó durante su estadía en España; c) las muertes ocurrieron en la casa de las víctimas, sin que el autor violentara el acceso al lugar; d) para lograr su cometido, el autor utilizó una pistola de calibre 7,65 con munición de marca Gevelot; e) el vehículo propiedad de la víctima mujer fue encontrado tres o cuatro días después del suceso en una ciudad cercana a aquella donde ocurrieron los hechos, en las proximidades de las estaciones de buses y trenes, hallándose abierto y sin señales de haber sido forzado; f) en el interior del automóvil se encontró un casquillo de la misma munición con que se causó la muerte de las víctimas y correspondiente a un proyectil disparado con la misma pistola; y g) en el vehículo se encontró una colilla de cigarro que, mediante las pruebas periciales correspondientes, se constató que contenía rastros de ADN²⁰⁸ del acusado.

²⁰⁸ En cuanto al estudio del ADN o ácido desoxirribonucleico, parafraseando a CASTELLANO ARROYO, María: "Estudio individual de los indicios: estudio de ADN", en: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.): *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos, Comares, Peligros (Granada), 1997, pág. 392, es pertinente aclarar que su valor como indicio para marcar la individualidad se debe a su polimorfismo, es decir, a la diferenciación de los marcadores genéticos moleculares de una persona a otra. Asimismo, indica la autora que los marcadores genéticos moleculares son caracteres heredables y, entre otras características, no se modifican con la influencia ambiental y su expresión no varía con la edad, lo que denota su importancia en el ámbito de la Medicina forense.

Pues bien, de este conjunto de datos debidamente probados, constitutivos de verdaderos indicios, el tribunal alcanzó la convicción acerca de la culpabilidad del acusado, para lo cual se fundó en un razonamiento del que dedujo tal conclusión. Así, del hallazgo de la colilla de cigarro en el vehículo, en el que se constató la existencia de rastros de ADN del inculpado, dedujeron los jueces que es lógico que éste lo utilizó y, más aun, que fue el último en hacerlo, debido a la posición en que se encontró la colilla: exterior al cenicero (en paralelo junto al borde), dentro del que se encontraban otras que habrían sido depositadas anteriormente, en virtud de la posición de la primera.

Asimismo, se apreció que el vehículo llevaba en el lugar donde fue localizado un número de días que permiten estimar que su desplazamiento se efectuó en la fecha del doble crimen. Aunado a ello, es lógico deducir que el automóvil fue utilizado por el autor de los asesinatos, único al que interesaría recoger los casquillos de los proyectiles disparados por el arma con que se cometieron los delitos, quien habría perdido uno de ellos en su interior. En tal virtud, el vehículo debió ser trasladado a esa otra ciudad con posterioridad a la fecha en que se dio muerte a las víctimas, con el objeto de abandonar el lugar donde se cometieron las acciones.

De ese cúmulo de indicios, el tribunal infirió que, al haber sido el acusado el último en utilizar el vehículo, el que luego abandonó y en el que se encontró el referido casquillo, es concluyente que fue él quien cometió ambos asesinatos, los que se consumaron en la vivienda de las víctimas, a donde ingresó sin problemas, debido a la relación de amistad existente²⁰⁹. A la vez, a partir de los

²⁰⁹ En virtud de casación promovida contra el fallo, se dictó la STS 3350/2008, de 13 de junio, en la que se consideró: “[...] la Audiencia, que en su riguroso análisis de la información resultante de la vista, ha entendido con total corrección que la hipótesis del instructor, luego la acusatoria, es la que mejor explica. En efecto, como bien entiende la Audiencia, es la única que integra armónicamente todos los rastros relevantes encontrados en el contexto de la acción: el fundamental de la existencia de la colilla en el auto, asociado a la existencia en él del casquillo; datos ambos que sirven para dar cuenta de la manera más racional de la presencia del turismo en el lugar donde fue hallado; al que no podría haber sido trasladado por [la víctima], cuando ya había fallecido. El desplazamiento del vehículo debió tener como punto de partida la casa de aquél, donde, obviamente, se encontraban las llaves. Y por la fecha en que se produjo y por lo que contenía (el casquillo, en particular), ésta debió ser la del doble crimen. Que, claramente, hubo de ser realizado por alguien en condiciones de ser recibido con normalidad en la vivienda, circunstancia que concurre en [el acusado], al que, la presencia de la colilla, señala con certeza práctica como la última persona que pilotó aquél, del mismo modo que el casquillo sirve para precisar el momento de hacerlo. Además, [el acusado] habría necesitado disponer de otro medio de transporte para alejarse de la zona. Precisamente, alguno de los ofrecidos por cualquiera de las estaciones próximas al lugar del

hechos probados, el órgano jurisdiccional determinó también la condena por los delitos de tenencia ilícita de armas y robo de uso de vehículo de motor.

Hasta aquí, por el momento, los ejemplos concretos, debiéndose aclarar que no sólo mediante prueba pericial pueden acreditarse los indicios, sino que puede servir para tales efectos cualquier prueba (incluso indiciaria); lo importante, en todo caso, es que el indicio se encuentre plenamente acreditado. Sobre este aspecto se abordará lo pertinente más adelante.

Por último, es oportuno agregar que también en el plano internacional se ha reconocido la importancia y utilidad de la prueba indiciaria para alcanzar la convicción judicial.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos da cuenta de dicho reconocimiento en la valoración probatoria que desarrolla el propio órgano, como se desprende de la STEDH de 18 de enero de 1978 (Irlanda vs. Gran Bretaña), en la que consideró: “Para evaluar estas pruebas, el Tribunal adopta la norma de la prueba ‘más allá de toda duda razonable’, pero añade que dicha prueba puede seguir de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas.”

El criterio ha sido reiterado, entre otras, en las SSTEDH de 7 de octubre de 1988 (Salabiaku vs. Francia), 25 de septiembre de 1992 (Pham Hoang vs. Francia), 27 de junio de 2000 (Salman vs. Turquía), 20 de marzo de 2001 (Telfner vs. Austria), 10 de abril de 2001 (Tamli vs. Turquía) y 8 de abril de 2004 (Tahsin vs. Turquía)²¹⁰. En ésta última expresa el Tribunal, reiterando los conceptos del pronunciamiento de 1978, lo siguiente: “La norma requerida a los fines de la Convención de la prueba ‘más allá de toda duda razonable’, podrá

estacionamiento. Como se ha visto, todo ese nutrido conjunto de elementos se integran a la perfección, como en un *puzzle* bien armado, en la versión de la sentencia; en cambio, la propuesta por el recurrente de que el autor del doble crimen hubiera podido ser un tercero, dejaría sin explicación, precisamente, la presencia en el marco de los hechos de los elementos indiciarios más significativos.”

²¹⁰ RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 235 y 236. Las SSTS 31/2009, de 2 de enero, y 79/2009, de 7 de enero, entre otras, hacen relación de la jurisprudencia del TEDH en esta materia.

seguir de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas [...].”

Asimismo, distintos pronunciamientos de los tribunales penales internacionales han admitido también que mediante prueba indiciaria es posible la acreditación de los elementos subjetivos del tipo penal, como se lee en ciertos pronunciamientos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente²¹¹.

Una vez concretada la utilidad y trascendencia de la prueba indiciaria, deviene imprescindible ahondar en su concepto y naturaleza jurídica, para luego estudiar los distintos elementos que conforman su estructura.

3.3) Concepto y naturaleza jurídica de la prueba indiciaria

Previo a formular un concepto, es preciso destacar que la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria ha propiciado un nutrido debate entre quienes la consideran un verdadero medio de prueba y quienes le niegan tal carácter.

Para DE SANTO, por ejemplo, los indicios constituyen un medio de prueba crítico e indirecto, añadiendo que el error de no conferirles tal naturaleza “estriba en considerar el hecho en sí mismo, aislado de la inferencia que de él obtiene el juzgador y que constituye su fuerza probatoria”²¹².

Según RIVERA MORALES, la prueba indiciaria se ubica dentro de los medios de prueba, pues constituye un hecho mediante el cual, por vía de la inferencia, se logra conocer otro hecho desconocido. En tal sentido, según aprecia, el indicio ingresa al acervo probatorio en razón de otros medios de prueba, lo que determina que ha sido probado previamente y teniendo constancia de esto en

²¹¹ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana: *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 224. Se refiere la autora, entre otras, a las sentencias de 20 de febrero de 2001 (*Appeals Chamber Judgment, Prosecutor vs. Delalic et al.*) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y de 22 de enero de 2002 (*Appeals Chamber Judgment, Prosecutor vs. Kamuhanda*) del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

²¹² DE SANTO, Víctor: *La prueba judicial...*, cit., pág. 672.

autos es que se hace posible cumplir la función que como medio de prueba tiene²¹³.

Por su parte, para DEVIS ECHANDÍA, el indicio es un verdadero medio de prueba, el que conceptualiza de la manera siguiente: “[...] un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.” El autor señala que la doctrina mayoritaria reconoce a los indicios el carácter de medio de prueba²¹⁴.

En ese contexto, acota el autor que existe una clara diferencia entre la presunción judicial o de hombre²¹⁵ y el indicio, pues sólo éste es un medio de prueba, mientras que aquélla es calificada como “un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimiento especializados (que suministran los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera”. El indicio, afirma, es la prueba, y la presunción, la consecuencia de la regla de la experiencia o la técnica que permite valorarla²¹⁶.

Ahora bien, otra parte de la doctrina afirma que la prueba indiciaria no configura un verdadero medio de prueba, entre otras razones, porque la ley procesal no regula un procedimiento concreto para su práctica, como sucede con los otros actos de prueba a los que sí se les reconoce tal naturaleza²¹⁷.

²¹³ RIVERA MORALES, Rodrigo: *Las pruebas en el derecho venezolano*, Librería J. Rincón G., Barquisimeto (Venezuela), 2009, págs. 365 y ss.

²¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, págs. 587 y 589.

²¹⁵ La doctrina suele hablar de presunciones como aquel juicio lógico del legislador o del juez que llevan a considerar cierto un hecho. Las primeras, las efectuadas por el legislador, son denominadas “legales” y vienen recogidas en la norma, clasificándose en *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contrario) y *iuris tantum* (que admiten prueba en contrario); las últimas mencionadas quedan a cargo del juez y se denominan “simples”, “de hombre” o “judiciales” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, págs. 577-579). En términos generales, cabe afirmar que las presunciones legales carecen de mayor incidencia en el proceso penal y, especialmente, en lo que atañe a la actividad probatoria dentro de éste, materia de la investigación.

²¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, págs. 587-589.

²¹⁷ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 68.

MIRANDA ESTRAMPES, sobre el tema, además de reiterar la inexistencia de reglas de procedimiento, explica que la prueba indiciaria en el proceso penal no constituye un medio de prueba, sino una institución probatoria idéntica a la prueba de presunción judicial y, matizando concretamente, resalta que el indicio es un elemento de esa compleja estructura. A partir de tal noción, concluye el autor que la presunción judicial y, con ella, la prueba indiciaria, encaja como “actividad intelectual del juzgador, presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, y tiene su apoyo en una afirmación base o indicio que debe estar totalmente acreditado”²¹⁸.

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ –en quien se apoya MIRANDA ESTRAMPES–, resalta que al hablar de presunciones e indicios se hace referencia a una única institución estudiada desde dos diversos puntos de vista. Así, explica: “La prueba de indicios sería la formación de nuevos hechos partiendo de los indicios suministrados por otros medios de prueba y con aplicación de las máximas de la experiencia”; mientras que presunción es “aquella actividad intelectual probatoria del Juzgador [...] por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entra ambas afirmaciones.” A partir de ello, apunta que lo que se concluya del estudio de los indicios es aplicable a las presunciones, no debiendo considerar ambos conceptos como dos instituciones probatorias distintas, en especial, al entender que si un indicio no se refleja a lo externo en una presunción, no tiene trascendencia jurídica alguna²¹⁹.

En tal sentido, el autor niega que la presunción se ubique dentro de los medios de prueba, pues mientras que éstos sirven de instrumento para trasladar la realidad al juzgador, en aquélla es el propio juez quien extrae de unas afirmaciones probadas sus lógicas consecuencias; es decir que no se traslada realidad alguna al juez, sino que es él quien realiza un raciocinio lógico que le lleva a conclusiones fácticas. Asimismo, añade que de los medios de prueba se obtienen afirmaciones instrumentales que se comparan con las

²¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 225.

²¹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De la prueba de las obligaciones”, cit., págs. 556 y 557.

afirmaciones iniciales formuladas por las partes para deducir la veracidad o no de éstas; en cambio, en la presunción se parte de afirmaciones instrumentales obtenidas de los propios medios de prueba y depuradas mediante las reglas de valoración, las que si bien se encuentran dispuestas para la comparación, constituyen, a la vez, base calificada para la formulación de nuevas afirmaciones²²⁰.

El autor, con el fin de evitar erróneas interpretaciones, diferencia las reglas de apreciación de la prueba de las presunciones, acotando que si bien ambas descansan en máximas de la experiencia comunes, las primeras tienen un carácter genérico, con independencia del hecho concreto a probar, mientras que las presunciones se encuentran en íntima conexión con la afirmación de la que surgen, sin que puedan ser generalizadas²²¹.

Por último, reitera que existe identidad entre la estructura, naturaleza y función probatoria de la presunción judicial utilizada en el proceso civil y la prueba indiciaria del proceso penal, con las evidentes notas características en su tratamiento, derivadas no de su naturaleza como presunción, sino de los distintos principios que informan a uno y otro proceso²²².

Conforme a las ideas anteriores, se aprecian con claridad las nociones que hacen factible establecer la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria, descartando que se trate de un medio de prueba.

²²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "De la prueba de las obligaciones", *cit.*, págs. 571-573. Advierte este autor que los medios de prueba exigen de normas de procedimiento para su práctica, mientras que las presunciones no requieren norma alguna para ello; a la vez, aquéllos deben ser propuestos por las partes, y éstas últimas, en cambio, para ser utilizadas por el juzgador, no requieren de su proposición por las partes, al punto que no se establece normativamente tiempo o forma para tal proposición. Además, aclara que la presunción propiamente dicha se forma en la mente de los jueces luego de practicadas las pruebas –esto es, con posterioridad al juicio oral, en el contexto del proceso penal– y previo a dictar sentencia, de forma que "una vez el tribunal ha valorado los resultados de las pruebas introducidas en el proceso, cuando entre los hechos en principio probados existen algunos susceptibles de servir como indicios, extraerá de ellos las correspondientes presunciones"; por ende, entiende que siendo el indicio la base de la presunción, es natural que no exista procedimiento probatorio que regule su producción, ya que resulta imposible el sometimiento de una "operación lógico-deductiva" a reglas externas.

²²¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "De la prueba de las obligaciones", *cit.*, pág. 573.

²²² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Función del indicio...", *cit.*, pág. 704. Por su parte, para MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 227, la única distinción entre prueba indiciaria y presunción judicial radica en el diferente protagonismo que se les otorga en el proceso penal y en el proceso civil, respectivamente.

A su vez, es dable formular un concepto de ésta en los términos siguientes: actividad intelectual del juzgador que, tomando como base enunciados sobre hechos que se estiman previamente constatados en el proceso (indicios), le permite concluir en la verificación de otros enunciados fácticos (afirmaciones presumidas), a los que arriba mediante un razonamiento que determina la existencia de un nexo directo y lógico entre aquéllos y éstos.

En otras palabras, la prueba indiciaria parte de unos hechos que se consideran plenamente acreditados o indicios, de los cuales, mediante una operación intelectual que se desarrolla por entero en la mente del juez, se concluye en la constatación, es decir, se logra “presumir” el acaecimiento de aquellos otros hechos que dan lugar a la aplicación de la norma jurídica, conclusión que se deriva del enlace concreto existente entre ambos.

Así, la prueba indiciaria, en virtud de su aptitud para formar la convicción judicial, denota gran relevancia para la demostración de los elementos fácticos que fundan la causa y, como tal, compone una actividad intelectual a cargo del juez que encaja perfectamente en la teoría de la prueba procesal.

Por su parte, tomando en cuenta la identidad de las instituciones que son objeto de análisis, es dable afirmar la aplicabilidad de la doctrina acerca de la prueba de presunción judicial elaborada en el marco del Derecho procesal civil, a la prueba indiciaria estudiada en el proceso penal²²³, sin que con ello se dejen de lado las necesarias matizaciones que deben hacerse en cuanto al específico tratamiento legislativo y los distintos principios que informan a uno y

²²³ En el caso español, las normas que regulan el proceso penal no contienen referencia alguna a la prueba indiciaria, incluyendo el término indicio como sinónimo de sospecha. En tal sentido, cabe citar el artículo 384 de la LECr: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada [...]”. Por el contrario, las normas concernientes al proceso civil contienen preceptos específicos al respecto; de esa cuenta, señala el artículo 386 de la Ley de enjuiciamiento civil: “Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.” Para los efectos pertinentes, el artículo 385.2 regula: “Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.”

otro proceso²²⁴ (cuestión que, como se mencionara en su oportunidad, ha de tenerse presente siempre que se intente formular conceptos comunes en materia de prueba procesal).

Esa identidad se refleja en sentencias del TS, en las que, al conocer de impugnaciones interpuestas en procesos penales, ha hecho aplicación de las normas del ordenamiento procesal civil relativas a las presunciones judiciales. Por ejemplo, entre otras, en la STS 8452/2006, de 1 de diciembre, se expone:

“En este control casacional, la valoración enlazada de los indicios acreditados y la conclusión o hecho-consecuencia alcanzada [...] aparece totalmente razonable y acorde con la exigencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano como establece el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sucesor del anterior art. 1253 del Código Civil, en relación a las presunciones judiciales con aplicación a la prueba indiciaria.”

Ante ello, ahondando en el estudio sobre la naturaleza jurídica de la prueba indiciaria, resulta pertinente citar a MONTERO AROCA, quien, al abordar lo relativo a las presunciones judiciales en el proceso civil, advierte que no son verdaderos medios de prueba, pues no conllevan una actividad que permita incorporar una fuente de prueba al proceso²²⁵. De esa cuenta, para el autor, las presunciones se resuelven en un razonamiento elaborado para el caso concreto por el juzgador, con evidentes efectos probatorios, revistiendo, en sus palabras, un “método para probar”²²⁶.

Según GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ, las presunciones no constituyen auténticos medios de prueba, pues no se proponen por las partes ni existe forma de llevarlas a la práctica; en ese sentido, no conllevan la realización de actividad o actuación alguna de la que puedan provenir resultados cuya valoración corresponda al juez. Asimismo, distinguen las presunciones de las reglas de valoración de la prueba, específicamente de las

²²⁴ Así se manifiesta DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 388, destacando la identidad de estructuras existente entre la prueba de indicios en materia penal y la denominada prueba de presunciones del proceso civil, cuyas únicas diferencias derivan de los principios que inspiran a uno y otro proceso, en especial lo relativo a la carga de la prueba.

²²⁵ Véase nota a pie de página número 34 de este capítulo.

²²⁶ MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 164 y 165. El autor apoya su criterio en la Exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento civil española, en la que se indica: “Introducidas en la presente Ley las presunciones como método de fijar la certeza de ciertos hechos [...]”.

máximas de la experiencia, pues éstas últimas se limitan a ser métodos de valoración de los resultados producidos por otros medios de prueba, determinando la certeza o verosimilitud que de ellos se obtenga, no pudiendo derivar de ellas, como sí sucede con las presunciones, la prueba de hechos ajenos a aquellos sobre los que recaiga la actividad probatoria²²⁷.

Por último, explican que las presunciones son operaciones “lógico-deductivas” que realiza el juez por sí mismo, con el objeto de que, a partir de la constatación de los indicios, esté en posibilidades de concluir en la prueba de un hecho distinto, sobre el que no ha recaído actividad probatoria²²⁸.

DÍAZ FUENTES, en igual sentido, niega el carácter de medio de prueba a las presunciones, fundándose en la inexistencia de normas de procedimiento que regulen su realización, a diferencia de lo que sucede con los medios de prueba reconocidos legalmente, a la vez que reitera que no se exige proposición previa de las partes para que se desplieguen en el proceso sus efectos probatorios²²⁹.

En igual sentido se expresa ORTELLS RAMOS, para quien las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho de la sentencia, pero no como medio de prueba que es valorado, sino como operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada, es decir, ya valorada, por lo que no existe proposición ni práctica de aquéllas²³⁰.

En conclusión, la prueba indiciaria o prueba de indicios, de naturaleza idéntica a la prueba de presunción judicial²³¹, no constituye un medio de prueba propiamente dicho²³².

²²⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil...*, cit., págs. 520 y 521.

²²⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil...*, cit., págs. 519 y 520.

²²⁹ DÍAZ FUENTES, Antonio: *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil: tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 370. En igual sentido se expresa VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “La ‘prueba en contrario’ en las presunciones judiciales”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 (2001), pág. 153, refiriendo que la Ley de enjuiciamiento civil española, acertadamente, no consideró a las presunciones como medios de prueba, razón por la cual no debe proponerse prueba de presunciones, al contrario de lo que sucede con los verdaderos medios de prueba, los que sí se proponen y articulan.

²³⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, cit., pág. 373.

²³¹ Para MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes: “Evolución histórica de las presunciones. Dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana”, en: *Revista Jurídica del Notariado*, nº 58

En cambio, si bien la prueba indiciaria denota una actividad inmersa en la dinámica de la prueba procesal, de primordial importancia para ésta, compone una operación intelectual que el juez lleva a cabo siempre que se originen las condiciones para ello (es decir, siempre que existan indicios que, por su especial nexo con hechos desconocidos y trascendentales para la causa, hagan procedente la conclusión sobre éstos), aun sin solicitud de parte, la que no es necesaria que conste a efecto de que el tribunal esté en posibilidades de recurrir a aquélla, al punto que el ordenamiento procesal carece de normas que regulen su proposición o diligenciamiento²³³.

Asimismo, cabe mencionar que los medios de prueba arrojan distintos datos de cuya valoración extrae el juez las afirmaciones instrumentales que al ser comparadas con las afirmaciones iniciales propuestas por las partes permiten determinar la exactitud o no de éstas. Por su parte, en la prueba indiciaria, partiendo, precisamente, de aquellas afirmaciones instrumentales, se logra concluir en nuevas afirmaciones que concretan la verificación sobre los hechos de la causa.

En ese contexto, y como punto esencial para diferenciar ambos conceptos, es menester denotar que mediante la prueba indiciaria, a diferencia de lo que ocurre con los medios de prueba, no se introducen al proceso datos que precisen de ulterior valoración. En efecto, tales datos, surgidos de los medios de prueba previamente practicados, y luego de su valoración por el juzgador, han dado lugar ya a la formulación de las afirmaciones instrumentales (indicios) de las que se extraen, mediante un juicio lógico, nuevas afirmaciones que, según sea el caso, dan cuenta de la acreditación de hechos sobre cuyos enunciados no ha recaído prueba alguna.

(abril-junio 2006), págs. 264 y 265, la presunción no es un medio probatorio, sino un elemento más del mecanismo de la prueba compuesto por el hecho-base (indicio), el hecho presunto y el nexo lógico entre ambos.

²³² COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 266, concluye que las presunciones no son medios de prueba, sino uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que el juez lleva a cabo para dictar sentencia.

²³³ Para DELGADO GARCÍA, Joaquín: "Prueba de indicios", *cit.*, pág. 399, si bien nada impide que las partes propongan la prueba indiciaria, su omisión en nada afecta el resultado pretendido.

Con todo ello, habiendo negado a la prueba indiciaria el carácter de medio de prueba²³⁴, de las notas antes expuestas cabe extraer los elementos que, por conformar su estructura, hacen necesaria su delimitación conceptual²³⁵.

3.4) Delimitación de conceptos

Como punto de partida, y aunque se entiende mencionado en las nociones anteriores, es necesario señalar que si bien la prueba indiciaria estudiada en el proceso penal se identifica con la prueba de presunciones concebida en el proceso civil, indicio y presunción no significan lo mismo, siendo el primero un elemento en la estructura de la segunda. La doctrina, salvo determinadas excepciones²³⁶, ha hecho importantes esfuerzos por diferenciar ambos términos.

3.4.1) Presunción, indicio y afirmación presumida

El término “presumir”, según explica SILVA MELERO, es una irradiación de la capacidad mental del hombre, como presentir, creer, suponer o saber, y el término presunción se refiere a una “conjetura” –aunque, como se apreciará

²³⁴ Así lo indica también la STS 6953/2009, de 5 de noviembre: “[...] se ha dicho que más que una prueba estaríamos en presencia de un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba. En cualquier caso, como queda dicho, la prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos (cfr. SSTS 947/2007, 12 de noviembre y 456/2008, 8 de julio).”

²³⁵ En cuanto a los antecedentes históricos de la prueba indiciaria, refiere SILVA MELERO, Valentín: “Presunciones e indicios en el proceso penal”, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 176 (julio-agosto 1944), págs. 537 y 538, que en el Derecho romano no existía una doctrina legal al respecto, aunque su uso se confirma por determinados principios y por la práctica judicial. Fue la Iglesia la que asignó gran importancia a los indicios dentro del sistema de pruebas legales, llegando a sistematizarlos, de forma que estableció una clasificación que dotaba al juez de una valoración predeterminada, según su calidad. En el siglo XVI se adquirió una mejor noción del tema, aunque resulta curiosa, a decir del autor, la “tabla indiciaria de todas las acciones humana posibles”, elaborada por Francisco CASONIUS, quien los dividía en ocho grupos: en relación a la persona, causa del delito, hecho anterior al delito, hechos coetáneos, hechos posteriores, hechos que no pueden ser atribuidos al inculpado, valoración de las manifestaciones del imputado y valoración del silencio, incluso ante el tormento.

²³⁶ Para LESSONA, Carlos: *Teoría general de la prueba en Derecho civil o exposición comentada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.: parte general: confesión e interrogatorio*, traducción de Enrique AGUILERA DE PAZ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, pág. 6, las palabras presunción, indicio, conjetura, signo o sospecha son equivalentes.

oportunamente, no se comparte el empleo de este término como sinónimo de presunción— en virtud de la cual, “para un caso concreto, se admite la existencia de un hecho no directamente probado, mediante deducción de la experiencia común”²³⁷.

CARNELUTTI, por su parte, diferencia la presunción de la fuente de presunción, que es el hecho utilizado para la deducción²³⁸, es decir, el indicio, en la compleja estructura de la prueba indiciaria.

Para DE SANTO, el indicio se diferencia de la presunción, pues aquél puede ser previo, simultáneo o posterior al hecho que se pretende probar, mientras que ésta sólo aparece después de que ese hecho y el indicio han acaecido²³⁹.

RIVERA SILVA señala que “el indicio es un hecho conocido del cual se infiere necesariamente la existencia de otro hecho desconocido llamado presunción”. Para este autor, las presunciones no son más que una forma de apreciación de los hechos conocidos, por lo cual no pueden llevarse como tales al proceso, en cambio, se ofrecen en los datos aportados por los otros medio de prueba²⁴⁰.

BORJA OSORNO intenta también explicar la diferencia que existe entre indicio y presunción, advirtiendo que el primero es algo cierto y conocido, a partir del cual, por vía del razonamiento o la experiencia, se deduce la presunción. Según expone, no deben confundirse ambos conceptos, pues el segundo presupone la existencia de un punto de partida del que la experiencia extrae una conclusión. Asimismo, aclara que no es posible utilizar el término conjetura para referirse a la presunción, pues aquélla hace necesario que el hecho del que se concluye sea dudoso, no cierto, al contrario de lo que acontece con ésta²⁴¹.

²³⁷ SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, cit., pág. 113.

²³⁸ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, cit., págs. 70 y 71.

²³⁹ DE SANTO, Víctor: *La prueba judicial...*, cit., pág. 673.

²⁴⁰ RIVERA SILVA, Manuel: *El procedimiento penal*, Editorial Porrúa, México, 1963, pág. 245.

²⁴¹ BORJA OSORNO, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla (México), 1969, págs. 394 y 395.

ALSINA llama indicio a “todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”; son, según señala, circunstancias que por sí no tienen valor alguno, pues no persiguen suministrar prueba, pero que al ser relacionadas entre sí adquieren relevancia. La presunción, en cambio, la configura como la consecuencia que deviene de encontrar caracteres comunes entre los indicios, lo que supone una doble operación mental, inductiva y deductiva, pues primero se parte de los hechos hasta llegar a principios generales, para luego aplicar éstos a unos hechos en particular, logrando afirmar que “en iguales circunstancias éstos se comportarían de la misma manera”²⁴².

Ambos conceptos, según aprecia el autor, son independientes, aunque complementarios, pues un indicio es el punto de partida para establecer una presunción. Es el análisis de los hechos, es decir, de los indicios, lo que permite arribar a un principio general: la substancia de la presunción, mediante el cual se logra presumir la existencia de otro hecho. A raíz de ello, afirma que esta prueba constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es ese principio general, la premisa menor el indicio y la conclusión el hecho que se pretende conocer²⁴³.

A partir de las notas anteriores, y con el objeto de evitar confusiones innecesarias, resulta conveniente, en primer término, no identificar la presunción con la conclusión o afirmación presumida.

A ese respecto, claramente diferencia ambos conceptos ARAGONESES ALONSO, al explicar que la presunción es la “operación mental” por la que se obtiene la conclusión²⁴⁴.

²⁴² ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, cit., págs. 683 y 684.

²⁴³ ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, cit., págs. 684 y 686.

²⁴⁴ ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Curso de Derecho...*, cit., pág. 301. En igual sentido se expresa DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La prueba indiciaria en la jurisprudencia constitucional”, en: MIR PUIG, Santiago, et al.: *La sentencia penal*, cit., pág. 330.

Aunado a esta explicación, podría decirse, como sostiene SERRA DOMÍNGUEZ, que existe diferencia entre la actividad, es decir, la presunción, que es la operación mental, y el resultado, que es la conclusión, la afirmación que se presume o “afirmación consecuencia”, como la denomina. De esa cuenta, para este autor, la presunción es la “actividad intelectual probatoria del juzgador que de la afirmación base extrae una nueva afirmación”²⁴⁵.

El concepto de presunción que plantea el profesor SERRA DOMÍNGUEZ, cual operación mental²⁴⁶, coincide con el concepto que de prueba indiciaria se ofreció con anterioridad, lo que evidencia que se trata de una misma institución con distintas denominaciones²⁴⁷.

Así las cosas, la presunción²⁴⁸, como noción inmersa en la función del intelecto²⁴⁹, es, en términos generales, una actividad mental a cargo del juez,

²⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963, págs. 30 y 31. Expone el autor que la confusión entre presunción y afirmación presumida redundaría en perjuicio de la claridad del concepto. Sin embargo, su punto de vista va más allá, pues señala que identificando la prueba de indicios con la presunción y reduciendo el concepto de “indicio” al de hecho-base de ésta, ambos términos (indicio y prueba de indicios) resultan “totalmente irrelevantes, estériles y contraproducentes, por lo que sería conveniente su desaparición” (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De las presunciones”, en: ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código civil...*, cit., pág. 582). Aunque interesante, el punto de vista expuesto no se acoge del todo en esta investigación, pues en nada perjudica al estudio de la actividad probatoria el uso adecuado de ambos términos, en cambio, la hace más comprensible, siempre que éstos sean entendidos en su sentido correcto, sin acudir a infundadas diferencias entre la prueba indiciaria y la prueba de presunciones. En todo caso, “indicio” y “prueba indiciaria” son términos comúnmente utilizados por la doctrina y, especialmente, por la jurisprudencia, motivos por los cuales su uso es preferido en este trabajo.

²⁴⁶ La presunción, explica VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 271, es “un procedimiento lógico que permite relacionar dos hechos en una relación de causalidad o de dependencia entre sí”.

²⁴⁷ En el apartado 3.3 de este capítulo se ofreció un concepto de prueba indiciaria en los términos siguientes: “actividad intelectual del juzgador que, tomando como base enunciados sobre hechos que se estiman previamente constatados en el proceso (indicios), le permiten concluir en la verificación de otros enunciados fácticos (afirmaciones presumidas), a los que arriba mediante un razonamiento que determina la existencia de un nexo directo y lógico entre aquéllos y éstos”. El concepto también se asemeja a la definición que de prueba de presunciones se expone en la STS (Sala de lo Civil) 2180/1999, de 29 de marzo, en la que, después de afirmar que tiene “naturaleza de prueba indirecta o indiciaria”, se indica: “[...] se puede definir como, aquella prueba que parte de un hecho-base que requiere demostración y del que surge un hecho-deducido a través de un razonamiento lógico.”

²⁴⁸ La presunción, expone MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes: “Evolución histórica...”, cit., pág. 264, es aquella actividad de inferencia del juzgador, en virtud de la cual da por probado un hecho a partir de la prueba de otro plenamente acreditado, debido a que entre ambos existe un nexo lógico.

²⁴⁹ Explica MUÑOZ SABATÉ, Luis: “Indicios probatorios en los escritos de alegaciones”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 (1969): “[...] la presunción no es ningún medio o instrumento de prueba, cual pudiera serlo el testigo, el documento o la pieza de convicción sino una actividad pensante que por tanto pertenece de lleno a la dinámica psicológica, imposible de reducir a esquemas o lineamientos jurídicos, pues la presunción ni se solicita, ni precluye, ni se procedimenta, limitándose casi simplemente la Ley con exigir que tenga ‘un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano’ (España), o que sean

es decir, la operación intelectual en la que se desenvuelve y construye ese complejo razonamiento que es el objeto central de estudio: la prueba indiciaria. Por ende, debe entenderse que al hablar de la estructura y elementos de la prueba indiciaria, se relacionan, precisamente, la estructura y elementos de la presunción.

En ese sentido, las presunciones, explica SERRA DOMÍNGUEZ, se fundan en el “principio de normalidad”, según el cual, en el acontecer de las fuerzas de la naturaleza, incluidas las actividades humanas, existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos. Dicho principio interviene en todos los ámbitos naturales, rigiendo con más valor en tanto más fuerza adquieren las leyes de la naturaleza, y encontrando su máxima expresión en el mundo físico, por lo que el juez puede aplicarlo con confianza ante situaciones producidas de forma natural regidas tan sólo por las leyes físicas²⁵⁰.

Asimismo, anota que el principio de normalidad se encuentra relacionado con el de causalidad, que determina que “unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos; y tiene justificación en la existencia de unas leyes más o menos inmutables, según su naturaleza, que regulan de una manera uniforme el constante devenir del universo”. En tal sentido, refiere que es evidente la aplicación del principio de causalidad, en tanto si “normalmente” un determinado efecto está precedido de una específica causa, de probarse positivamente aquél, se entenderá también probada positivamente ésta²⁵¹.

No obstante, si el efecto puede ser provocado por causas distintas, la prueba de aquél no conllevará la prueba concreta de todas sus causas, sino únicamente la prueba abstracta de una de éstas. Así, la causa específica, productora del efecto probado, sólo se tendrá por probada en virtud del principio de oportunidad, según el cual, “dadas unas determinadas

‘graves, precisas y concordantes’ (Francia e Italia), exigencias todas ellas que en el fondo no dejan de representar una evidente tautología, pues la trabazón lógica no es sólo un requisito de las presunciones sino de todo tipo de razonamiento.”

²⁵⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Normas de presunción...*, cit., págs. 23-25.

²⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De las presunciones”, cit., págs. 561 y 562. Es sobre dicha base que el autor considera erróneo ubicar a la prueba indiciaria por debajo, en términos de fiabilidad, de los distintos medios de prueba.

circunstancias se puede excluir ‘normalmente’ la presencia de un cierto número de causas, por lo que la investigación queda reducida a una sola causa, que podrá considerarse como la única productora del efecto”²⁵².

Conforme a lo anterior, es claro el fundamento lógico de las presunciones, condicionado por los principios que determinan la constatación, a partir de un hecho conocido, de otro desconocido, por ser uno causa “normal” del otro, en tanto se excluya, con base en criterios racionales, cualquier otra causa posible²⁵³.

Ahora bien, por indicio se entiende aquel dato que se estima debidamente constatado, es decir, un hecho o enunciado sobre hechos (hecho-indiciante o hecho-base) que ha sido acreditado en el proceso, a partir del cual, sobre la base de un nexo concreto y directo con otro hecho distinto, se extrae la conclusión (afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia) acerca de la constatación de éste último. Es esa conclusión a lo que SERRA DOMÍNGUEZ se refiere como “resultado”, distinto de la presunción como operación mental, es decir, como “actividad”.

Cabe señalar que el indicio configura un hecho efectivamente acreditado en el proceso que, por no coincidir con el supuesto fáctico recogido en la norma jurídica, su sola verificación no basta para la aplicación de ésta.

En tal sentido, la actividad intelectual del juzgador logra verificar ese hecho comprendido en el precepto normativo, pero hasta el momento incierto dentro de la causa, y que por estar relacionado con el hecho conocido puede ser

²⁵² SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “De las presunciones”, *cit.*, págs. 562 y 563. Por ello el autor afirma que ambos principios, causalidad y oportunidad, intervienen al formular la mayoría de presunciones, aunque, según aclara, el último resulta mayormente utilizado en la conformación de las presunciones legales. A ese respecto, según explica MENDONÇA, Daniel: “Presunciones”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. I, nº 21 (1998), págs. 83 y 84, citando a ULLMANN-MARGALIT, cuando se afirma que cabe la presunción legal en un caso dado, quiere decirse que el hecho genérico que da lugar a tal presunción se ha producido en esa circunstancia concreta; así, para el autor, la “fórmula” que representa las presunciones legales podría leerse de la manera siguiente: “Dado que es el caso de que p [hecho que da lugar a la presunción], debe procederse como si q [hecho presumido] fuese verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que q .”

²⁵³ Para AGUILÓ REGLA, Josep: “Presunciones, verdad y normas procesales”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 57 (noviembre 2006), pág. 46, la presunción es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera, fundada en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad.

válidamente establecido mediante una operación lógica que lleva a presumir su acaecimiento.

El indicio es ese dato conocido, el punto de partida de la presunción, la base sobre la cual opera el raciocinio para arribar a la determinación sobre la constatación de un hecho desconocido. La prueba indiciaria, entonces, parte de un hecho que se considera probado y que, por su relación con otro no acreditado, como lógica consecuencia, permite concluir en la verificación de éste último²⁵⁴.

La afirmación presumida, por su parte, corresponde a esa conclusión que, producto de la operación mental, declara que se ha verificado un hecho hasta ese momento desconocido. Conforme a ello, sobre la base del indicio, el juez lleva a cabo una actividad intelectual propia (la presunción) que origina la conclusión acerca de que el hecho de la causa existió, sin que sobrevengan dudas al respecto, en virtud de no derivarse consecuencias lógicas distintas.

Vale reiterar que el indicio se compone de aquellas afirmaciones instrumentales surgidas de la valoración de los datos aportados por los distintos medios de prueba, es decir, los hechos que se estiman acreditados por existir prueba que los corrobore. Por su parte, la afirmación presumida configura la conclusión a que llega el juzgador, mediante la cual se declara la acreditación de un hecho desconocido en virtud del nexo que le une con el indicio o indicios existentes, de forma que su corroboración no es más que la lógica consecuencia de relacionar los distintos elementos y factores de uno y otro, como operación llevada a cabo por el juzgador en su intelecto,

²⁵⁴ Sobre la clasificación de los indicios, señala DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, págs. 601 y 602, que las listas que antiguamente se elaboraban a manera de tarifa legal, con el objeto de guiar el criterio de los jueces, resultan artificiales e inútiles en la actualidad, pues, al contrario de lo que sucedía en aquellos tiempos, hoy impera la libertad en la función que aquéllos realizan para apreciar la fuerza probatoria de los indicios. Por su parte, señala CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, *cit.*, págs. 191 y 192, que los indicios no se prestan a clasificaciones, derivado de su carácter esencialmente relativo, pues “un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o inexistencia de éste”. Por último, LEGUISAMÓN, Héctor E.: *Las presunciones judiciales y los indicios*, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 89, se expresa en el sentido de estimar inconveniente la clasificación que pueda hacerse, pues no existe forma de establecer *a priori* si un indicio resultará necesario o contingente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Cabe agregar a este respecto, que en muchos de los casos las clasificaciones ideadas contribuyeron a otorgar un valor específico a cada uno de los indicios, en concordancia con el sistema de la prueba legal, por lo que es preferible descartar cualquier pretensión en tal sentido.

entendiendo que aquel indicio, es decir, su conocimiento y comprobación, es base suficiente y válida para presumir el acaecimiento de ese otro hecho.

Aunado a lo expuesto, se considera conveniente recurrir a un ejemplo concreto para comprender de mejor forma los conceptos explicados.

De lo actuado en un proceso penal instado por el delito de falsedad de documento oficial (art. 392 del CP, en relación con su art. 390.1.2), el tribunal llegó a la convicción de que el administrador y socio mayoritario (95% de las acciones) de una entidad mercantil había falsificado la documentación relativa a la autorización emitida por la Administración tributaria de que no se le aplicara a dicha entidad una determinada exención tributaria (concerniente al impuesto al valor añadido), pretendiendo con ello repercutir el impuesto en sus operaciones a sus clientes compradores y, por tanto, desgravarlo en sus declaraciones.

La condena del inculpado derivó de un conjunto de indicios plenamente probados: a) la solicitud que él dirigió, por medio de un asesor tributario, a la Administración tributaria para que no le fuera aplicada a la entidad mercantil (de la que era socio mayoritario), la exención aludida; b) la negativa de la Administración tributaria ante la solicitud, decisión que quedó firme al desestimarse el recurso de reposición que el propio acusado promovió; c) el documento falso, en el que se contenía la autorización de la Administración tributaria respecto de aquello que había sido previamente denegado; y d) la identificación del acusado como la persona que había concertado con distintas empresas para mantener relaciones comerciales con la entidad de la que era accionista, al amparo del documento antedicho, el que les hizo llegar de distintas formas (fax, mensajero y por personas no identificadas).

El tribunal que conoció en apelación, instancia en la que se condenó al encausado, consideró: "[...] si el documento falsificado únicamente favorecía a la empresa administrada por el acusado, en la que tenía el 95 por 100 del capital social, empresa que no se olvide había intentado previamente sin éxito obtener de la Agencia Tributaria autorización a fin de que no le fuera de

aplicación la exención reconocida en los arts. 20.1.27 y 26.5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto del valor añadido, pretendiendo con ello repercutir dicho impuesto en sus operaciones a sus clientes compradores y por tanto desgravarlo de sus declaraciones y si además la persona que contactó con las sociedades con las que se pretendía concertar operaciones mercantiles mediante las cuales [la entidad mercantil], les suministra género repercutiéndoles el IVA, se identificó unas veces como [...] y otras como Sr. [...], coincidiendo así el nombre y el apellido facilitados con el del acusado, un proceso mental acorde con la lógica y las reglas del criterio humano deben forzosamente llevar a concluir que el autor de la falsedad fue la citada persona."²⁵⁵

Así, en el ejemplo citado, los indicios consisten en esos hechos debidamente constatados, de los que parte la presunción y cuya veracidad está fuera de todo cuestionamiento, son: la solicitud dirigida, la respuesta negativa de la Administración tributaria a ésta, el documento falso y la identificación del acusado como la persona que concertaba con distintas empresas.

La afirmación presumida es la conclusión a que arriba el tribunal, sobre la base de los indicios, de que “el autor de la falsedad” fue el acusado.

Como corolario, la presunción es la operación intelectual llevada a cabo por los jueces, logrando extraer, a partir de los indicios y de acuerdo a “la lógica y las reglas del criterio humano”, la conclusión sobre la culpabilidad del acusado.

3.4.2) Presunción y conjetura

Resulta importante diferenciar la presunción de la simple conjetura, como sugiere BORJA OSORNO, pues en ésta se formulan suposiciones basadas en hechos no siempre conocidos, en contraposición a la necesaria acreditación del indicio, como lo exige la presunción. En palabras de PABÓN GÓMEZ, la conjetura

²⁵⁵ Extracto contenido en la STC 109/2009, de 11 de mayo, dictada en virtud de amparo interpuesto por el condenado.

“hace que el pensamiento divague con elementos de juicio puramente imaginativos” o “simples corazonadas”²⁵⁶.

En igual posición se sitúa VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, quien afirma que la conjetura arranca de datos inciertos, por lo que no configura un sinónimo de presunción²⁵⁷.

De ahí que no sea dable confundir presunción y conjetura, pues mientras la primera exige que los indicios sobre cuya base opera estén plenamente acreditados, circunstancia que evita que surjan dudas respecto de la conclusión obtenida, en la conjetura esa comprobación no se precisa, por lo que, partiendo de datos que pueden no ser ciertos, se deducen afirmaciones igualmente inciertas.

3.4.3) Los “contraindicios”

Otro concepto que merece atención es el de “contraindicio”, entendido como indicio de signo contrario²⁵⁸.

Los “contraindicios” son, según el concepto de CLIMENT DURÁN, aquellos hechos con cuya prueba se pretende desvirtuar la realidad de un hecho indiciado, ya sea por ser incompatibles ambos o por rebatir el primero la realidad de éste último; de esa cuenta, constituyen “contraindicios” las justificaciones introducidas en defensa del acusado con el objeto de desvirtuar los indicios obtenidos y que puedan afectarle²⁵⁹.

La problemática de los “contraindicios” incide en el valor que el tribunal habrá de conferirles cuando en el desarrollo del proceso se demuestra su

²⁵⁶ PABÓN GÓMEZ, Germán: *Lógica del indicio en materia criminal*, tomo I, Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pág. 152.

²⁵⁷ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos: *Curso de Derecho procesal penal*, tomo II, Artes Gráficas Helénicas, Madrid, 1962, pág. 275.

²⁵⁸ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 73.

²⁵⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, *cit.*, págs. 941 y 942; para el autor, la coartada es un claro ejemplo de “contraindicio” o indicio negativo.

inexactitud o falsedad; en otras palabras, si es dable inferir del fracaso de la versión del acusado un indicio de su culpabilidad o si, por el contrario, no cabe extraer consecuencia alguna de ello.

Al respecto, REVILLA GONZÁLEZ afirma que la sola constatación de que la hipótesis exculpatoria del procesado es mentira o, incluso, la creencia de que no resulta creíble o que es inconsistente, no puede ser utilizada como indicio de su participación en el ilícito que se le imputa. Para el autor, el simple descubrimiento de la falsedad de la coartada no pasa de ser una sospecha, carente de la prueba necesaria para que –cual indicio– pueda el tribunal, sobre su base, obtener la convicción de culpabilidad del acusado; así, la autoría delictiva no podría deducirse con certeza del fracaso de la coartada²⁶⁰.

En cuanto a ello, explica ASECIO MELLADO que las declaraciones del imputado deben ser asumidas como medio de defensa, existiendo para él, incluso, un “derecho a mentir”, ya que no existe sanción alguna en caso de hacerlo (no es juramentado para que diga la verdad²⁶¹); por ende, resulta inviable inferir de la refutación de la coartada la conclusión sobre la culpabilidad de su artífice²⁶².

En efecto, el acusado que expone al tribunal una versión sobre el hecho atribuido que en la secuela procesal se demuestra inexacta o falsa, no hace sino negar la imputación que sobre él recae²⁶³. Nada obliga al inculcado a decir la verdad sobre lo acontecido, menos aun, a aportar elementos en su perjuicio o datos que contribuyan a su propia condena; en cambio, le asiste el derecho a

²⁶⁰ REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 56, 61 y 62.

²⁶¹ Artículos 387 de la LECr: “No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas.”

²⁶² ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 125-127.

²⁶³ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 63. Asimismo, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 254, refiere que la coartada falsa, al constituir tan solo la negación de la imputación, amparada en el derecho a no confesarse culpable, no puede ser integrada como indicio en el hecho-base para construir sobre ella una inferencia.

no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable²⁶⁴, utilizando su declaración como verdadero medio de defensa²⁶⁵.

Por lo tanto, no resulta admisible extraer consecuencia alguna contra el acusado de las inexactitudes o falsedades que se aprecien de sus declaraciones. Así lo ha afirmado el TC, entre otras, en la sentencia 174/1985, de 17 de diciembre: “Ciertamente, éste [el inculpado] no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable.”²⁶⁶

No obstante, en posteriores resoluciones judiciales se ha admitido la posibilidad de valorar la coartada falsa como “corroboración” de otros indicios que incriminen al acusado en el hecho que se le atribuye²⁶⁷. Ese ha sido el criterio del TC, por ejemplo, en la sentencia 55/2005, de 14 de marzo, en la que consideró:

“[...] la futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad.”

También el TS se ha expresado en tales términos, como lo evidencia la sentencia 5272/2009, de 16 de julio, en la que se indica:

“[...] si el acusado que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tal importante dato, la STS. 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que ‘los

²⁶⁴ Artículo 24.2 de la CE.

²⁶⁵ Refiere VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, *cit.*, pág. 101, que asiste al procesado el doble derecho a refugiarse en su silencio unido al de declarar sin tener que decir la verdad, lo que le faculta para dar de los hechos la explicación o versión que más le convenga o, incluso, negarlos. Para el autor, un “derecho a mentir” del acusado sólo es sostenible si se hace derivar directamente de la Constitución, “como derecho político-cívico reconocido en un supremo homenaje a la libertad individual aun a costa de la moralización del proceso penal y de la ética y la probidad que debe observarse en los comportamientos procesales”.

²⁶⁶ En igual sentido la STC 229/1988, de 1 de diciembre, aunque no es ese el criterio sostenido en ulteriores pronunciamientos.

²⁶⁷ Aunque en contraposición a dicho criterio por entender que acarrea vulneración del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y con el único fin de evitar mayor infracción de los derechos del procesado, cabe precisar que conforme a la jurisprudencia, de la falsedad o inexactitud del relato del inculpado el juez únicamente podrá extraer un dato complementario al resto de indicios en su contra, es decir que será imprescindible siempre una actividad probatoria de cargo suficiente, sin que ese único dato “corroborante” pueda suplirla.

contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por sí solas, no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.”

Así las cosas, es menester destacar que la falsedad de la versión del inculpado puede no obedecer a la intención de ocultar su participación en el ilícito, existiendo muchas otras posibilidades al respecto, como el propio temor a que la verdad de lo ocurrido, por su espontaneidad, se torne poco creíble.

En ese orden de ideas, es evidente que del dato sobre la falsedad de la explicación ofrecida por el acusado no es posible extraer elemento alguno para alcanzar la convicción respecto de su culpabilidad²⁶⁸.

Por otro lado, aunque el tema excede a la problemática de los “contraindicios”²⁶⁹, cabe añadir que del ejercicio del derecho del acusado a

²⁶⁸ Un criterio acorde con el que aquí se sostiene se expresa en el voto particular discrepante formulado a la STS 4144/1998, de 22 de junio: “[...] quien declara y quien ejerce el derecho de guardar silencio no se encuentra en posiciones diversas; por el contrario, de la misma manera que no es posible deducir del silencio del acusado nada en su contra, la falta de verosimilitud de su versión exculpatoria no aporta absolutamente nada a la prueba de los hechos. Éstos, en ambos casos, deben resultar probados independientemente de la verosimilitud de la coartada del acusado. Dicho en otras palabras, la falta de prueba de la coartada o su inverosimilitud no constituyen la prueba del hecho negado, ni tampoco un supuesto ‘contraindicio’, que pueda ser considerado junto con otros indicios positivos, cubriendo los vacíos lógicos o empíricos que presente la prueba indiciaria. El fundamento de esta conclusión reside en la comprobación empírica que no toda coartada inverosímil significa por sí misma que el hecho alegado por la acusación sea real: la mentira del que se defiende no es en modo alguno prueba de la verdad de la acusación. En la elaboración de las exculpaciones del acusado suelen intervenir complejas evaluaciones de sus perspectivas en el proceso y, frecuentemente, concepciones jurídicas erróneas. Por lo tanto, la falta de prueba o la inverosimilitud de las mismas no debe ser utilizada como un elemento positivo de prueba respecto de los hechos que la acusación alega. De lo contrario se estaría reprimiendo procesalmente la elección errónea de una estrategia de defensa, algo equivalente a reducir este derecho fundamental exclusivamente a las defensas acertadas. Por el contrario, en la medida en la que en el ejercicio del derecho de defensa no es posible fundamentar consecuencias negativas para el acusado, tampoco es lícito inferir de la elección de defensas inidóneas elementos que sirvan para completar la prueba de la acusación. Más aun: es contrario al art. 24 CE mantener al acusado durante el proceso bajo la presión de las consecuencias negativas que para él pueda tener una defensa inadecuada.”

²⁶⁹ Respecto de la expresión “contraindicio”, en la STS 4818/2003, de 8 de julio se señala: “Originariamente fue empleada para hacer referencia a las manifestaciones exculpatorias de un acusado que su Defensa no lograba probar en el juicio o que eran desmentidas por otras pruebas. Precisamente en este sentido en la STC 174/1985 el Tribunal Constitucional precisó que no permitía fundamentar la culpabilidad del acusado, pues ‘la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero que ni aquél debe demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable’ [...]. Sin perjuicio de la falta de relevancia que le acuerda a estos supuestos elementos de prueba la jurisprudencia constitucional y cualquiera sea el valor que se le quiera otorgar a los llamados contraindicios, lo cierto es que, tomando seriamente el sentido de las palabras, si son lo contrario de un indicio es que se debe entender que carecen de efecto indiciario. Por tal razón, lo que en realidad se quiere decir es que la no credibilidad de lo afirmado en una declaración constituye un indicio de la versión acusatoria, es decir, precisamente lo que el Tribunal Constitucional ha excluido respecto de la declaración del acusado [...].”

guardar silencio tampoco pueden desprenderse consecuencias perniciosas para él²⁷⁰.

Lo contrario no sólo determinaría la ineficacia de la garantía del derecho sino que, a la postre, su ejercicio se convertiría en un indicio que opera en detrimento de la persona a cuyo favor se reconoce²⁷¹.

Sin embargo, en distintas sentencias, los tribunales de justicia han llegado a concluir –respaldando su criterio en la sentencia proferida por el TEDH al conocer el caso *Murray vs. Reino Unido*²⁷²– que en determinadas

²⁷⁰ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (coords.): *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 603, el ejercicio del derecho del acusado a no declarar no es “un indicio que constituya una prueba de cargo base de una condena”. De igual forma, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., pág. 143, indica que si se reconoce al imputado un derecho a guardar silencio, no deberían poder derivarse consecuencias perjudiciales de su ejercicio.

²⁷¹ MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 157, resalta que en las normas que regulan el proceso penal no puede imponerse al acusado la obligación o carga de declarar e, incluso, no puede permitirse al juez que extraiga consecuencias negativas del ejercicio del derecho a guardar silencio. Sin embargo, el autor reconoce que de lo dicho por el inculcado pueden desprenderse elementos de convicción.

²⁷² STEDH de 25 de enero de 1996 (*Murray vs. Reino Unido*): “47. Por un lado, es evidente que es incompatible con estos derechos fundamentar una sentencia condenatoria solamente o principalmente en el silencio del acusado o su negativa a contestar. Por otro lado, este Tribunal estima igualmente obvio que tales derechos no pueden ni deben evitar que el silencio del acusado, en aquellos casos en que claramente le es exigible una explicación, se tome en consideración para reafirmar la convicción de la prueba aportada por la acusación. Donde quiera que se trace la línea que separa ambos conceptos extremos, se sigue de esta interpretación que el derecho a guardar silencio no es absoluto. No puede, por lo tanto, decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo de un procedimiento criminal no deba necesariamente tener repercusiones cuanto el Tribunal valora la prueba en su contra. [...] 50. Ciertamente, un sistema que advierte a un acusado –con la posibilidad de que en ese momento no cuente todavía con asistencia legal, como es el caso del demandante– de que se pueden extraer conclusiones en su contra de su negativa a dar una explicación a la Policía de su presencia en el lugar de los hechos o a testificar en un juicio, tomado en conjunción con el peso del caso en su contra, entraña un cierto nivel de compulsión indirecta. [...] El TEDH estima, por último, que debe ceñirse a las circunstancias concretas del caso y que, dada la contundencia de la prueba en su contra, y que no ha quedado demostrado que el demandante ignorase las advertencias legales, si guardaba silencio, considera que no ha habido vulneración del artículo citado [6.1 y 2 del CEDH], sin entrar a valorar hipotéticas situaciones especulando lo que pudiera haber pasado si el demandante no hubiese guardado silencio.” LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; y GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, León: *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 224-228. Debe destacarse que en su sentencia, el TEDH puntualiza que para deducir consecuencias del silencio del acusado es necesario “ceñirse a las circunstancias concretas del caso”; así, resalta que en el asunto sometido a su conocimiento, la normativa procesal conforme a la cual fue detenido Murray establecía la posibilidad de extraer conclusiones contra el inculcado a partir de su silencio, quien debía ser advertido de ello, como se lee en el apartado de antecedentes de la resolución: “12. [...] Las circunstancias particulares del caso: [...] El demandante fue detenido por la policía a las 5:40 p.m. del 7 de enero de 1990, en virtud del artículo 14 de la Prevención de Terrorismo (Disposiciones Transitorias) de 1989. De conformidad con el artículo 3 de la Orden sobre Pruebas Criminales (Irlanda del Norte) de 1988 (‘la Orden’) (véase el párrafo 27 infra), fue advertido por la policía en los términos siguientes: ‘Usted no tiene que decir algo a menos que desee hacerlo, pero debo advertirle que si no menciona ante el tribunal algún hecho en el que apoye su defensa, el hecho de no aprovechar la oportunidad para hacerlo puede ser usado para apoyar cualquier prueba relevante en su contra. Si desea decir algo, lo que diga puede ser usado en su contra. [You do not have to say anything

circunstancias la ausencia de explicaciones por parte del acusado, es decir, su silencio, bien puede perjudicarle, al punto de hacer factible que, en conjunción con el resto de evidencias incriminatorias, pueda servir de fundamento para un fallo de condena. Así lo refleja la STC 202/2000, de 24 de julio:

“[...] según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. [...] Pues bien, según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria [...] o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio.”

El TS no ha sido ajeno a tal consideración, como se aprecia de lo expuesto en la sentencia 1303/2006, de 14 de febrero:

“En definitiva, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Pese a su silencio, puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas.”²⁷³

Por su parte, en la STS 8284/2000, de 15 de noviembre, con un punto de vista distinto, se destaca la imposibilidad de apreciar el silencio del procesado como indicio en su contra:

“Tampoco es valorable como ‘indicio’ el ejercicio por el acusado en el plenario de su derecho a no declarar. El acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar por tanto la prueba de su culpabilidad.

unless you wish to do so but I must warn you that if you fail to mention any fact which you rely on in your defence in court, your failure to take this opportunity to mention it may be treated in court as supporting any relevant evidence against you. If you do wish to say anything, what you say may be given in evidence.] En respuesta a la advertencia policial, el demandante precisó que no tenía que decir cuestión alguna.” Este criterio específico se reitera en la STEDH de 2 de mayo de 2000 (Condron vs. Reino Unido): “La Corte recuerda que en el caso John Murray [...] procedió sobre la base de que la pregunta de si el derecho al silencio es un derecho absoluto debe ser contestada en forma negativa. En ese caso hizo notar que el hecho de hacer inferencias de si el derecho del acusado viola el Artículo 6 es un asunto a ser determinado a la luz de todas las circunstancias del caso, teniendo en consideración las situaciones en donde pueden hacerse inferencias, el peso que les dan a las mismas los tribunales nacionales en su evaluación de la evidencia y el grado de compulsión inherente en la situación (*ibid.*).”

²⁷³ De igual forma, entre otras, la STS 3604/2007, de 30 de mayo: “Es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo –y las huellas dactilares indudablemente lo son– la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación ‘reclamada’ por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.”

La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva, y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros.²⁷⁴

En consecuencia, se recalca que el ejercicio legítimo del derecho a guardar silencio no puede conllevar un efecto negativo para el acusado, traducándose en la imposibilidad de extraer, de la materialización de dicha facultad, cual indicio que opera en su perjuicio, conclusiones que afecten el estado de inocencia que el ordenamiento constitucional le reconoce²⁷⁵; de lo contrario, no sólo se coartaría dicho derecho constitucional, sino que, indirectamente, se estaría exigiendo del acusado que asumiera una actitud concreta dirigida a demostrar su inocencia –lo que se aprecia de consideraciones como la que afirma que la prueba de cargo “reclama” del acusado una explicación al respecto–, lo que resulta contrario, precisamente, al derecho a ser presumido inocente.

3.5) Estructura de la prueba indiciaria

En principio, es menester resaltar que la prueba indiciaria, como razonamiento que es, presenta la estructura de éste. En tal sentido, cabe acotar que el razonamiento o raciocinio, según lo explica MANS PUIGARNAU, es “la operación intelectual en virtud de la cual pasamos de una cosa conocida a otra desconocida”, observándose en su conformación tres elementos

²⁷⁴ Sin embargo, en esta sentencia el silencio del acusado no es considerado como el mero ejercicio de un derecho, pudiendo ser valorado, aunque en sentido “negativo”. Según se explica en la resolución, la ausencia de una explicación no “aminoriza” ni “neutraliza” la razonabilidad de la inferencia que pueda operar a partir de los indicios constatados, dejándola “intacta”, a diferencia del efecto que podría desprenderse de una explicación razonable al respecto; en tal sentido, se señala en la resolución: “[...] mientras que una explicación razonable del acusado –que opta por no ejercer su derecho al silencio– puede mermar en su caso la eficacia demostrativa de los indicios existentes disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa, la ausencia de toda explicación no hace otra cosa que dejar intacto el rigor lógico que tuviera en su caso esa deducción, pero no suple la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismos no permiten deducir, por lo cual la cuestión de si el acusado ha dado o no una explicación se ha de valorar en el ámbito de lo que se considera lógico pero no en el del repertorio de datos objetivos y materiales disponibles como indicios.”

²⁷⁵ Para REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio...*, cit., págs. 54 y 55, asignar al silencio un valor inculpatario supone el ejercicio indirecto de una coacción moral sobre la libertad de elección entre callar o responder. El ejercicio del derecho a guardar silencio, concluye el autor, nunca podría traducirse en un perjuicio para la persona que de él se vale.

concretos. En primer lugar, la cosa conocida de la que se parte, es decir, el antecedente; por otro lado, la cosa que se trata de conocer, partiendo de la conocida, que se denomina consiguiente; y la conexión o ilación entre antecedente y consiguiente, llamada consecuencia. De esa cuenta, explica el autor que antecedente y consiguiente revisten la materia del razonamiento, mientras que la consecuencia es la forma de éste²⁷⁶.

En congruencia con lo anterior, para RIVERA SILVA, la “prueba presuncional”, como la denomina, se conforma de tres elementos específicos: a) un hecho conocido; b) un hecho desconocido; y c) un enlace necesario entre el hecho conocido y el hecho desconocido, en el que el primero se llama indicio y el segundo presunción (refiriéndose a la afirmación presumida). El enlace constituye un elemento de suma importancia, sin el cual sería imposible realizar la “inducción reconstructiva” que el proceso conlleva²⁷⁷.

En iguales términos se expresa MARTÍNEZ ARRIETA, para quien la prueba indiciaria se compone de un “hecho-indicio” al que se asocia una regla de la ciencia, una máxima de la experiencia o una regla de sentido común, logrando así la acreditación de otro hecho, el “hecho-consecuencia”²⁷⁸.

De esa cuenta, la estructura de la prueba indiciaria puede ser explicada tomando en cuenta esos tres elementos: a) el indicio, hecho-indiciante o hecho-base, es decir, el hecho conocido del que se parte; b) la afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia, que es la conclusión a que se arriba; y c) el enlace o nexo existente entre los dos elementos anteriores, indicio y afirmación presumida, que permite, como lógica consecuencia, arribar a ésta última.

En el ejemplo citado anteriormente, relativo a una condena por delito de falsedad de documento oficial, en el que se identificaron ya los indicios, la

²⁷⁶ MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969, págs. 78 y 79.

²⁷⁷ RIVERA SILVA, Manuel: *El procedimiento penal*, *cit.*, pág. 246. Para el autor, el nombre correcto sería “inducción reconstructiva” omitiendo los términos “prueba” y “presunción”, no siendo ésta última sino un elemento del proceso que comprende.

²⁷⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, *cit.*, págs. 53 y 54.

afirmación presumida y la presunción, puede también destacarse el enlace entre los primeros dos elementos.

Dicho nexo consiste, precisamente, en la relación que afirma el tribunal que existe entre los hechos-base y el hecho-consecuencia –y que le lleva a inferir éste–, relación que si bien forma parte, en su totalidad, del juicio mental efectuado, puede expresarse en esas razones que determinan el porqué se concluyó en la culpabilidad del acusado.

Los indicios constatados en el caso concreto son: a) la solicitud dirigida a la Administración tributaria para que autorizara la no aplicación de una exención relativa al impuesto al valor añadido a la entidad mercantil de la que el acusado era socio mayoritario y administrador; b) la respuesta negativa a dicha solicitud; c) el documento falso en el que se hacía constar la autorización de aquello previamente denegado; y d) la identificación del acusado como la persona que concertaba con distintas empresas para mantener relaciones comerciales al amparo del referido documento, el que les hizo llegar de distintas formas. La afirmación presumida, por su parte, consiste en la conclusión de que fue el acusado el autor de la falsificación.

De esa cuenta, la relación entre hechos-bases y hecho-consecuencia, es decir, el engarce entre éstos se explica al estimar el tribunal que si el contenido del documento alterado (indicio c) sólo habría favorecido a la entidad mercantil de la que el acusado es socio mayoritario (indicio a), solicitud que había sido intentada (indicio a), pero que la Administración tributaria había rechazado (indicio b), aunado a que la persona que contactó con las otras empresas con las que pretendía mantener relaciones comerciales, al amparo del documento falso, se identificó con los nombres del acusado (inciso d), es lógico sostener que fue éste el autor de la falsificación (afirmación presumida).

Si bien el enlace se describe mediante la exposición de las razones que determinan cómo se ha inferido la conclusión, tales razones deben dar cuenta, por sí mismas, de un juicio coherente, sobre la base de la lógica y la experiencia –de donde se desprende la exigencia de motivación de la

resolución—. En efecto, el engarce entre indicio y afirmación presumida ha de ser tal que permita a cualquiera que conozca el caso afirmar que la conclusión obtenida se vislumbra ajustada a criterios de racionalidad²⁷⁹, por no evidenciarse infundada, ilógica o antojadiza²⁸⁰.

Ahora bien, aun cuando los dos primeros elementos (indicio y afirmación presumida) han sido abordados con anterioridad, valen algunas apreciaciones más que permitan un mejor entendimiento de la estructura de la prueba indiciaria.

3.5.1) El indicio, hecho-indiciante o hecho-base

El indicio, como tantas veces se ha apuntado, es el hecho conocido a partir del cual se concluye en la verificación de un hecho desconocido.

Para MITTERMAIER, indicio es “un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aun y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido.”; asimismo, para ilustrar de mejor manera su concepto de indicio señala que es “el dedo que señala un objeto, contiene en sí

²⁷⁹ STS 4147/1998, de 22 de junio: "Criterio racional no puede ser sino el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia para, contando con el apoyo enriquecedor e inestimable de la inmediación, dejar atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura."

²⁸⁰ En la STC 109/2009, de 11 de mayo, se hacen consideraciones en cuanto al enlace existente, en el caso concreto, entre indicio y afirmación presumida: “Desde el primero de los puntos de vista apuntados hemos de afirmar la razonabilidad de la inferencia alcanzada por el órgano de apelación, a la que no cabe calificar de ilógica o de insuficiente. El engarce entre los hechos inicial y directamente probados y el elemento fáctico final e indiciariamente acreditado no desdice su carácter lógico, pues no cabe afirmar que de los hechos directamente probados (que el administrador y socio abrumadoramente mayoritario de la [entidad mercantil], a través de un asesor tributario, había solicitado de la Agencia Tributaria la autorización para que no le fuera de aplicación determinada exención tributaria que únicamente a dicha entidad mercantil beneficiaba al repercutirla en las operaciones que pudiera celebrar con sus clientes; la denegación de la autorización solicitada por la Administración tributaria; el documento alterado en que figura la concesión de la autorización solicitada a favor de aquella mercantil y que realmente había sido denegada por la Administración tributaria; la identificación con el nombre y apellidos del demandante de amparo de la persona que se puso en contacto con otras empresas ofreciéndoles operar con la [entidad mercantil], al amparo del documento alterado que se les hizo llegar por fax, por mensajero o por persona no identificada) no pueda lógicamente inferirse el hecho indiciariamente probado de acuerdo con las reglas del criterio humano o de las reglas de la experiencia común. En otras palabras, resulta conforme a las reglas de la lógica concluir, a partir de los indicios declarados probados y antes relatados, que el demandante de amparo fue el autor de la falsificación documental por la que ha sido condenado.”

mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiriera gran importancia cuando el Juez ve que tiene conexión con otro”²⁸¹.

DEVIS ECHANDÍA indica que el término indicio procede del vocablo latino *indicium*, como derivación de *indicare*, el que significa “indicar o hacer conocer algo”, función que cumple el indicio por la relación lógica existente entre el hecho indicador (el indicio) y el hecho indiciado (la afirmación presumida)²⁸².

Según ALSINA, quien, como antes se mencionó, aprecia en la estructura de la prueba indiciaria la conformación de un silogismo, el indicio revestiría la premisa menor de éste. Para el autor, el indicio puede conformar tanto un elemento del mundo físico (huellas, rastros o vestigios), como las formas del comportamiento del hombre (cualquier actitud asumida por la persona, como por ejemplo huir), que sin tener valor en sí mismas, bien pueden suministrar al juez el conocimiento de circunstancias no conocidas, de valor relevante para el proceso. Así, un hecho, una cosa o una actitud puede concebirse como indicio en tanto indiquen la existencia de una relación por cuyo medio puede presumirse otro hecho²⁸³.

El indicio es un dato fáctico acreditado con los medios de prueba legalmente previstos y que constituye la afirmación o hecho-base de la prueba indiciaria (de la presunción), el que únicamente en su función de tal adquiere trascendencia o significación probatoria²⁸⁴.

Dos cuestiones precisas cabe destacar con relación al indicio: su previa acreditación sin margen de duda y la discusión sobre si un único indicio es suficiente para que opere la presunción o si, por el contrario, se hace necesaria la pluralidad de aquéllos. Vale acotar que estos temas serán abordados más adelante, al tratar lo relativo a las exigencias que la jurisprudencia ha

²⁸¹ MITTERMAIER, C. J. A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, pág. 371.

²⁸² DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág. 587.

²⁸³ ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, *cit.*, pág. 683.

²⁸⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, págs. 227 y 228.

concretado para reconocer eficacia a la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

En principio, se parte del concepto unánimemente aceptado de que el indicio, para dar lugar a la prueba indiciaria, debe estar plenamente acreditado. En efecto, la prueba plena del indicio, como hecho-base, requiere esencialmente de que no exista duda o incertidumbre al respecto, pues, de lo contrario, la conclusión obtenida devendría también dudosa o incierta²⁸⁵. El indicio debe tenerse por cierto, si éste se considera tan sólo probable, disminuye sustancialmente el grado de certeza acerca del acaecimiento del hecho desconocido; en tal sentido, resulta lógico afirmar que de un hecho cuya consumación se estima probable no es dable inferir la certidumbre sobre la constatación de otro²⁸⁶.

Aun cuando el juicio intelectual operado a partir del indicio se verifique en estricta observancia de las reglas de la lógica, tan sólo podrá desvirtuar el estado de inocencia aquella presunción que se funde en un indicio del que no exista duda sobre su constatación. De esa cuenta, la coherencia de la conclusión extraída por el juzgador deberá aunarse al grado de convicción sobre la acreditación del hecho-indiciante, como elementos determinantes para reconocer la validez y eficacia de la prueba indiciaria.

Un punto que ha merecido especial atención es el que atiende a los medios para acreditar el indicio, existiendo autores que niegan que éste pueda resultar de la prueba de otro indicio²⁸⁷.

Conforme a ello, ha sido la desconfianza hacia la prueba indiciaria la que ha desembocado en la exigencia de que el indicio sea probado únicamente mediante prueba directa, es decir, sin emplear para ello la propia prueba

²⁸⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, cit., pág. 923.

²⁸⁶ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., pág. 71.

²⁸⁷ Por ejemplo, señala VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., pág. 71: "[...] la certeza de la conclusión disminuye cuando es necesario utilizar una cadena de indicios para llegar del hecho base al hecho consecuencia".

indiciaria. Tal noción ha dado lugar al aforismo “*praesumptio de presumptionis non admittitur*”.

TARUFFO se muestra contrario a este criterio al indicar que la estructura del razonamiento en la prueba circunstancial puede ser el último eslabón de una cadena de varias inferencias, para lo cual utiliza las denominaciones de “pruebas en cascada” o “pruebas concatenadas”²⁸⁸.

La necesaria acreditación del indicio mediante prueba directa parte de la concepción de la prueba indiciaria como subsidiaria o supletoria de aquella²⁸⁹, por tener la primera, supuestamente, mayor grado de fiabilidad.

Ante ello, además del argumento concerniente a que una limitación en tal sentido es contraria al principio de libertad de la prueba, como declara GIANTURCO²⁹⁰, cabe traer a colación, de nueva cuenta, los argumentos sostenidos con anterioridad en cuanto a la eficacia de la prueba indiciaria para formar la convicción judicial²⁹¹, situación que no puede ser objeto de cuestionamientos en lo que a la prueba del propio hecho-indiciante se refiere, pues sería infundado y objetable concebir que el hecho de la causa, y por ende, el fallo de condena, según sea el caso, pueda basarse en prueba indiciaria, mientras que el indicio propiamente dicho, que da lugar a ésta, no pueda serlo debido a una injustificada desconfianza hacia este tipo de prueba.

El mismo grado de convicción en el juzgador y, por ende, la misma eficacia de la prueba indiciaria debe reconocerse y, más aun, exigirse en uno y otro caso. Vale acotar que, como TARUFFO, ciertos autores rechazan la necesaria acreditación del indicio mediante prueba directa, por entender que no existe razón que lo justifique²⁹².

²⁸⁸ TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 107.

²⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 241.

²⁹⁰ GIANTURCO, Vito: *La prova indiziaria*, A. Guiffre-Editore, Milano, 1958, pág. 27.

²⁹¹ Véase apartado 3.2 de este capítulo.

²⁹² Entre éstos puede mencionarse a CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, cit., pág. 923, y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 241 y ss. También GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho...*, cit., pág. 154, quien señala que rechazar el proceso presuntivo o

En lo que atañe al número de indicios, la jurisprudencia española ha venido exigiendo, como regla general, la pluralidad de éstos para reconocer su fuerza probatoria, como se tendrá oportunidad de analizar.

Tal postura denota, como sostiene MIRANDA ESTRAMPES, una concepción más cuantitativa que cualitativa²⁹³ del carácter probatorio de los indicios. Sin embargo, nada impide que la presunción pueda fundarse en un único indicio, con tal que éste se torne suficiente para concluir en la constatación sobre el hecho necesitado de prueba²⁹⁴.

Contrario al criterio que exige una pluralidad de indicios, autores como CHIOVENDA advierten que un solo indicio puede ser tan importante que forme la convicción del juez²⁹⁵. En tal sentido, los propios tribunales han reconocido la posibilidad de que, como excepción a la regla, la presunción pueda operar sobre la base de un único indicio, en tanto éste revista una singular potencia acreditativa, como será explicado oportunamente.

En todo caso, el tema en discusión debe centrarse no en la cantidad de indicios, sino en la fuerza de éstos para, mediante una operación racional, inferir una conclusión que logre desvirtuar, con eficacia y en observancia de los derechos que el ordenamiento constitucional reconoce, el estado de inocencia del acusado.

Por último, vale anotar que no pueden constituir indicios para que opere una inferencia sobre la culpabilidad del acusado, los elementos de su personalidad (como ocurre con el toxicómano, el alcohólico o el vagabundo, por ejemplo) o sus antecedentes delictivos, pues ello supondría una regresión al Derecho

indiciario como prueba válida de un indicio demuestra una injustificada y exagerada minusvaloración de la prueba indiciaria. Por último, indica ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Comares, Granada, 2007, pág. 17, que en la actualidad no existen argumentos, con arreglo a la legislación procesal vigente, que sostengan el aforismo *praesumptio de presumptionis non admittitur*.

²⁹³ Según DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág. 673, en el proceso analítico y lógico que compone la prueba indiciaria, los indicios se pesan y no se cuentan.

²⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, págs. 233-236.

²⁹⁵ CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, traducción de José CASÁIS Y SANTALÓ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 372.

penal de autor²⁹⁶, contrario a los principios constitucionales en un Estado democrático²⁹⁷, en el que se limita el ejercicio del *ius puniendi* a reprimir verdaderas conductas lesivas a bienes jurídicos de especial importancia para la pacífica convivencia en sociedad, sin atender, como hecho determinante para la imposición de una pena, a la persona del agente.

3.5.2) La afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia

El hecho-indiciado o hecho-consecuencia compone la conclusión a que se arriba a partir del hecho-base o indicio y, como tal, constituye, en sentido propio, la afirmación que se desprende de la prueba indiciaria.

Así, para proferir un fallo de condena, la afirmación presumida, además de corroborar el supuesto fáctico contemplado en la norma penal, requiere que la conclusión sobre su determinación devenga como consecuencia cierta y lógica, a partir de la constatación del indicio y sobre la base del nexo que relaciona a éste y aquélla, de manera que cualquier otra conclusión se torne descartable por su irracionalidad o imposibilidad.

En el concepto de ALSINA, las presunciones *hominis* o judiciales, a diferencia de las presunciones legales –las que quedan fuera del estudio que se realiza²⁹⁸–, son aquellas a las que llega el juez sobre la base del examen de los indicios, según su “ciencia y conciencia”, es decir, sin someterse a criterios previamente establecidos por la ley. La afirmación presumida será, entonces, una consecuencia jurídica extraída de un hecho que se tiene por constatado,

²⁹⁶ Al basar el Derecho penal en el autor, señala FLETCHER, George P.: *Gramática del Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 74-75 y 235-236, el fundamento de la pena no es el delito, ni el grado de culpabilidad del delincuente, sino la persona misma del delincuente; se castiga al asesino y no al asesinato o al culpable de asesinato. Añade el autor que al centrar el Derecho penal en la persona del delincuente, no hay por qué continuar exigiendo que éste cometa un delito para poder internarlo, al punto que es factible proceder contra el delincuente potencial, es decir, alguien que no ha cometido delito, pero que tiene un carácter negativo o peligroso. Por último, refiere que en el Estado liberal, el centro de la pena lo constituye sólo el acto, nunca el carácter moral del actor ni sus antecedentes penales.

²⁹⁷ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 62. Un ejemplo práctico de esta situación, respecto de la acreditación del dolo de matar, se presenta en el apartado 3.2.2 del capítulo II, donde se citan otras notas doctrinales.

²⁹⁸ Véase nota a pie de página número 215 de este capítulo.

derivado de haber identificado caracteres comunes entre éste y el hecho que se persigue acreditar²⁹⁹.

En tal sentido, afirma VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER que la afirmación que se obtiene en la presunción es el “resultado conclusional” mediante el cual el juzgador obtiene la convicción acerca de un dato procesal³⁰⁰.

El hecho-indiciado o hecho-consecuencia, en definitiva, será la afirmación que se logra inferir a partir de la operación mental que lleva a cabo el juez, luego de relacionar el indicio, como hecho plenamente acreditado, con la situación fáctica que se busca constatar en la causa, de forma que su verificación no es más que la lógica consecuencia de aquella relación.

3.5.3) El enlace entre indicio y afirmación presumida

Se han adelantado en las líneas que preceden algunas nociones sobre el nexo que habrá de establecerse entre indicio y hecho-indiciado, como elemento trascendental en la estructura de la prueba indiciaria.

Explica RIVERA SILVA que el enlace necesario entre el indicio y la afirmación presumida se encuentra revestido de una importancia determinante, pues sin su concurrencia no sería posible concluir en ésta. Entiende el autor que ese enlace es necesario en tanto, forzosamente, el hecho presumido debió suceder de la forma como se infiere, “por estar lo desconocido empotrado en lo conocido de acuerdo con las normas de la razón”. La necesidad del enlace permite apreciar el carácter objetivo de la presunción, evidenciando que no es creación del juez ni una mera suposición³⁰¹, por el contrario, será mediante una

²⁹⁹ ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, cit., págs. 684-687.

³⁰⁰ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., págs. 277-279.

³⁰¹ Así se hizo ver en la STS 2611/1997, de 15 de abril: “La suposición no puede confundirse con la deducción. Aquella, la suposición, no es más que una mera creencia de culpabilidad, no es más que la opinión personal, subjetiva o testimonial de quien la formula, sin apoyo en datos objetivos fiables. Por el contrario, la deducción implica un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal. Es la creencia, incluso formulada de buena fe, sobre la culpabilidad, frente a la firme convicción de responsabilidad obtenida en este caso de manera indirecta sobre datos objetivos, plurales, acreditados y causalmente determinantes de aquella, lejos pues de convicciones subjetivas.”

operación intelectual, sujeta a las leyes de la lógica, que aquél logrará descubrirla³⁰².

En palabras de VÁZQUEZ SOTELO, el hecho-indiciado tan sólo puede inferirse si se logra identificar entre éste y el hecho-indiciante una dependencia o causalidad lógica o racional tal que, de producirse el segundo, aquél necesariamente debió producirse también³⁰³.

El nexo entre indicio y afirmación presumida debe guardar una relación que origine, por lógica conclusión, la constatación de ésta. De esa cuenta, si bien el hecho conocido o indicio es distinto del hecho que se pretende probar, la relación lógica entre uno y otro ha de conllevar la imperiosa verificación del segundo.

Como señala ROCHA DEGREEF: “[...] una cosa conocida no puede probar una cosa desconocida diferente, sino en cuanto se nos presente como causa o como efecto de ésta, ya que entre cosas distintas, sólo la relación de causalidad puede conducirnos de la una a la otra.”³⁰⁴

Para DEVIS ECHANDÍA, la importancia probatoria de un indicio radica directamente en que de él sea dable obtener una inferencia lógica que conduzca al hecho que se pretende acreditar, lo que se logra por la conexión existente entre ellos³⁰⁵.

Por ende, será el juez quien, al apreciar los hechos que se tienen por acreditados en el proceso, determinará si éstos le permiten concluir en la constatación de otro u otros hechos de relevancia para la solución de la controversia a partir del enlace existente entre aquéllos y éstos.

³⁰² RIVERA SILVA, Manuel: *El procedimiento penal*, cit., págs. 246-248.

³⁰³ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, cit., pág. 71.

³⁰⁴ ROCHA DEGREEF, Hugo: *Presunciones e indicios en juicio penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pág. 73.

³⁰⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, cit., pág. 621.

3.5.3.1) El razonamiento del juez

Conforme a lo expuesto, la estructura de la prueba indiciaria denota un concreto razonamiento que lleva a cabo el juez una vez que ha estimado la verificación del indicio, y será de dicho razonamiento, con base en el nexo específico que logre establecer entre hecho-indiciante y afirmación presumida, que logrará concluir en ésta última.

En ese orden de ideas, la configuración o desarrollo de la operación mental que lleva a cabo el juez y que desemboca en el hecho-indiciado ha sido explicado por algunos autores como un razonamiento deductivo, frente a quienes lo califican de inductivo.

Por ejemplo, según ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN en la prueba indiciaria se evidencia un razonamiento deductivo, pues se infieren consecuencias a partir de un principio, proposición o supuesto³⁰⁶.

Por el contrario, para MUÑOZ SABATÉ, entre otros autores, en la presunción lo que se evidencia es un razonamiento inductivo, en el que se parte de algunos caracteres de un concepto para alcanzar el contenido general de éste –la amplificación de su contenido–, estructura que constituye una inducción totalizadora, en concordancia con el método histórico reconstructivo³⁰⁷.

En este último criterio coincide RIVERA SILVA, quien, como antes fue mencionado, entiende que la presunción se funda en una “inducción reconstructiva”, en la que se tiene por existente un hecho desconocido que se constata a partir de otro conocido³⁰⁸.

Según explica MANS PUIGARNAU, en el contexto del razonamiento, el recorrido que lleva de aquello conocido a lo desconocido, es decir, el enlace entre antecedente y consiguiente, puede presentar dos direcciones, bien ir de verdades o juicios generales para inferir un nuevo juicio de carácter más

³⁰⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba por presunciones...*, cit., pág. 42.

³⁰⁷ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria...*, cit., págs. 221-223.

³⁰⁸ RIVERA SILVA, Manuel: *El procedimiento penal*, cit., pág. 246.

particular, o partir de verdades o juicios particulares para arribar a otros generales. En el primer caso se habla del razonamiento deductivo o deducción, y en el segundo, del razonamiento inductivo o inducción³⁰⁹.

En el razonamiento inductivo, afirma el autor, se va “de lo particular a lo universal, de lo especial a lo general, del fenómeno a la ley que lo rige, del efecto a la causa”. La inducción puede ser perfecta o completa cuando “parte de la previa observación o contemplación exhaustiva de todas las cosas comprendidas en una especie o de todos los hechos sometidos a una misma causa, para inferir la razón de aquellas cosas o la ley general de aquellos hechos”, o imperfecta o incompleta, que es la inducción propiamente dicha, y que “parte de la observación, no de la totalidad, sino de la mera pluralidad de las cosas o hechos, de la cual trata de elevarse al conocimiento de la esencia de tales cosas o de la ley general de aquellos hechos”³¹⁰.

Ahora bien, al lado de las mencionadas clases de inducción, se ubica la inducción reconstructiva, de la que expone: “como su nombre lo indica, se trata de reconstruir un hecho, de la inducción amplificadora, muy semejante a la inducción propiamente dicha o inducción incompleta, [...] así como la inducción incompleta o inducción propiamente dicha va de lo particular a lo universal, es decir, de algunos hechos a la totalidad de los hechos, y la inducción completa o perfecta va de todos los hechos a la misma universalidad de aquellos hechos, la inducción reconstructiva, en cambio, pasa meramente de un hecho a otro hecho, esto es, va de lo particular a lo particular.” Por último, según el criterio del autor, en las presunciones judiciales el juez induce de un hecho conocido otro desconocido, tomando en cuenta el nexo existente entre ambos según las reglas de la lógica, como requisito necesario para que surta efectos probatorios³¹¹.

³⁰⁹ MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Lógica para juristas, cit.*, pág. 79.

³¹⁰ MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Lógica para juristas, cit.*, págs. 126 y 127.

³¹¹ MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Lógica para juristas, cit.*, pág. 127 y 132.

Para ALSINA, por su parte, el razonamiento es, a la vez, inductivo y deductivo³¹²; existiendo también quienes, como GIANTURCO, afirman que ambas, inducción y deducción, se confunden en el resultado del juicio lógico-crítico, por lo que es preferible desistir de encuadrar el razonamiento en una u otra estructura³¹³.

Con todo, el debate sobre si el razonamiento que lleva a cabo el juez en la prueba indiciaria responde a una estructura deductiva o inductiva, no debe dejar de lado el tema toral, es decir, la necesidad y exigencia de identificar una conexión fundada entre hecho-indiciante y hecho-indiciado, como elemento imprescindible para concluir en éste último. La discusión, por ende, se traslada a la cuestión sobre el fundamento de esa conexión, es decir, la base sobre la cual el juzgador logra conectar indicio y afirmación presumida³¹⁴.

Para MARTÍNEZ ARRIETA, la conclusión a que llega el juez en la prueba indiciaria debe estar basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común, pasando, según la lógica de su razonamiento, del estado de ignorancia a la certeza, sin rastros de duda³¹⁵.

Advierte CLIMENT DURÁN que la verdadera esencia de la prueba indiciaria se encuentra en el nexo existente entre hecho-base y hecho-indiciado, el que se funda en el principio de normalidad –al que se refiere SERRA DOMÍNGUEZ– y que se conecta con una “máxima de la experiencia”, como origen de toda presunción³¹⁶. Al respecto, según MICHELLI, la presunción conlleva el

³¹² ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico...*, cit., págs. 683 y 684.

³¹³ GIANTURCO, Vito: *La prova indiziaria*, cit., pág. 136.

³¹⁴ Sobre la cuestión terminológica, explica DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, cit., págs. 389 y 390, que, aunque en su opinión en la prueba de indicios lo que existe es una modalidad de inducción, la que permite pasar de lo particular a lo particular, el uso del verbo “deducir” y, consecuentemente, del sustantivo “deducción”, para referirse a dicho mecanismo, no es incorrecto, pues en el lenguaje ordinario deducción tiene una significación más amplia, que equivale a cualquier inferencia, sea deductiva o inductiva. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española, por deducir se entiende: “Sacar consecuencia de un principio, proposición o supuesto.”, refiriendo que también conlleva la acción de “inferir.” Real Academia Española [Madrid]: voz “deducir”, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, Espasa Calpe, Madrid, 2001, pág. 736.

³¹⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, cit., pág. 59. Añade el autor que la importancia de la lógica se extiende a toda la actividad probatoria, pues cuando se valoran los datos obtenidos de los distintos medios de prueba debe el juez aplicar sus reglas para así determinar la veracidad o no de éstos.

³¹⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, cit., pág. 926.

procedimiento lógico mediante el cual el juez pasa del hecho conocido al hecho desconocido, sobre la regla de la experiencia elegida prudentemente³¹⁷.

Por su parte, explica CAFFERATA NORES que la fuerza probatoria del indicio deviene como “fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor”³¹⁸.

Para TARUFFO, la estructura de la “prueba circunstancial” se determina por una conexión inferencial por cuyo medio el juez vincula una circunstancia o indicio, el *factum probans*, con el hecho en disputa que se pretende acreditar, el *factum probandum*. Así, el punto medular de la estructura lógica de la prueba circunstancial lo constituye la inferencia que resulta al conectar el *factum probans* con el *factum probandum*, de forma que el núcleo del razonamiento está contenido de “las reglas en función de las cuales el juzgador puede realizar las inferencias que vinculan esos dos hechos”. Añade el autor: “[...] las reglas más habituales son generalizaciones proveídas por –y justificadas en– el sentido común, la experiencia o la cultura media existente en la época y el lugar en los cuales se toma la decisión.”³¹⁹

TARUFFO, al igual que los autores antes citados, se refiere a las “máximas de la experiencia”, es decir, aquellas premisas fácticas generales definidas por Friedrich STEIN como *Erfahrungssätze*, y que responden a “reglas generales derivadas inductivamente de la experiencia, suponiendo que la cultura media de la sociedad sintetiza la experiencia de las cosas más diversas en máximas o reglas que toman forma de leyes generales”³²⁰.

En efecto, STEIN, en su obra *El conocimiento privado del juez (Das private Wissen des Richters)*, concibió las máximas de la experiencia como premisas

³¹⁷ MICHELI, Gian Antonio: *Curso de Derecho procesal civil*, vol. II, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, pág. 186.

³¹⁸ CAFFERATA NORES, José I.: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 193.

³¹⁹ TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 106.

³²⁰ TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 268.

utilizadas por los juzgadores para la determinación del elemento de hecho del proceso. Según el autor, estas máximas son determinadas por vía inductiva, siendo originadas de la observancia de los casos particulares en los que, bajo ciertas condiciones, se repiten como consecuencias los mismos fenómenos; de esa cuenta, paralelamente a cada caso particular, pero sobre éstos, se entiende que existe algo independiente que hace previsible que los casos futuros se producirán en igual sentido³²¹.

De este modo, las máximas de la experiencia son conceptualizadas por STEIN como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero con independencia de los casos particulares de cuya observancia se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”³²².

Para el autor alemán, estas máximas son de utilidad tanto en la apreciación de los medios de prueba como en la ponderación de los indicios. En lo que respecta a éstos últimos, advierte que son hechos a partir de los cuales, mediante la experiencia, es posible concluir en otros hechos desconocidos para el proceso y cuya comprobación se persigue, determinando que es la experiencia la que establece la conexión entre indicio y hecho-indiciado. Por último, agrega que no se trata únicamente de experiencia de causalidad, sino de la experiencia en todos los ámbitos de la vida, de forma que estas máximas bien pueden provenir de “cualquier circunstancia vital imaginable”³²³.

Las máximas de la experiencia configuran, entonces, reglas generales que se desprenden de la común observancia de sucesos cotidianos y que permiten entender que una determinada consecuencia devendrá de la existencia de un presupuesto concreto. Por ende, con fundamento en la máxima es factible establecer un nexo específico y directo entre indicio y afirmación presumida, de

³²¹ STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 19, 20 y 25.

³²² STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, cit., pág. 22.

³²³ STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, cit., pág. 33.

forma que se justifica la conclusión a que se arriba a partir de la concurrencia del antecedente que, en condiciones normales, según aquella regla, originaría ese concreto resultado.

MIRANDA ESTRAMPES, al respecto, resalta que el nexo exigido entre hecho-indiciante y hecho-indiciado no se agota en un simple enlace lógico, sino que deberá estar integrado por las máximas de la experiencia³²⁴. En igual sentido se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, al denotar que el enlace entre ambas premisas se lleva a cabo aplicando las referidas máximas, de naturaleza extrajurídica y extraprocesal y “extraídas de la contemplación de otros supuestos análogos en la realidad cotidiana”, las que se revelan necesarias para el ordenamiento jurídico³²⁵.

Para CARNELUTTI, en la premisa mayor del silogismo que compone la prueba indiciaria se ubica una norma que el juez estima aplicable al hecho previamente percibido, es decir, al indicio. Dicha norma ha de contener la concomitancia o repugnancia del hecho que se afirma en la premisa menor, y puede pertenecer a todos los campos, “al del saber técnico o al de los conocimientos comunes, al de las ciencias naturales o al de las morales, al de la psicología o al de la economía”³²⁶.

Acota el procesalista italiano que para referirse al contenido de tales normas es pertinente acudir al concepto elaborado por la doctrina alemana mediante la fórmula de las reglas de la experiencia de STEIN –o “reglas de la vida”, término acuñado por FITTING– dependiendo de la mayor o menor seguridad de dichas reglas el mayor o menor fundamento de la afirmación que se concluya, de manera que, en tanto menos excepciones admita aquélla, más fácil devendrá

³²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 231. Según el criterio del autor, el contenido del derogado artículo 1253 del Código Civil español hacía alusión a las máximas de la experiencia al exigir “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” –el que se repite en idéntica forma en el actual artículo 386.1 de la Ley de enjuiciamiento civil– para que el juez pudiera apreciar, en el proceso, las presunciones no establecidas por la ley.

³²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Normas de presunción...*, cit., págs. 32 y 34.

³²⁶ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, cit., págs. 64 y 65.

corroborar la concomitancia o repugnancia entre el hecho percibido y el hecho a probar, sobre cuya base el juez reputa existente o no éste último³²⁷.

Asimismo, refiere CLIMENT DURÁN que las máximas de la experiencia se basan en una idea de racionalidad, la que deriva de aplicar el juicio humano a la observación de casos concretos y así, mediante la generalización, aplicar aquéllas a los casos similares que sobrevengan³²⁸.

No obstante, es TARUFFO quien, denotando la importancia de las máximas de la experiencia en la formulación de las presunciones, expone también el rechazo que en la actualidad se hace de aquéllas, rechazo que se basa en la desconfianza sobre la aptitud de la experiencia común para construir, mediante un razonamiento inductivo, generalizaciones lógicas y equiparables a las leyes científicas; además de que muchos autores, como antes se mencionó, no son partidarios de la idea de un razonamiento deductivo (el que compone una construcción silogística basada en las máximas de la experiencia) en la estructura de la prueba indiciaria³²⁹.

A pesar de las críticas que puedan hacerse, es indudable la importancia y utilidad que la noción de “máximas de la experiencia” ha tenido en la explicación de la labor desarrollada por jueces y magistrados. En tal sentido, si bien puede recurrirse a las leyes de la ciencia para determinar el fundamento del nexo entre indicio y afirmación presumida, evidente resulta que en muchos de los casos la inferencia operada se apoya, precisamente, en la experiencia personal de los miembros del tribunal, en el entendido de que se trata de un conjunto de experiencias compartidas por el resto de miembros de la comunidad, así como en el sentido común, elementos que no pueden dejarse de lado en lo que a la función de juzgamiento se refiere³³⁰.

³²⁷ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil, cit.*, págs. 65 y 67.

³²⁸ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal, cit.*, pág. 927.

³²⁹ TARUFFO, Michele: *La prueba, cit.*, págs. 106 y 268.

³³⁰ Expone DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en: *Revista de Derecho Procesal*, n° 1 (2007), pág. 706, abordando el tema de la prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, lo siguiente: “[...] la fijación de la certeza procesal sigue distintos caminos o métodos conforme a lo que la experiencia muestra razonable en función de la

En todo caso, sin limitarlo al concepto de máximas de la experiencia, es absolutamente imprescindible exigir que el nexo existente entre indicio y hecho indiciado se funde en la razón, de manera que, además de llevar al juzgador a concluir en la necesaria verificación del hecho desconocido, derivado de haber alcanzado su convicción al respecto, dicho fundamento, por su lógica y coherencia, sea también convincente para las partes y para todo aquél que tenga conocimiento del caso³³¹.

En ese sentido, menciona TARUFFO que “cuando se obtiene la inferencia de una manera racional, ésta representa el fundamento lógico de las pruebas circunstanciales y convierte un hecho ‘bruto’ en una circunstancia con valor probatorio”³³². Así también, indica CLIMENT DURÁN que para apreciar la eficacia probatoria de la prueba por presunciones deben quedar descartadas todas las demás posibilidades presuntivas ofrecidas por los indicios, y distintas a la conclusión asumida³³³.

De esa cuenta, lo que importa destacar es que la validez de la prueba indiciaria deviene de la racionalidad del fundamento a que acuda el juez para concluir en la afirmación presumida, en tanto se evidencie un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”³³⁴ entre ésta y el indicio de cuya constatación resulta su inferencia, de forma tal que ese enlace se traduzca en

naturaleza distinta de los hechos y su diversa relevancia jurídica.” Así, el autor se refiere a un ejemplo concreto, de la manera siguiente: “La experiencia repetida, formulada en reglas (cabalmente, en máximas de la experiencia), enseña que, cuando está en juego el patrimonio, los hechos que judicialmente se admiten como ciertos suelen serlo, porque quien los admite y los ha protagonizado lo hace porque no le cabe negarlos, sabedor y persuadido de que, al ser ciertos, el esfuerzo de negarlos será inútil.”

³³¹ Para “el pueblo”, como determina el principio de publicidad y propugnan los postulados democráticos.

³³² TARUFFO, Michele: *La prueba*, cit., pág. 106. Para el autor, no existe duda de que el juzgador debe basarse en su *background* de conocimientos y en nociones de sentido común para establecer una conexión entre el *factum probans* y el *factum probandum*.

³³³ CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, cit., pág. 949.

³³⁴ Como dispone el artículo 386 de la Ley de enjuiciamiento civil. En cuanto a ello, señala LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., pág. 781, que las reglas del criterio humano a que alude la norma citada equivalen a las reglas de la sana crítica y a las máximas de la experiencia. Asimismo, para VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “La ‘prueba en contrario’...”, cit., pág. 154, el planteamiento lógico de toda presunción –cuya naturaleza idéntica a la prueba indiciaria queda fuera de toda discusión– estriba en relacionar dos hechos (aquél del cual se parte y aquél al que se quiere llegar), vinculándolos entre sí en una relación lógica de producción, de causa y efecto, según una regla del criterio o experiencia humana; de acuerdo al autor, son esas reglas del criterio humano las que permiten determinar si entre ambos hechos existe el “enlace preciso y directo” que permite vincularlos de forma necesaria.

una relación clara, inequívoca y confiable entre una y otro, y que la operación mental efectuada deje entrever un razonamiento lógico, totalmente ajeno a la arbitrariedad y a conceptos absurdos.

Por otro lado, y en concordancia con la finalidad de la prueba, la actividad desarrollada por el juzgador en la prueba indiciaria debe evidenciar la convicción a que éste ha arribado, máxime en el caso de un fallo condenatorio, en el que, necesariamente, habrá de concretarse su resultado enervante de la presunción de inocencia, sin que surja duda razonable alguna en lo que a la verificación del hecho-indiciado se refiere³³⁵.

Asimismo, en atención a lo antes expuesto y en observancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es menester que el tribunal motive debidamente su sentencia, exponiendo con precisión el razonamiento efectuado para llegar, del indicio, a la conclusión que conlleva la corroboración de un determinado elemento fáctico de la causa, describiendo la base sobre la cual reside el enlace o conexión entre uno y otra, así como las razones concretas que le han permitido concluir en la decisión de que se trate³³⁶.

La exigencia de motivación, además, posibilita el control de los tribunales superiores, en la forma y con los límites que establecen la legislación y la jurisprudencia, derivando en un elemento más para garantizar el mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, a la vez, el derecho a la presunción de inocencia de que goza el procesado³³⁷.

³³⁵ El Tribunal Constitucional, desde las sentencias 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, en las que reconoce la validez de la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia, ha resaltado tanto la exigencia de racionalidad en la actividad intelectual del juzgador, así como la obligación de motivar la resolución respectiva.

³³⁶ Si bien en el ordenamiento procesal penal no se contempla expresamente la necesidad de hacer explícito el razonamiento del juzgador al hacer uso de la prueba indiciaria, en la Ley de enjuiciamiento civil se regula, en el art. 386.1, párrafo segundo, luego de reconocer la posibilidad de fundar la convicción judicial sobre la base de “presunciones”, lo siguiente: “La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.” Al respecto, según FORNER DELAYGUA, Joaquín J.: *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 187, la regulación citada responde a un control de la racionalidad en la motivación de la sentencia.

³³⁷ Para DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, *cit.*, pág. 381, la prueba indiciaria debe fundarse en un razonamiento que cualquiera pueda valorar como adecuado por conducir unívocamente al hecho necesitado de prueba, razonamiento que obligatoriamente debe hacerse constar en la sentencia.

En definitiva, establecida la naturaleza y la estructura de la prueba indiciaria, así como su importancia en el proceso penal, es imprescindible concretar que su validez tiene como límites infranqueables la irracionalidad y la arbitrariedad, en otras palabras, el capricho del juzgador.

De ello se desprende que, a efecto de reconocer validez a la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia, el razonamiento efectuado por el juzgador habrá de encontrar fundamento en la lógica, la ciencia³³⁸ o la experiencia³³⁹, es decir, en criterios racionales³⁴⁰, derivando en la determinación de un enlace entre indicio y afirmación presumida que permita apreciar una relación tal que, supuesta la constatación del primero, surja ésta última de forma natural, con exclusión de cualquier otra por carecer, precisamente, del sólido fundamento racional en que aquélla se sustenta.

³³⁸ Refiere TONINI, Paolo: *La prova penale*, CEDAM, Padova, 2000, pág. 38, que las máximas de experiencia pueden también consistir en conocimientos técnicos que forman parte de la cultura de un hombre promedio; así, el juez puede aplicar directamente a un hecho probado una ley científica comúnmente conocida. Ahora bien, señala el autor que si se precisan conocimientos técnicos específicos, científicos o artísticos, el juez ha de apoyarse en expertos en esa disciplina particular a fin de determinar la ley de la naturaleza aplicable para la constatación del hecho necesitado de prueba.

³³⁹ STS 6646/1996, de 25 de noviembre: "[...] la inferencia última, transida de racionalidad, se corresponderá con los dictados de la lógica en virtud del enlace preciso y directo entre el hecho probado y el que se trata de acreditar, según las reglas del criterio humano [...]. La relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal."

³⁴⁰ STS 3556/2001, de 30 de abril: "Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, a fin de aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba."

CAPÍTULO II

PRUEBA INDICIARIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El estudio abordado en el capítulo anterior determina un especial interés por indagar acerca de los requisitos exigidos para reconocer a la prueba indiciaria validez para enervar la presunción constitucional de inocencia que opera a favor del acusado, lo que hace conveniente proceder primero al análisis sobre el contenido y los alcances de este derecho fundamental.

1) El derecho fundamental a la presunción de inocencia

El concepto de dignidad de la persona humana conlleva el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades inherentes a dicha condición, cuya observancia y protección componen los presupuestos básicos de una pacífica convivencia en sociedad¹ y que, como tales, se tornan en deberes primordiales que el Estado está compelido a cumplir para responder a los fines que determinan las razones de su existencia².

En tal contexto, dentro de ese conjunto de derechos se ubica el que concierne a la presunción de inocencia³, según el cual, en términos generales, ante situaciones en las que el Estado actúe en ejercicio del *ius puniendi*, toda persona se considera inocente y debe ser tratada como tal, en tanto no se compruebe su culpabilidad y ésta no sea declarada en sentencia firme, emitida

¹ STC 25/1981, de 14 de julio: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).”

² Acerca del tema, señala GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 58: “El Estado sólo está justificado por el cumplimiento de un gran fin: el bien de los súbditos. Todas sus funciones responden a esa finalidad última. De aquí la posición instrumental que le corresponde con respecto al libre desarrollo y a la realización del destino del hombre.”

³ Como afirma GALLARDO RUEDA, Alberto: “El derecho a la presunción de inocencia”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 38 (1989), pág. 313, la dignidad humana es la causa radical de distintos derechos, dentro de los cuales, el de la presunción de inocencia, por sus características propias, se muestra “especialmente atractivo y relevante”.

en juicio en el que habrán de observarse las garantías inherentes al debido proceso⁴.

Vale indicar, como cuestión previa, que el derecho bajo estudio no compone una verdadera presunción, pues no reviste la estructura de ésta (no existe una conclusión que sea inferida a partir de un indicio previamente constatado, mediante un razonamiento lógico que determine la existencia de un nexo entre ambos); en todo caso, se trata de una “verdad interina o provisional” sobre la inocencia del acusado, reconocida constitucionalmente, vigente y con plena efectividad en tanto no se demuestre lo contrario⁵.

1.1) Antecedentes

Las primeras notas teóricas sobre la presunción de inocencia se aprecian en el pensamiento jurídico y político enmarcado en las ideas de la Ilustración⁶.

⁴ Apunta GÓRRIZ ROYO, Elena María: “La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal”, en: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; y ORTS BERENGUER, E. (dirs.); y CUERDA ARNAU, M. L. (coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 853, que la presunción de inocencia, en su significado material, orienta la idea conforme a la cual, el respeto a la dignidad humana en un Estado democrático demanda que todo imputado sea presumido inocente, de ahí que destruir esa presunción constituye el principal requisito para declarar la culpabilidad de aquél.

⁵ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., págs. 268 y ss.; agrega el autor que la expresión “presunción”, para referirse a la inocencia que se supone en todo ciudadano, es utilizada en un término “vulgar”, es decir, en el uso corriente, con el alcance de “considerar”. En igual sentido se pronuncian, entre otros, ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., págs. 39 y 40; y MARCA MATUTE, Javier: “El imputado y el derecho de defensa en la instrucción”, en: ABEL LLUCH, Xavier; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (dirs.): *Estudios sobre prueba penal. Volumen I: actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pág. 426. Por su parte, VILLEGAS RODRÍGUEZ, Manuel: “La presunción como prueba en el derecho y el derecho de presunción de inocencia”, en: *Anuario jurídico y económico escorialense*, nº XXV (1993), pág. 61, considera que sí se trata de una presunción *iuris tantum*, aunque la concibe como “presunción del cumplimiento de un deber”, en el sentido que todo hombre se supone que cumple los mínimos que imponen las leyes penales, por lo que tiene derecho a ser juzgado como “inocente de la comisión de delitos”; como se aprecia, a la postre, el planteamiento también se dirige a concebir este derecho como una “verdad interina” de inocencia.

⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.): *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 21. En cuanto a los antecedentes antiguos del derecho bajo estudio, apunta FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón...*, cit., págs. 550 y 625, que existen remisiones de éste, incluso, hasta el Derecho romano, como se evidencia de los escritos de TRAJANO: “*Stattus esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*”; siendo en la Baja Edad Media cuando sufrió una notable inversión. Agrega en ese sentido MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: “Presunción de inocencia y proscripción de la tortura”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7283 (13 noviembre 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 18 mayo 2010], que fue en la Baja Edad Media, con el inicio de las prácticas inquisitorias, que se desprotegió al presunto reo,

A ese respecto, es notable la influencia que distintos autores, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, a HOBBS⁷, MONTESQUIEU⁸, BECCARIA⁹ o VOLTAIRE¹⁰ –resaltando éstos últimos por su enérgica reacción ante el sistema procesal inquisitivo que imperaba en el antiguo régimen–, tuvieron en el pensamiento de la época.

En efecto, los postulados ideológicos sostenidos por estos y otros pensadores repercutieron en los movimientos sociales y políticos que con el tiempo se gestaron; así, los principios, valores y libertades que se propugnaban configuraron temas esenciales recogidos en los documentos que, reconociendo los derechos inherentes al ser humano, fueron adoptados a raíz de la Guerra de Independencia de los territorios que con posterioridad conformaron los Estados Unidos de América¹¹ y de la Revolución Francesa.

De esa cuenta, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, surgida en el marco de los conflictos que desembocaron en la independencia de las trece colonias británicas en América, proclama que “todos los hombres son por

situación que varió en la Edad Moderna, cuando surgieron las teorías proteccionistas y las garantías procesales difundidas por filósofos y juristas.

⁷ HOBBS, Thomas: *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, traducción de Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 1989 (imp. 1993), pág. 225, sostenía que “va contra la ley de la naturaleza castigar al inocente”.

⁸ Para MONTESQUIEU, Charles-Louis DE SECONDAT, Barón de: *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes BLÁSQUEZ y Pedro DE VEGA, Tecnos, Madrid, 1985 (imp. 1987), pág. 129, “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está la libertad”.

⁹ BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio DE LAS CASAS, Alianza Editorial, Madrid, 1982, págs. 46 y 52, cuyas ideas tuvieron un influjo singular en la configuración del Derecho penal moderno, refiriéndose a la declaración testimonial en el proceso penal, indicaba: “Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene de ser creído inocente.” Asimismo, al aludir a la crueldad en el uso de la tortura en el proceso penal, señalaba: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. [...] si [el delito] es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados.”

¹⁰ Señalaba VOLTAIRE, comentado la obra de BECCARIA, lo siguiente: “La ley no los ha condenado aun, y se da, en la incertidumbre en que se está de su crimen, un suplicio mucho más terrible que el de la muerte, a la que no se les condena sino cuando se está seguro que se lo merecen. ¡Cómo! ¡Ignoro aun si eres culpable y te atormentaré para saberlo; y si eres inocente, no expiaré las mil muertes que te he hecho sufrir, en lugar de una sola que te preparaba!”. BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, cit., pág. 136.

¹¹ La amplia lista de pensadores ilustrados cuyas teorías fueron conocidas en las colonias británicas en América en la época de los movimientos independentistas incluyen, entre otros, a los autores citados. BAILYN, Bernard: *The ideological origins of the american revolution*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge [Massachusetts], 1992, págs. 27 y ss.

naturaleza igualmente libres e independientes” y que “tienen ciertos derechos inalienables”, de los que “no pueden ser privados o postergados”.

En ese orden de ideas, la Declaración, al disponer las exigencias para la emisión de una sentencia condenatoria en juicio penal¹², no se refiere de manera expresa a la presunción de inocencia, regulación que fue adoptada en análogo sentido en el texto de la Constitución de los Estados Unidos de América, es decir, sin aludir directamente al estado de inocencia del acusado.

Ante ello, ha sido la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de aquel país¹³, respecto de los derechos contenidos en la enmienda V¹⁴, la que ha reconocido el derecho a la presunción de inocencia como parte del *due process of law*, es decir, el “debido proceso legal”, al considerar como requisito constitucional de éste, la prueba de culpabilidad “más allá de toda duda razonable”¹⁵.

¹² Artículo 8 de la Declaración de Derechos de Virginia: “*That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgement of his peers.*” (Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares).

¹³ Explica GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, págs. 442, 443, 447 y 448, que el sistema de derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América tiene un carácter especialmente fluyente, pues la constante interpretación judicial los hace aplicables a las diversas y cambiantes condiciones en las que rigen, produciendo con ello que sus manifestaciones concretas resulten variables. Tal característica permite entender la diversidad de interpretaciones que a lo largo del tiempo se ha dado a distintos derechos, dentro de los cuales, la garantía del *due process of law* no es la excepción.

¹⁴ La enmienda V a la Constitución de los Estados Unidos de América, que forma parte del *Bill of Rights*, dispone: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*” (Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización).

¹⁵ OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 62 y 63.

Por su parte, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 hace un reconocimiento expreso del derecho a la presunción de inocencia en su artículo IX¹⁶, en el que recoge una norma vinculada al tratamiento del procesado tendiente a impedir, como consecuencia directa de aquel derecho, que quien se encuentre detenido sea sometido a restricciones o limitaciones innecesarias¹⁷.

En tal sentido, como afirma OVEJERO PUENTE, se aprecia que el derecho a la presunción de inocencia consagrado en la Declaración de la Asamblea Nacional Constituyente francesa, más que una exigencia de prueba de cargo para declarar la culpabilidad del acusado –cuestión que se entendía incluida en el sistema probatorio del proceso inquisitivo existente–, se dirigía a configurar aquel derecho como garantía de la libertad personal y de otros derechos ciudadanos (como el honor y la integridad física), incluso, antes del inicio del proceso, condicionando la detención preventiva y cualquier medida cautelar a la necesidad de su uso como medios para asegurar, únicamente, la celebración del juicio¹⁸.

Ahora bien, fue el principal exponente de la escuela clásica del Derecho penal, el italiano Francesco CARRARA, quien hizo notar una postura caracterizada por su claridad, pronunciándose respecto de los fines concretos perseguidos mediante el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, al punto de afirmar que es éste el “postulado del cual parte” el

¹⁶ Establece el artículo IX: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*” (Todo hombre es considerado inocente hasta que sea declarado culpable; siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona).

¹⁷ Según afirma TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo*”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 120 y 121, la presunción de inocencia, como derecho expresamente reconocido, no aparece sino hasta la Declaración francesa de 1789.

¹⁸ OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, pág. 53. Añade la autora lo siguiente: “El derecho a la presunción de inocencia de 1789 responde a la protección del bien jurídico Libertad personal [...] No era un derecho del ciudadano frente al juez (Poder Judicial), porque se entendía que la intervención del ‘nuevo’ juez actuaría de garante de la libertad y demás derechos. Era un derecho pre-procesal cuya validez era proteger la libertad individual del abuso del Ejecutivo, hasta la intervención del juez y contenía además elementos políticos definitorios de todos los derechos liberales como principios de configuración política del poder, en este caso, del poder judicial.”

proceso penal¹⁹. En síntesis, puede afirmarse que con CARRARA, la presunción de inocencia alcanzó su máxima amplitud, pues, en concordancia con sus ideas, toda norma y momento relativos al proceso penal encuentran su fundamento, precisamente, en la protección del estado de la inocencia²⁰.

La escuela positiva no pasó desapercibida ante las ideas de CARRARA, atacando su planteamiento acerca de la presunción de inocencia. GARÓFALO y FERRI la calificaron de “absurda, vacía e ilógica”²¹, pero fue MANZINI quien con

¹⁹ Señalaba CARRARA, Francesco: *Opúsculos de Derecho criminal*, vol. V, traducción de José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO, Temis, Bogotá, 1980, págs. 10-15: “La defensa del derecho tiene, por lo tanto, tres fines distintivos en el desenvolvimiento del derecho penal: 1) la protección de todos los asociados frente a los malhechores; 2) la protección de los honrados frente a la autoridad social que ejerce la potestad punitiva; 3) la protección del malhechor mismo ante la autoridad que lo castiga, porque también éste tiene derecho de no ser castigado más allá de lo necesario y más allá de la medida ordenada para sus ilícitos. [...] La parte de nuestra ciencia que de ordinario suele distinguirse con el nombre de Derecho penal, presupone la comisión de un delito, y se propone proteger a su autor para que su hecho no le sea imputado más allá de lo debido y para que no sea castigado excediendo la medida de la pena. [...] Todo lo contrario acontece con la otra parte de la enseñanza penal, esto es, con la relativa al procedimiento. El procedimiento penal tiene como impulso y fundamento una sospecha; una sospecha que, al anunciarse que se ha consumado un delito, designa verosímelmente a un individuo como autor o partícipe de él; y de este modo autoriza a los funcionarios de la acusación a adelantar investigaciones para la comprobación del hecho material, y para dirigir sus averiguaciones contra ese individuo. Pero frente a esta sospecha se alza a favor del acusado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción se toma de la ciencia penal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error, y, por consiguiente, de protección a aquel individuo. Este es el fin del procedimiento penal, que constituye el objeto de la segunda parte de la ciencia penal. Pero el postulado del cual parte la ciencia en esta segunda serie de estudios, es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, como en la primera parte, no le permite a la autoridad que esté ante un culpable; ya no dice: ‘protejo a este culpable para que no lo castigáis más allá de la justa medida, violando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales, para determinar esa medida’. Aquí la ciencia dice lo contrario, y con frente levantada afirma: ‘protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos’. Es tan evidente como real esta antítesis de las dos situaciones en que se encuentra la doctrina criminal con respecto a esas dos partes de sus elucubraciones. Cuando prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: ‘haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración, si no marcháis por el camino que os señalo’.”

²⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pág. 23.

²¹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón...*, cit., pág. 550. Por su parte, BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y procesal*, traducción de Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 191 y 192, con un tono más moderado, señala que no rige en el proceso una presunción de inocencia en “estrictos términos técnicos”, pues para su inicio son necesarios “indicios”, es decir, sospechas, contra el imputado; sin embargo, tampoco existe una presunción de culpabilidad, pues ésta requeriría siempre la prueba *in limine* de tales “indicios”, prueba que sólo mediante el proceso puede ser

más dureza vertió sus críticas, reputándola “burdamente paradójica e irracional”²².

Según VEGAS TORRES, en la polémica doctrinal italiana, la discusión sobre la presunción de inocencia tuvo un claro matiz político, basándose en concepciones discrepantes sobre el proceso penal, de manera que, al situar el debate en este ámbito, la defensa del derecho devenía propia de las ideas liberales, según las cuales, el objeto del proceso se centra en la garantía de la libertad individual frente al *ius puniendi* del Estado –en armonía con los postulados defendidos por la Revolución Francesa–. En cambio, ideas opuestas, de corte autoritario, rechazaron el reconocimiento de la presunción de inocencia por considerarla contraria a sus intereses y objetivos políticos, como sucedió, precisamente, durante los años del régimen fascista en el Estado italiano²³.

Así, en tanto fueron instaurándose sistemas políticos democráticos que hicieron resurgir los principios liberales, el derecho a la presunción de inocencia, al igual que otros derechos y libertades, encontraron pleno

suministrada. En sustancia, afirma el autor, “no existe propiamente ni una presunción de inocencia ni una presunción de culpabilidad a favor o a cargo del imputado, pero ello no quita que el criterio de libertad –cual expresión de la idea de inocencia– anime todo el proceso penal”.

²² Expresaba el autor italiano MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Mariano AYERRA REDÍN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, pág. 253: “Es equivocado el concepto, muy difundido, de que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de represión, sea el interés de garantizar la inocencia, en lugar del relativo a la libertad individual. [...] más inexacta es aún la opinión de que el procedimiento penal valga (más aun: ‘milite’, como se dice en jerga forense) a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Nada más burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que ésta última tiene por presupuestos unos suficientes indicios de delincuencia [...], debería ella constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? Por lo demás, la práctica de los juicios ha hecho y va haciendo justicia sumaria de tan extraño absurdo excogitado en Francia, donde, a la aparente genialidad o perspicuidad de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas. Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?”.

²³ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 30. Se refiere también a ello VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., págs. 258-260, señalando que el *Codice di procedura penale*, vigente bajo la filosofía política del Estado autoritario, repudiaba “expresa y terminantemente el ‘extraño principio’ de presumir inocente al sospechoso”; asimismo, explica el autor como, derivado de la discusión doctrinaria mantenida en aquel país, la Constitución Italiana de 1947 optó en su artículo 27 por una formulación en sentido negativo, cuidándose de no incluir los términos “presunción” e “inocencia”: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.*”

reconocimiento jurídico, incluso, mediante su incorporación en los textos constitucionales²⁴.

1.2) Derecho expresamente reconocido y garantizado

De especial importancia para el reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho fundamental en el contexto de los ordenamientos internos de los Estados, ha sido su incorporación a instrumentos internacionales, entre los que destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que lo recoge expresamente en su artículo 11.1²⁵. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, lo contempla en su artículo 14.2²⁶.

De igual forma, son varios los instrumentos regionales en materia de derechos humanos que incluyen el reconocimiento del derecho; entre éstos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, lo contiene en su artículo 6.2²⁷. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Conferencia

²⁴ En Europa, como afirma GALLARDO RUEDA, Alberto: "El derecho a la presunción de inocencia", *cit.*, pág. 315, tomando el modelo de la Constitución francesa, el derecho encontró reconocimiento en distintos textos constitucionales. Por ejemplo, el artículo 32.2 de la Constitución de la República Portuguesa establece: "*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*" Ahora bien, señala LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: "La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana).", en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (1995), pág. 550, que si bien la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania no contempla expresamente el derecho, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) la que lo ha considerado incluido en el principio de Estado de Derecho recogido en el artículo 20 de la referida Ley Fundamental.

²⁵ Artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

²⁶ Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."

²⁷ Artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada."

Internacional Americana de 1948, lo recoge en su artículo XXVI²⁸, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, en su artículo 8.2²⁹.

También contemplan el derecho en referencia, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada por la Asamblea de la Organización de la Unidad Africana celebrada en Nairobi, Kenia, en 1981, en su artículo 7.1, inciso b)³⁰, y la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, aprobada en la Conferencia Islámica de El Cairo, Egipto, en 1990, en su artículo 19, inciso e)³¹.

Por otro lado, cabe agregar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, cuyo texto fue adaptado el 12 de diciembre de 2007, incluye expresamente el derecho en su artículo 48.1³².

En lo que atañe a los ordenamientos internos, son varios los Estados que reconocen el derecho a la presunción de inocencia en sus textos constitucionales³³.

España, por ejemplo, lo recoge en el artículo 24.2 de su Constitución³⁴, ubicándolo así dentro de los derechos que, conforme al artículo 53 de la propia

²⁸ Artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”

²⁹ Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

³⁰ Artículo 7.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos: “Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: [...] b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su culpabilidad; [...]”

³¹ Artículo 19, inciso e), de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam: “Todo acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad en un juicio justo con todas las garantías necesarias para su defensa.”

³² Artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.”

³³ Además de los ordenamientos constitucionales antes citados, el derecho se encuentra consagrado, por mencionar algunos Estados, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que lo contempla en el artículo 20.B.I; la Constitución de la República de Colombia, en el artículo 29; la Constitución de la República Federativa de Brasil, en el artículo 5.LVII, y la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 14.

ley fundamental, puede exigirse su observancia ante los tribunales ordinarios e, incluso, por vía del amparo, ante el Tribunal Constitucional³⁵.

En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia reviste un derecho fundamental³⁶, inherente a la dignidad misma del ser humano y, como tal, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional mediante las garantías jurisdiccionales que para tal efecto prevé³⁷.

1.3) Contenido del derecho a la presunción de inocencia

La naturaleza y alcances del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan una configuración compleja en su contenido, pues influye con notoria eficacia tanto en el tratamiento que debe darse al imputado durante el desarrollo del procedimiento, como en la actividad probatoria que se practique con el objeto de demostrar su culpabilidad, sin dejar de lado su singular trascendencia en el contexto general de todo el proceso penal³⁸.

³⁴ Artículo 24.2 de la CE: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

³⁵ STC 31/1981, de 28 de julio: "[...] la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada."

³⁶ Se trata, según GUERRA SAN MARTÍN, José: "El derecho a la presunción de inocencia" (con Juan Alberto BELLOCH JULBE y Enrique TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE), en: *La Ley*, nº 4 (1982), pág. 1185, de un "auténtico derecho subjetivo".

³⁷ Explica DIEZ-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 38 y 39, que existen dos concepciones, no incompatibles entre sí, que intentan explicar la naturaleza de los derechos fundamentales: la concepción formal, que se dirige no al contenido de éstos, sino al rango de la norma que los reconoce, resultando crucial su declaración en normas constitucionales o, al menos, supraleales y, además, la existencia de vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución; y la concepción material, que no se interesa por el modo de su regulación, sino que fija su atención en su contenido, es decir, en derechos que son inherentes a la condición de persona o de ciudadano y que, por lo mismo, se consideran universales. Como cabe apreciar, de ambas concepciones participa, sin lugar a dudas, el derecho a la presunción de inocencia.

³⁸ Según OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, págs. 95, 187 y 188, el derecho a la presunción de inocencia tiene naturaleza mixta, pues, en su aspecto procesal, le dan virtualidad una serie de garantías procesales establecidas legalmente; así, el legislador se encuentra vinculado por el derecho al determinar cuál es el "proceso debido", sin el cual no es factible un fallo de condena. Por su parte, el aspecto extraprocesal del derecho tiende a la protección de la libertad personal y a la observancia del resto de derechos personales frente al Estado que actúa o puede actuar en ejercicio del *ius puniendi*. Para ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: "Presunción de inocencia...", *cit.*, pág. 20, la presunción de inocencia es tanto regla de juicio o probatoria, como regla de tratamiento del imputado. También ILLUMINATI, Giulio: *La*

1.3.1) Derecho a ser tratado como inocente

En un primer ámbito, el derecho exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito o falta –o, en general, ante situaciones en las que el Estado actúa en ejercicio del *ius puniendi*³⁹– sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento⁴⁰ e, incluso, desde antes que éste inicie, pues puede ser el caso que ciertas actuaciones de los órganos del Estado –sin delimitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional– incidan negativamente en dicho tratamiento, como podría suceder ante señalamientos acerca de la comisión de un determinado delito, previo a que el tribunal competente incoe un proceso específico contra el

presunzione d'innocenza dell'imputato, Zanichelli, Bologna, 1979, pág. 28, se refiere a la “*regola di trattamento dell'imputato*” y a la “*regola probatoria e di giudizio*” dentro del ámbito de eficacia del derecho.

³⁹ Señala BOQUERA OLIVER, José María: “Presunción de inocencia del hombre, presunción de legalidad del acto administrativo y tutela judicial efectiva”, en: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *et al.: Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pág. 1027, que la presunción de inocencia favorece tanto a quien se le imputa la comisión de acciones u omisiones penadas por la ley, como a quien se le indica como posible autor de faltas administrativas. En cuanto a ello, vale citar la STC 14/1999, de 22 de febrero: “[...] no parece ocioso traer aquí a colación la doctrina de este Tribunal conforme a la cual las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 C.E. son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, ‘en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional’ (STC 18/1981, fundamento jurídico 2., *in fine*). La concreción en nuestra jurisprudencia de este principio general ha sido recientemente resumida en el fundamento jurídico 5. de la STC 7/1998, la cual, tras recordar que dicha traslación viene condicionada a que se trate de garantías que ‘resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador’ (STC 197/1995, fundamento jurídico 7.), cita como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, ‘[...] el derecho a la presunción de inocencia [...], que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (SSTC 197/1995, 45/1997), con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales [...]’.” Con todo, también el TC se había referido a la aplicación del derecho en cualquier ámbito jurisdiccional o administrativo respecto de resoluciones cuyo resultado fuera sancionatorio o limitativo de derechos (STC 13/1982, de 1 de abril, que se refiere a un proceso instado por demanda de separación conyugal, y ATC 569/1984, de 3 de octubre) e, incluso, en procedimientos por despidos laborales (STC 37/1985, de 8 de marzo); aunque luego rectificó su criterio de manera expresa, como se evidencia en la STC 30/1992, de 18 de marzo: “[...] debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisdicción laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal. Dicha doctrina se funda, esencialmente, de un lado, en que el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal administrativo, [...]. Además, como se ha dicho también reiteradamente por este Tribunal, dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el *ius puniendi* del Estado.”

⁴⁰ Así lo especifica, entre otras, la STC 128/1995, de 26 de julio, que señala: “[...] como dijimos en la STC 109/1986, opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo.”

individuo⁴¹. Se denota en este primer aspecto, el sentido que los postulados de la Revolución Francesa confirieron al derecho.

Así, el derecho fundamental bajo estudio se relaciona tanto con el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente del individuo, como con la respuesta que pueda provenir de los componentes sociales, mereciendo especial atención la actuación que desarrollen los medios de comunicación, dado el impacto que producen en la opinión pública.

De esa cuenta, es evidente que el orden constitucional impide a funcionarios y empleados públicos afectar el derecho a ser tratado como inocente de quien pueda figurar como imputado en un proceso penal, hasta que no se pronuncie la sentencia que declare lo contrario, debiendo actuar con cautela en lo que concierne a las informaciones públicas que emitan.

En tal sentido, en tanto no se dicte el fallo respectivo y éste no adquiera ejecutoriedad, está vedado a las autoridades (policías, fiscales, jueces y otros), como garantía del derecho a la presunción de inocencia, exhibir o hacer alusión de la persona como responsable o culpable de alguna conducta penalmente sancionada.

En el caso de los medios de comunicación social, el derecho a la presunción de inocencia actúa impidiendo la emisión de noticias mediante las cuales se califique a una persona como autor o partícipe del delito, en tanto no exista sentencia que así lo declare⁴². Sin embargo, conforme a la naturaleza del derecho bajo estudio, que actúa protegiendo al individuo frente al *ius puniendi*

⁴¹ Según OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., págs. 91 y 365, no es necesario que exista proceso abierto, pues el derecho existe y es eficaz desde antes; así, señala que presunción de inocencia será el derecho a no ser considerado ni tratado como autor o partícipe de un hecho delictivo o análogo, implicando que no se apliquen ni las consecuencias ni los efectos que de éstos derivan.

⁴² STC 219/1992, de 3 de diciembre: “No es admisible, pues, que una noticia publicada en un medio de información pueda calificar a una persona como ‘autor de un delito de estafa’ en el momento de la detención de esa persona, como ocurrió en el presente caso, dado que el único acto que puede quebrar la presunción de inocencia del acusado en nuestro ordenamiento es la Sentencia del Tribunal que declara la autoría del delito; y tal resolución judicial, obviamente, no existía en el momento de publicarse la noticia de la detención. Frente a ello, tampoco cabe oponer que el periodista, por utilizar el lenguaje usual, no puede conocer la diferencia entre el autor de un delito o el presunto autor, ya que tal distinción en buena medida ha entrado a formar parte del lenguaje común precisamente por obra de los medios de comunicación, que la emplean habitualmente tras la entrada en vigor de la Constitución Española; de manera que ningún profesional del periodismo puede excusar su ignorancia.”

del Estado⁴³, serán las garantías de los derechos al honor y a la dignidad personal las vías para reclamar la observancia de la presunción de inocencia ante la actuación de los referidos medios de comunicación o, incluso, de los particulares⁴⁴.

En ese sentido, la difusión de noticias que, previo a la emisión de la respectiva sentencia condenatoria, atribuyan a la persona la culpabilidad por un determinado hecho punible, supone un ataque frontal contra su dignidad, afectando su honor y su prestigio, entre otros aspectos de su vida; no obstante, debe considerarse que tales circunstancias no impiden hacer pública la condición de imputado de un individuo, siempre que la información que se proporcione y divulgue se sujete al resultado al que pueda arribar el proceso penal de que se trate⁴⁵.

De igual forma, esa exigencia de tratamiento como inocente incide también en las medidas cautelares, consistentes en limitaciones o restricciones de derechos como la libertad personal (medidas de carácter personal) o la disposición de bienes (medidas de carácter real) decretadas con el objeto de

⁴³ La STC 6/1988, de 21 de enero, se refiere a ello en sentido negativo, de la forma siguiente: “[...] ni el derecho al proceso debido, con todas las garantías, ni el de ser presumido inocente pueden tampoco desnaturalizarse, proyectándose –como aquí se pretende– en el ámbito de un procedimiento no jurisdiccional y cuyo sentido no fue el de dar ocasión al ejercicio del *ius puniendi* del Estado [...]”

⁴⁴ ORENES RUIZ, Juan Carlos: *Libertad de información y proceso penal: los límites*, Thomzon-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 165. Entre otros pronunciamientos, cita el autor la STC 166/1995, de 20 de noviembre, en la que se estimó: “Pero esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del art. 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 C.E., alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 C.E. los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos [...]”

⁴⁵ ORENES RUIZ, Juan Carlos: *Libertad de información...*, *cit.*, pág. 162 y ss. Refiere el autor que los efectos indeseados de noticias que atribuyen indebidamente la calidad de culpable al imputado, antes del fallo, pueden repercutir, además, en el sentido de éste, como acontece con los denominados “juicios paralelos”, en los que el medio no pretende facilitar la información exhaustiva acerca de la causa que se tramita ante los tribunales de justicia, sino anticipar o reproducir su desarrollo, pero sin cumplir con las garantías del debido proceso. Asimismo, agrega que una información respetuosa de los derechos citados debe hacer constar siempre la situación de pendencia de la causa, debiendo cuidarse de no hacer un uso indebido del término “presunto”, como en no pocas oportunidades sucede.

asegurar que el proceso penal sea útil para la actuación del *ius puniendi* del Estado, es decir, para hacer efectiva la ley penal⁴⁶.

En ese orden de ideas, la presunción de inocencia imposibilita que tales medidas conlleven, para el imputado, una condena adelantada, es decir, evita que se le restrinja en sus derechos como si se le considerara, previo a la emisión de la sentencia respectiva (la que bien podría favorecerle), culpable del ilícito, y sufriera, desde ya, los efectos de una pena anticipada.

A ese respecto, cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia no impide la utilización de medidas cautelares⁴⁷, en tanto se tornen necesarias para garantizar el normal desarrollo del proceso y su efectiva resolución, siempre que estén justificadas y sean razonables, en orden a las circunstancias concurrentes en el caso y a las finalidades perseguidas⁴⁸.

Ahora bien, es apreciable que, entre las distintas medidas cautelares que pueden aplicarse en el contexto del proceso penal, el uso de la prisión

⁴⁶ Indica PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2008, pág. 29, que, de modo preciso, los fines de las medidas cautelares son: a) evitar la huida del sujeto pasivo del proceso; b) evitar que se oculten, destruyan o manipulen fuentes y medios de prueba; y c) evitar la insolvencia del imputado.

⁴⁷ Advierte RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Presunción de inocencia no minimizada", en: *La Ley*, nº 4 (1983), pág. 1250, que el derecho bajo estudio exige también imparcialidad en las resoluciones judiciales, especialmente aquellas que afecten derechos fundamentales, como las referidas a medidas cautelares, lo que determina la necesidad de que las facultades instructoras y de decisión recaigan en personas distintas, abogando porque la primera sea asumida por el Ministerio Fiscal, quedando la segunda a cargo del juzgador.

⁴⁸ STC 108/1984, de 26 de noviembre: "El derecho a la presunción de inocencia es compatible, sin embargo, con la adopción de medidas cautelares, entre las cuales los pactos indicados [Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio de Roma] se refieren específicamente a la detención preventiva –dada su trascendencia por afectar a la libertad personal–, que se conecta con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, si bien la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio (art. 5.3 del Convenio de Roma) o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo, como especifica el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual señala también que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no puede ser la regla general. Por otra parte, en relación con la interpretación del art. 5.3 del Convenio de Roma, citado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha distinguido entre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el carácter también razonable que ha de tener la prisión preventiva, en cuanto afecta a los principios de libertad individual y presunción de inocencia (Sentencias de 27 de junio de 1968, casos Wemhoff y Neumeister, y de 10 de noviembre de 1969, casos Stögmüller y Matznetter). b) En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso."

provisional pareciera, en ocasiones, provocar una especial fricción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁴⁹. De esa cuenta, cabe agregar que la limitación a la libertad personal que conlleva la prisión provisional, para no vulnerar el derecho bajo estudio, debe fundarse, esencialmente, en el respeto a las normas de la Constitución⁵⁰, al igual que ha de acontecer al aplicarse cualquiera de las demás restricciones a derechos fundamentales autorizadas por la ley⁵¹.

En tal sentido, para que la prisión provisional resulte congruente con el derecho a la presunción de inocencia y responda a su naturaleza estrictamente cautelar⁵², sin conllevar los efectos de una condena previa, debe ser considerada, interpretada y aplicada como verdadera medida excepcional⁵³, prefiriendo siempre el empleo de otros medios menos lesivos a los derechos

⁴⁹ Según VITALE, Gustavo L.: *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 55 y ss., la prisión siempre consiste en una pena, lo que conlleva una contradicción con la presunción de inocencia, cuando, en realidad, ésta constituye un obstáculo para aplicar dicha medida en los casos en que no se haya emitido sentencia de condena; así, el autor aboga por la aplicación de medidas cautelares distintas a la prisión del imputado. Para COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 534, en la práctica, la prisión provisional funciona como pena anticipada, conculcando la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

⁵⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal...*, cit., pág. 544. Para el autor, se respetará la Constitución si la prisión preventiva es utilizada como la última ratio.

⁵¹ Es de resaltar que desde las normas constitucionales se vislumbra la posibilidad de limitar la libertad personal, siempre que se observen los presupuestos legales establecidos para ello. De esa cuenta, dispone el artículo 17 de la CE: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional."

⁵² Se trata, según la define CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: "Comentario a la Ley orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional", en: *La Ley*, nº 4 (1983), pág. 1260, de una "medida cautelar, de carácter personal, consistente en una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, en virtud de la cual se priva, a una determinada persona, con carácter provisional, de su libertad individual, mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario".

⁵³ Explica PICATOSTE BOBILLO, Julio C.: "La prisión provisional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, pág. 26, que la presunción de inocencia determina la configuración y condiciones de la prisión provisional, rechazando su uso como medida de seguridad o pena anticipada, a la vez que la define como medida cautelar decididamente excepcional, es decir, subsidiaria, siempre la última opción entre las medidas aplicables.

del imputado⁵⁴, en tanto permitan asegurar los fines perseguidos con el proceso⁵⁵, y haciendo que su utilización se supedita a la concurrencia de los presupuestos taxativamente establecidos en el ordenamiento procesal⁵⁶.

1.3.2) Incidencia en la actividad probatoria

En un segundo aspecto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia incide en el juicio de hecho de la sentencia penal, con implicaciones en la actividad probatoria desarrollada a efecto de tener por acreditado el supuesto fáctico comprendido en la norma penal, con todos sus elementos, así como la participación del imputado en la realización del delito, requisitos imprescindibles para la emisión de un fallo estimatorio de la pretensión punitiva y, con ello, para la imposición de la sanción establecida en la propia norma como consecuencia jurídica aplicable⁵⁷.

Del derecho bajo estudio deriva la noción relativa a que la prueba de culpabilidad del procesado recae en la parte acusadora y que la condena es factible sólo si se alcanza el pleno convencimiento judicial, mediante una

⁵⁴ Entre esos otros medios alternativos a la prisión provisional que recoge la LECr, pueden mencionarse: la libertad bajo fianza (art. 529), el arresto domiciliario (508), la libertad sujeta a comparecencia periódica (530), la prohibición de residir en determinado lugar (544 bis) o la prohibición de conducir vehículo motor (529 bis).

⁵⁵ Para BARONA VILAR, Silvia: "Medidas alternativas a la prisión provisional" en: *Seminario sobre detención y prisión provisional*, cit., pág. 147, todas las medidas cautelares obedecen a la no instantaneidad del proceso, cumpliendo la función de garantizar su efectividad, no siendo siempre la prisión preventiva la idónea para tales efectos.

⁵⁶ La LECr, a partir del artículo 502, establece los presupuestos que deben concurrir para que se decrete la prisión provisional; entre los motivos exigidos, cabe mencionar el riesgo de fuga, el riesgo de obstrucción de la investigación y el "peligro de reiteración delictiva", como refiere COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal...*, cit., págs. 545 y ss., quien se muestra crítico de éste último. Cabe agregar que en materia de medidas cautelares, como sucede en el ámbito general de la limitación a derechos fundamentales, las normas que configuren tales límites habrán de interpretarse siempre en forma restrictiva. PÉREZ TREMPES, Pablo: "La interpretación de los derechos fundamentales" en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo [coord.]: *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, pág. 910.

⁵⁷ En forma resumida señala la STC 126/1986, de 18 de noviembre, que el derecho a la presunción de inocencia "garantiza que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas, que éstas han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas y que, asimismo, la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores, nunca sobre el acusado". De igual forma, el TS, en sentencia 8427/2009, de 22 de diciembre, estimó: "[...] el derecho a la presunción de inocencia ampara a todo acusado en el sentido de ser considerado inocente hasta el momento del enjuiciamiento y puede ser enervada si en el juicio oral se practica una actividad probatoria suficiente, legítima y regular en su obtención, y con sentido preciso de cargo sobre el hecho de la acusación."

actividad probatoria válida, en cuanto a la existencia de la conducta ilícita y la culpabilidad del encartado, descartándose cualquier duda razonable⁵⁸.

Es este segundo aspecto el que más interesa para los efectos de la investigación, por su especial incidencia en la actividad probatoria en el contexto del proceso penal –producto de la labor jurisprudencial estadounidense, en orden a la garantía del *due process of law*, como fue mencionado anteriormente– y, por lo tanto, comprenderá el análisis a realizar en las líneas que prosiguen.

Por último, pero no por ello menos importante, destaca un significado más del derecho a la presunción de inocencia⁵⁹, siendo aquel al que se refería CARRARA, es decir, según explica VEGAS TORRES, apreciándolo como “criterio inspirador de todo el ordenamiento procesal penal”⁶⁰, significado que determina el modelo procesal de corte liberal, fundamentado, esencialmente, en las

⁵⁸ STC 76/1990, de 26 de abril: “[...] la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1.ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos; 2.ª, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.ª, de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.”

⁵⁹ En cuanto a la ampliación del contenido del derecho bajo estudio, cabe citar a RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Presunción de inocencia no minimizada”, *cit.*, pág. 1249, para quien la aplicación entera y completa de aquél debería ampliarse más allá de un mero criterio en la exigencia y valoración de la prueba en el proceso penal. Asimismo, pretendiendo una proyección notoriamente distinta, JUANES PECES, Ángel: “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia: la imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia” en: *La Ley*, nº 1 (1996), pág. 1758, se refiere al “deber del juez de ser imparcial”, como eje central del derecho, en atención a la doctrina sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A esto último alude MORENILLA RODRÍGUEZ, José María: “Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en: *Poder Judicial*, nº especial II (1987), pág. 209, citando la decisión de 5 de mayo de 1981 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la que se precisa que la presunción de inocencia “conciene al estado de espíritu y a la actitud del Juez llamado a pronunciarse sobre una acusación penal presentada ante él, prohibiendo concretamente que parta de la convicción o suposición de que el acusado es culpable... y conforme a esta regla el Juez de fondo no podrá pronunciar una condena sino cuando la acusación haya podido demostrar ante él la culpabilidad del acusado”.

⁶⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, *cit.*, pág. 38. Según MONTERO AROCA, Juan: “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La utilidad jurídica de un eslogan político”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.): *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 51, la presunción de inocencia conforma de modo muy profundo el proceso penal, al punto que tiene más trascendencia en su conformación que el mismo principio acusatorio.

garantías reconocidas al imputado frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁶¹.

2) Presunción de inocencia y actividad probatoria

Como quedó apuntado, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: la verificación del supuesto de hecho comprendido en el tipo penal de que se trate, incluyendo todos los elementos

⁶¹ La STC 56/1982, de 26 de julio, refiriéndose al artículo 24.2 de la CE, señala que “es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura”; asimismo, refiere la STC 138/1992, de 13 de octubre, que la presunción de inocencia es “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal”, en igual sentido las SSTC 123/1997, de 1 de julio, y 111/1999, de 14 de junio. Por su parte, se indica en la STS 1782/1998, de 16 de marzo, lo siguiente: “El derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.” Cabe agregar que distintos autores hacen eco de la esencial función que cumple el derecho a la presunción de inocencia en el contexto del proceso penal. Por ejemplo, HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 198, afirma que la presunción de inocencia es “un pilar fundamental de nuestro proceso penal”. Para VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., pág. 265, la presunción de inocencia es una aplicación concreta del principio general, aunque no constitucionalizado, del *favor rei*, que “domina todo el planteamiento general del procedimiento penal moderno, siendo, por tanto, un principio general informador del proceso y de la legislación penal y procesal que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad”. Al respecto, GIMENO SENDRA, Vicente: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (con Antonio TORRES DEL MORAL, et al.), Colex, Madrid, 2007, pág. 479, expone: “La presunción de inocencia está, pues, presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias.” Asimismo, señala MUÑOZ CONDE, Francisco: *La búsqueda de la verdad...*, cit., pág. 113, que la presunción de inocencia, a partir de su consagración en la CE, se ha convertido en principio rector de toda actuación en el proceso penal. Por su parte, CARBALLO ARMAS, Pedro: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: (selección jurisprudencial)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pág. 19, al definir el derecho en cuestión indica que se trata de un “principio básico de la estructura del proceso penal”, cualidad que deviene por derivación directa de las normas constitucionales. Es, según MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pág. 38, “el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal”. Por último, apunta SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Facultades de valoración del tribunal *ad quem* (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002)”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 77, que la presunción de inocencia es “la regla de juzgar del proceso justo”.

objetivos y subjetivos allí contenidos, y la participación del acusado en su realización⁶².

Cabe añadir que esa actividad probatoria, a efecto de fundar legítimamente una declaración de culpabilidad, deberá desarrollarse con observancia estricta de las garantías del debido proceso, asegurando el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional.

La presunción de inocencia, acota RUIZ VADILLO, supone que es a la parte acusadora a la que corresponde la prueba del hecho delictivo y la culpabilidad del acusado, debiendo acreditar ante el órgano jurisdiccional, incluso, las circunstancias agravantes que afirme que concurrieron en el ilícito que le imputa, para lo cual, deberá practicar una prueba que sea lícita, en su origen y desarrollo, y que cumpla con los principios procesales de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción⁶³.

Ahora bien, entendiendo que la presunción de inocencia, para ser efectivamente destruida, precisa de una actividad probatoria legítima, mediante la que se logre el convencimiento del juzgador respecto de la participación del acusado en el hecho que se le atribuye, se torna indispensable establecer cuáles son los parámetros que determinan la validez de dicha actividad.

2.1) Actividad probatoria enervante de la presunción de inocencia

Al indagar sobre los presupuestos que condicionan la validez de la actividad probatoria desplegada para aportar al juzgador los elementos que le permitirán concluir en la verificación del supuesto de hecho del proceso y la responsabilidad del procesado, es menester indicar, en primer término, que es

⁶² STC 56/2003, de 24 de marzo: “[...] el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, se identifica con el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales pueda considerarse acreditado el hecho punible con todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos.”

⁶³ RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Colex, Madrid, 1997, pág. 128. En igual sentido se pronuncian, entre otros, SENTÍS MELENDO, Santiago: *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 67; y DEL MOLINO, María Soledad: “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 3 (1993), pág. 596.

la ley procesal la que los determina⁶⁴, es decir que es en concordancia con la actividad probatoria legalmente configurada que el juez estará en posibilidades de alcanzar la certeza respecto de la acreditación de la culpabilidad del inculpado.

En ese sentido, en el caso español, ha sido decisiva la labor jurisprudencial llevada a cabo con el fin de que la interpretación, integración y aplicación de las normas procesales que regulan la actividad probatoria se dirijan a hacer efectivo el derecho constitucional bajo estudio⁶⁵.

De esa cuenta, cabe hacer mención de la STC 31/1981, de 28 de julio, en la que, con suma claridad, se considera:

“Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este Tribunal en reiteradas Sentencias. [...] El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la L. E. Crim., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 de la L. E. Crim., son ‘las pruebas practicadas en el juicio’, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*).”

⁶⁴ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, *cit.*, págs. 43-45. Indica el autor que el derecho a la presunción de inocencia no hace más que condicionar la determinación de certeza de la culpabilidad del acusado a que ésta pueda considerarse probada conforme a la ley; de esa cuenta, el contenido de la norma legal respecto del sistema probatorio que adopta es asumido como contenido de la norma constitucional. Por su parte, explica OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, págs. 95 y 96, que, en concordancia con lo sostenido por el Tribunal Constitucional, no existe una relación directa entre presunción de inocencia y prueba, sino entre aquélla y ley procesal, que es la que establece lo que la prueba “es y debe ser”; en ese sentido, la autora cita la STC 64/1986, de 21 de mayo, en la que se estimó lo siguiente: “[...] ha de entenderse —y la doctrina de este Tribunal lo ha entendido siempre así— que el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando se utilizan como pruebas mecanismos o actuaciones, que no merecen jurídicamente esa calificación. La relación entre presunción de inocencia y ordenación de las pruebas termina sin embargo aquí. El Derecho probatorio es de configuración legal, como hemos señalado cuando ha sido necesario puntualizar el derecho que también reconoce el art. 24 a las pruebas pertinentes. A su legalidad habrá pues que atenerse para enjuiciar la corrección de la acción de los tribunales, si la legitimidad constitucional del ordenamiento legal no está puesta en duda. Se deduce de todo ello que la presunción de inocencia queda destruida desde el momento en que se realizan pruebas de cargo legalmente válidas, sin que a este Tribunal le sea posible en principio entrar a examinar y decidir el mayor o menor acierto en la apreciación de tales pruebas de cargo, puesta en materia de la competencia de los jueces y tribunales.”

⁶⁵ Hace alusión OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, pág. 135, a las indudables repercusiones que el derecho a la presunción de inocencia ha tenido en la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de las normas de enjuiciamiento criminal; añade que si bien ello no se ha traducido en la modificación de la LECr, sí ha derivado en un novedoso enfoque constitucional en su aplicación, como sucede, por ejemplo, con el valor que se debe conferir a determinadas evidencias obtenidas durante la fase de investigación.

En congruencia con la sentencia citada, respaldada por una extensa lista de decisiones posteriores del Tribunal Constitucional español⁶⁶, es dable señalar que la presunción de inocencia, como derecho fundamental, precisa, para la emisión de una sentencia de condena y, por ende, para la imposición de una pena, de una “mínima” o “suficiente” –de conformidad con la doctrina del TC, que en otros pronunciamientos se ha referido a “verdaderos actos de prueba”, STC 17/2002, de 28 de enero– actividad probatoria.

Es decir que no cabe condena sin pruebas, apreciándose la necesidad de que se aporten al juzgador los elementos necesarios para que alcance su convicción, estándole vedado a éste, terminantemente, recurrir a sus conocimientos privados para dictar el fallo. A la vez, deviene importante reiterar que la prueba debe recaer tanto respecto de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, como de la culpabilidad del procesado.

⁶⁶ De manera más desarrollada y con mención de otras decisiones, se considera en la STC 17/2002, de 28 de enero: “Para analizar la queja del demandante, debemos partir de nuestra doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio que, en esta vertiente y en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica (como hemos dicho desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, y reiterado con unas u otras palabras, en las SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 63/1993, de 1 de marzo, FJ 5; 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2; 33/2000, de 14 de febrero, FFJJ 4 y 5, y 126/2000, de 16 de mayo, FJ 12) que toda Sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) éstos han de ser practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, y e) la Sentencia debe encontrarse debidamente motivada. También hemos declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva [...]. Dicho en otros términos, la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, cuya destrucción requiere la existencia de una actividad probatoria, la cual ‘exigimos en un primer momento, a partir de la fundamental STC 31/1981, que fuera ‘mínima’; después, desde la STC 109/1986, que resultase ‘suficiente’, y últimamente hemos requerido que el fallo condenatorio se apoye en ‘verdaderos’ actos de prueba (por ejemplo, SSTC 150/1989, 201/1989, 131/1997, 173/1997, 41/1998, 68/1998)’ (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2, y 171/2000, de 26 de junio, FJ 2). En definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. En palabras de la ya citada STC 81/1998 (FJ 3), ‘la presunción de inocencia opera... como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable’ (igualmente en la reciente STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9).” Asimismo, se indica en la STC 137/2005, de 23 de mayo: “Como venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.”, entre otros pronunciamientos, muchos de los cuales se citan a lo largo de la investigación como sustento de los criterios expuestos.

Asimismo, esa actividad probatoria habrá de practicarse con respeto absoluto a los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, de manera que aquel medio de prueba que, en su obtención o incorporación al proceso, incumpla con este requisito, no podrá ser valorado por el tribunal para fundar la sentencia. De igual forma, se hace imperativa la observancia de las normas legales que regulan la práctica de la prueba.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, únicamente se consideran pruebas las desarrolladas en el juicio oral, fase en la que se da efectivo cumplimiento a los postulados del principio acusatorio⁶⁷. Esta exigencia se entiende con la salvedad de aquellas excepciones específicas referidas a la prueba anticipada y a determinadas diligencias de investigación de imposible reproducción en el debate, debiendo llenarse ciertas formalidades en su práctica a efecto de poder fundar válidamente la decisión judicial.

Por otro lado, la actividad probatoria debe ser “de cargo”, es decir que a partir de los distintos datos que se deriven de los medios de prueba practicados, por su signo evidentemente incriminatorio, el juzgador esté en posibilidades de alcanzar la convicción sobre la constatación del componente fáctico del proceso y de la culpabilidad del acusado, sin margen alguno de duda razonable. Debe añadirse también que la carga de la prueba de culpabilidad del procesado recae en la parte acusadora, no siéndole exigible a aquél prueba alguna de su inocencia, la que de antemano se presume.

Por último, es imprescindible que la sentencia recoja la motivación necesaria respecto de los elementos de prueba que el tribunal ha tomado en cuenta para concluir en la culpabilidad del procesado, los que, en concordancia con el principio de libre valoración de la prueba, han de ser apreciados con

⁶⁷ STC 57/1987, de 18 de mayo: “[...] la aplicación del principio acusatorio viene impuesto por la necesidad de respetar los derechos consagrados en el art. 24 de la Constitución. Pues es evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva ‘sin que en ningún caso pueda producirse indefensión’ requiere que todos [...] deban ‘ser informados de la acusación contra ellos’, acusación de la que puedan defenderse en forma contradictoria, sin lo cual tampoco se daría un proceso ‘con todas las garantías’ como exige el citado art. 24 de la Constitución.” Asimismo, se señala en la STC 95/1995, de 19 de junio, que el respeto del principio acusatorio constituye “una exigencia constitucional en todos los procesos penales”.

sujeción a los parámetros de la lógica y de la experiencia (STC 17/2002, de 28 de enero).

La exigencia de motivación responde no sólo a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, sino al propio derecho a la presunción de inocencia, como instrumento determinante para establecer el fundamento y razonabilidad del fallo, denotando el grado de convicción del juzgador respecto del carácter incriminatorio de la prueba y posibilitando el ulterior control de la sentencia por los tribunales superiores.

En ese orden de ideas, señala ASECIO MELLADO que, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, se estableció el criterio relativo a que el derecho a la presunción de inocencia hace obligatoria “una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales y que sea de cargo”⁶⁸.

Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE, en alusión a la sentencia de mérito y citando otros pronunciamientos del TC, añade que la actividad probatoria (término que sustituyó gradualmente al de “mínima actividad probatoria”) exigida para desvirtuar la presunción de inocencia corresponde a los acusadores, deviniendo inadmisibles hacer recaer en el acusado la carga de demostrar su inocencia, pues ésta se presume inicialmente. Asimismo, reitera el autor que dicha prueba ha de ser tal que permita entenderse de cargo, debiendo ser practicada en el juicio y producirse con las debidas garantías procesales⁶⁹.

En definitiva, la presunción de inocencia exige que cualquier sentencia de condena se funde, exclusivamente, en una actividad probatoria de cargo, producida y diligenciada en observancia estricta de las normas de la Constitución y de los preceptos legales correspondientes⁷⁰ (lo que determina el

⁶⁸ ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., pág. 41. Entre otras resoluciones que refuerzan el criterio, el autor cita la STC 177/1987, de 19 de noviembre.

⁶⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo...*”, cit., págs. 127 y 128. Cita el autor, entre otras, la STC 77/1983, de 3 de octubre.

⁷⁰ Refiere CEDEÑO HERNÁN, Marina: “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (mayo-agosto 2000), pág. 204, que dentro de las temáticas “más espinosas” a las que ha tenido que enfrentarse

respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, igualdad y contradicción, entre otros), a partir de la cual logre concluir el tribunal, fuera de toda duda razonable, en la culpabilidad del acusado respecto del hecho que se le atribuye⁷¹.

En congruencia con lo expuesto, cabe hacer una breve relación de los supuestos señalados, es decir, de las exigencias que la actividad probatoria debe cumplir para lograr destruir de forma válida la presunción de inocencia y, con ello, hacer viable la emisión de un fallo condenatorio.

2.1.1) Necesaria actividad probatoria

Una primera exigencia derivada del reconocimiento y garantía del derecho a la presunción de inocencia determina la necesaria existencia de actividad probatoria en el proceso, es decir que para lograr desvirtuar aquella presunción –como verdad interina que es, vigente en tanto no sea destruida– resulta ineludible la práctica de medios de prueba que aporten al juzgador los datos y elementos que le permitan formar su convicción⁷².

La STC 111/1999, de 14 de junio, se refiere a esta exigencia en los términos siguientes:

el Tribunal Constitucional español, se encuentra la determinación de lo que debe entenderse por “prueba de cargo practicada con todas las garantías”.

⁷¹ Para poder condenar en un proceso penal, afirma RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, en: *Poder Judicial*, nº 3 (septiembre 1986), pág. 90, se hace necesario “que la actividad probatoria de cargo se practique ante el mismo Tribunal juzgador y que en otro caso (prueba de alcoholemia, por ejemplo) se realice con todas las garantías de autenticidad y contradicción y se ratifique en el acto del juicio oral; que su desarrollo responda íntegramente a todas las exigencias constitucionales del derecho de defensa (información suficiente e inteligible, en la prueba, poder negar, poder introducir nuevas pruebas, contradecir las de la acusación), y que de la prueba se deduzca la realización del hecho y la participación del acusado en términos tales que sea capaz de destruir la presunción de inocencia”.

⁷² Señala DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: “Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha”, en: *Poder Judicial*, nº 33 (marzo 1994), pág. 447: “Como establece la STC 24/1984, de 18 de enero, ‘se desconoce la presunción de inocencia cuando, sin prueba o prescindiendo de ella, se declara la culpabilidad, pues las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del Juzgador’. De este principio fundamental se deriva la consecuencia concreta de que la culpabilidad del imputado debe ser probada positivamente. Es decir, que aquel que está sometido a enjuiciamiento es necesario demostrarle con pruebas positivas la realización del ilícito penal que se le imputa.”

“[...] este derecho no permite una condena sin pruebas, lo que hace referencia a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el Estado ejercita el *ius puniendi* a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria. En este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino además la conformidad de las mismas a la propia Constitución, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa. La definición de la presunción de inocencia, que desde la perspectiva constitucional debe entenderse como ‘derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas’ (STC 81/1998, fundamento jurídico 3.), implica que es la sentencia condenatoria la que debe expresar las pruebas de cargo que sustentan la declaración de responsabilidad jurídico-penal, que a su vez deben proceder de actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución y normalmente practicados en el acto del juicio oral, con todas las garantías. En relación con esta previa actividad probatoria, exigimos en un primer momento, a partir de la fundamental STC 31/1981, que fuera ‘mínima’, después, desde la STC 109/1986, que resultase ‘suficiente’, y últimamente hemos requerido que el fallo condenatorio se apoye en ‘verdaderos’ actos de prueba.”

De esa cuenta, al ser necesaria una concreta actividad probatoria, el fallo de condena debe fundarse únicamente en los elementos de convicción que obren en la causa, nunca en los conocimientos privados que pueda adquirir el juez por vías ajenas al proceso, aun cuando se encuentre convencido, sobre la base de éstos, de la culpabilidad del acusado⁷³.

La exclusión del conocimiento privado del juzgador, como elemento para asumir su decisión, deviene de la imposibilidad que ello supondría a efecto de ejercer el control respecto de los medios empleados para alcanzar su convicción⁷⁴, control que se fundamenta en la garantía del debido proceso reconocida a las partes y que, en el caso del acusado, tiene íntima relación con el derecho a la presunción de inocencia, cuya protección puede ser requerida ante las instancias respectivas.

En efecto, la presunción de inocencia, como derecho fundamental, hace necesaria la existencia de garantías específicas que permitan a quien es acusado por un ilícito penal (delito o falta) exigir a los órganos competentes –ya sea en la jurisdicción ordinaria o, incluso, en la constitucional⁷⁵– la tutela de su

⁷³ Expone ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 399 y 400, que el juez únicamente puede introducir a la causa sus conocimientos privados declarando en calidad de testigo, situación que le impediría actuar en el mismo proceso como juez.

⁷⁴ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, *cit.*, pág. 53.

⁷⁵ Así se consideró en la STC 31/1981, antes citada: “[...] para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por

derecho ante posibles infracciones; para ello, resulta imprescindible no sólo el establecimiento de vías procesales idóneas para reclamar dicha protección (medios de impugnación ordinarios o extraordinarios y, en su caso, amparo), sino, a la vez, que la actividad de la autoridad a la que se atribuye el agravio se haya desarrollado de tal forma que haga factible la verificación, en su proceder, del cumplimiento y observancia de los requisitos, elementos y exigencias contemplados en torno al derecho en cuestión, en los que éste se manifiesta, y que en el caso de la presunción de inocencia conlleva conocer, concretamente, el fundamento sobre cuya base el tribunal sentenciador afirma haber alcanzado su convicción respecto de la culpabilidad del acusado.

En concordancia con lo expuesto, el control aludido, según explica VEGAS TORRES, comprende tanto la racionalidad de los medios que proporcionan al juez el convencimiento sobre la verificación de los hechos, descartando meras sospechas o intuiciones, como la observancia de las garantías procesales y los derechos fundamentales en la producción de tales medios. En tal sentido, el referido control se hace imposible cuando se trata de conocimientos adquiridos fuera de la actividad procesal, en circunstancias que únicamente constan al jugador, a diferencia de la publicidad que supone la práctica de los distintos actos de prueba conforme a las normas procesales aplicables, publicidad que posibilita no sólo el conocimiento de lo actuado por cualquier persona ajena al juez y la fiscalización directa de las partes, sino, además, el control por los tribunales superiores, mediante la interposición de los medios de impugnación y acciones procedentes⁷⁶.

Así las cosas, es evidente que el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige la existencia, en el desarrollo de la causa penal de que se trate, de una actividad probatoria concreta, practicada conforme a las exigencias del debido proceso, que proporcione al órgano jurisdiccional los elementos necesarios para formar su convicción respecto de la culpabilidad del inculcado

tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso”.

⁷⁶ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, *cit.*, págs. 53-55.

–comprendiendo con ello, claro está, la verificación de los componentes objetivos y subjetivos contenidos en el tipo penal que recoge la acusación–, siendo dicha prueba la única base admitida sobre la cual devendría factible la emisión de una sentencia de condena en contra del acusado y, por lo tanto, imprescindible para el pronunciamiento de la declaración judicial exigida por el texto constitucional para entender válidamente destruida aquella presunción.

2.1.2) Prueba practicada sin vulnerar derechos fundamentales

Principio generalizado en materia probatoria es el que determina la necesidad de observar, en la obtención de la prueba que permitirá al tribunal alcanzar su convencimiento, los derechos y libertades que la Constitución consagra, como exigencia ineludible para desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia del acusado⁷⁷.

Así, además de requerirse la práctica de una concreta actividad probatoria para fundar un fallo condenatorio, es imprescindible que los elementos de prueba en ella comprendidos hayan sido obtenidos y practicados con estricta observancia de los derechos fundamentales que el ordenamiento constitucional reconoce y protege⁷⁸.

En tal sentido, explica ASENCIO MELLADO que la especial jerarquía normativa que ostenta la Constitución en el ordenamiento jurídico y, con ella, los derechos y garantías que consagra, impide utilizar en el proceso penal cualquier prueba para cuya obtención o práctica se haya incurrido en su vulneración⁷⁹.

⁷⁷ La STC 31/1981, antes mencionada, hace alusión expresa de esta exigencia, al estimar que “es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales”.

⁷⁸ STC 165/1990, de 29 de octubre: “[...] si la inocencia se presume ‘para llegar a la condena es necesario que, mediante una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción [...], y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales (STC 107/1985) quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyen el delito’ (STC 44/1989).”

⁷⁹ ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., pág. 41. Asimismo, advierte CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: “El derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (coords.): *Derechos procesales fundamentales*, cit., pág. 650,

Conforme a tales ideas, para VEGAS TORRES, el conjunto de garantías que rigen la actividad probatoria encuentra su diseño primario en el marco constitucional, es decir, en los derechos que la ley fundamental reconoce, a los que habrán de ajustarse las normas procesales que regulan requisitos y formalidades exigidos para la práctica de la prueba. En ese orden de ideas, el autor se refiere, entre varios “principios procesales constitucionalizados”, a la garantía de contradicción en la práctica de la prueba, así como a aquellas reglas congruentes con el principio acusatorio, como son la oralidad, la inmediación y la publicidad; asimismo, señala que encuentran cabida en tal contexto los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y a la integridad corporal, entre otros⁸⁰.

Es decir que la presunción de inocencia exige que en el desarrollo de la actividad probatoria se observen los derechos y libertades inherentes al ser humano, entre las que tienen especial importancia, por su ámbito de aplicación, el derecho de defensa y el conjunto de garantías inmersas en el derecho al debido proceso.

Por consiguiente, cualquier prueba que conlleve vulneración de derechos fundamentales resulta inadmisibles y, por ende, no puede ser valorada por el órgano jurisdiccional para fundar su sentencia, debiendo excluirla al momento de apreciar los datos aportados para formar su convicción⁸¹; en caso contrario, es decir, de no excluir el juez aquella prueba, se incumplirían las exigencias que determinan la validez de la actividad probatoria requerida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, entendiéndose que el fallo de condena

que la presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada mediante pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

⁸⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 78 y ss.

⁸¹ Señala GIMENO SENDRA, Vicente: *Los derechos fundamentales...*, cit., pág. 484, que la vulneración de derechos y garantías constitucionales determina supuestos específicos de “prohibición de valoración de la prueba”. Asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo...*”, cit., pág. 128, indica que “los medios probatorios traídos al proceso no pueden hacerse valer ni pueden ser admitidos por el juzgador si se han obtenido violentando derechos o libertades fundamentales”.

que se base únicamente en dichos medios conlleva infracción a este derecho fundamental⁸².

Así lo ha considerado el TC, como se aprecia en la sentencia 18/2005, de 1 de febrero, en la que se indicó:

“[...] este Tribunal viene señalando que al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también, cuando la condena se fundamente exclusivamente en dichas pruebas, la presunción de inocencia.”

De esa cuenta, para los efectos de declarar la culpabilidad del acusado resulta inadmisibles, en lo absoluto, la valoración de pruebas que “lesionen el núcleo intangible de la personalidad y, con ello, la dignidad humana”⁸³.

En cuanto a ello, es oportuno mencionar que la necesaria exclusión, para fundar la sentencia, de las pruebas ilícitas⁸⁴, reviste una regla originada de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (la denominada *exclusionary rule*⁸⁵), configurada como un límite a la función policial y una forma de preservar ciertos derechos específicos reconocidos constitucionalmente⁸⁶.

Por el contrario, en la tradición jurídica del *civil law* –en referencia al sistema continental europeo–, el problema de la ilicitud de la prueba estriba en la

⁸² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo; y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Cizur Meno (Navarra), 2010, pág. 37, se refieren a la imposibilidad de que el juez aprecie, para formar su convencimiento, cualquier prueba de origen ilícito, pues de apoyar el fallo en ésta “debería considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado”.

⁸³ ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 203.

⁸⁴ En el capítulo I se hizo la distinción, conforme lo explica BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 256, entre prueba ilícita, en cuyo origen o desarrollo ha sido vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida, consecuencia de la prueba ilícita, cuya introducción al proceso está vedada por la vulneración de derechos o libertades fundamentales, y prueba irregular, en cuya obtención o práctica ha existido violación de normas ordinarias.

⁸⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba...*, cit., págs. 105 y ss. Es el principio de “no consideración de la prueba prohibida” (*Beweisverwertungsverbot*) del Derecho alemán, según apunta FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias”, en: *Revista General de Derecho*, nº 505-506 (octubre-noviembre 1986), pág. 4282.

⁸⁶ Refiere PARRA QUIJANO, Jairo: “Ideas sobre la prueba ilícita”, en: *IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal*, Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano, San Cristóbal (Venezuela), 2003, pág. 644, que en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas cumple una función disuasiva respecto de la futura conducta de las autoridades, especialmente las policiales.

exigencia, para la actuación del *ius puniendi* del Estado mediante el proceso penal, de enervar la presunción de inocencia del acusado en uso de una actividad probatoria respetuosa de los derechos fundamentales y de las garantías del debido proceso, es decir, impidiendo la intromisión injustificada y desproporcionada de las autoridades estatales en la esfera inquebrantable de derechos y libertades del individuo, bajo la excusa de un interés general en la protección y castigo de conductas que lesionan valores esenciales de la comunidad, interés que no prevalece ante la defensa de aquellos derechos y libertades⁸⁷.

Por ende, el derecho a la presunción de inocencia exige que la sentencia que declare la culpabilidad del acusado se base, exclusivamente, en una actividad probatoria lícita, es decir, respetuosa de los derechos y libertades fundamentales. En tal contexto, se considera en la STC 86/1995, de 6 de junio, lo siguiente:

“El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la Sentencia condenatoria.”

Ante ello, es evidente la necesidad de que las diligencias de investigación y prueba imprescindibles para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, especialmente aquellas que conlleven restricción a los derechos del imputado, sean desarrolladas con sujeción estricta a la Constitución y a las normas procesales que regulan su práctica, situación que, de ser observada, permitirá reconocer la validez requerida para fundar la convicción judicial⁸⁸.

⁸⁷ ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2009, págs. 21 y 22. Señala, por su parte, ASENSIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, *cit.*, pág. 42, citando a VESCOVI, que “lo que se pretende es que en el proceso se respeten formalidades legales que constituyen preciadas garantías de la libertad, la defensa y el proceso debido”.

⁸⁸ A esto se refiere FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba...*, *cit.*, pág. 130, al explicar que diligencias como la interceptación de las comunicaciones privadas, el registro en el domicilio del particular o las intromisiones en su intimidad, entre otras, comprometen, por las necesidades de la propia investigación, derechos y libertades fundamentales, dando lugar al establecimiento de condiciones precisas de legitimación del sacrificio del interés de los implicados, las que se fijan, incluso, constitucionalmente. Asimismo, según DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “Prueba ilícita en particular (I)”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba...*, *cit.*, págs. 225 y 226, la conjugación entre el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar las conductas ilícitas con el de los ciudadanos a preservar sus

Aunado a lo anterior, resulta relevante señalar que la vulneración de derechos fundamentales mediante la obtención de determinadas pruebas no sólo afecta la admisibilidad y valoración de éstas, sino, a la vez, de todas las que de ellas resulten, es decir, las pruebas que de aquellas ilícitamente obtenidas puedan derivar⁸⁹.

Lo que se indica es que las pruebas que procedan de una previa prueba ilícita, aun cuando en su obtención específica no se revele una ilicitud, tampoco pueden ser utilizadas por el tribunal para fundar la condena⁹⁰. En efecto, se trata de una prueba que ha sido obtenida, aunque indirectamente, mediante vulneración de derechos fundamentales, por lo que también se considera ilícita, deviniendo, por igual, imperativa su inadmisión en el proceso y su consecuente exclusión de la apreciación por parte del juez⁹¹.

Así las cosas, cabe precisar que son varias los textos constitucionales que recogen expresamente la “regla de exclusión” de la prueba ilícita⁹², existiendo también ordenamientos jurídicos en los que, si bien dicha regla no encuentra

derechos fundamentales, abre el debate sobre las restricciones que estos últimos pueden soportar ante la actuación oficial, siendo el “principio de proporcionalidad”, que atiende a la necesidad de la medida sobre la base de la exigencia social y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la injerencia, el que intentará dar solución al problema.

⁸⁹ Se trata, según apunta ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 205, de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado), desarrollada por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, que determina que una prohibición probatoria se extiende también a cualquier medio de prueba indirectamente obtenido. En el caso alemán, acota el autor, se admite ese “efecto extensivo”, impidiendo con ello que se eludan las prohibiciones probatorias.

⁹⁰ Señala ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., pág. 88, como ejemplo de obtención indirecta de prueba con vulneración de derechos fundamentales, el caso en que una persona interrogada mediante la aplicación de métodos prohibidos (como tortura o coacción), confiesa el lugar donde esconde el botín del robo perpetrado, el que es recuperado por la Policía; con posterioridad, el tribunal que conoce de la causa pronuncia sentencia de condena no con fundamento en la valoración de aquella declaración, sino, en cambio, llegando a la conclusión de que el incoado es autor del delito sobre la base del indicio que comporta el objeto material encontrado. En el supuesto específico, la garantía del derecho a la presunción de inocencia haría inadmisibles la apreciación en juicio no sólo de la declaración obtenida por medios vedados por la ley, sino, además, de todo lo que como resultado de esa declaración pueda ser averiguado, descubierto o encontrado. Asimismo, apunta OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., pág. 144, que, conforme a la jurisprudencia estadounidense, se excluye del juicio toda prueba directamente obtenida con violación de un derecho constitucional, como las que sean conseguidas a consecuencia de éstas, es decir, “pruebas indirectamente obtenidas con violación de derecho constitucional”.

⁹¹ COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal...*, cit., pág. 53.

⁹² Artículo 20.A.IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, [...]” Artículo 29 de la Constitución de la República de Colombia: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” Artículo 5.LVI de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”.

respaldo constitucional expreso, sí existe un reconocimiento por parte de las normas ordinarias que rigen la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional en el desarrollo del proceso⁹³.

En el caso español, especial relevancia tiene la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que la jurisdicción constitucional se pronunció, de manera determinante, sobre la inadmisibilidad en el proceso de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Para el efecto, se consideró en la resolución:

“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida [en el caso de España, a la fecha de emisión de la sentencia], hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de ‘inviolables’ (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la ‘resistencia’ frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de ‘elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...’ (Sentencia de este Tribunal 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no –según se dijo– ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental. En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.”

Esta decisión judicial, según apunta ASENSIO MELLADO, sentó las bases para la posterior configuración legal de la norma comprendida en el artículo 11.1 de la LOPJ⁹⁴, en la que se recoge la regla de exclusión de la prueba ilícita⁹⁵. Así,

⁹³ Entre otros, cabe mencionar los ordenamientos procesales penales de Italia, Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador y Nicaragua.

⁹⁴ ASENSIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., pág. 78.

⁹⁵ Artículo 11.1 de la LOPJ: “[...] No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.” Para GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, págs. 43 y 44, la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, aun sin estar contenida expresamente en la Constitución, tiene naturaleza y alcances constitucionales, pues la jurisdicción en ese ámbito, con apoyo de la doctrina mayoritaria, aprecia en dicha

la sentencia citada tiene el mérito de haber marcado la dirección respecto del tratamiento que se da en España a este tipo de pruebas⁹⁶.

De esa cuenta, la jurisprudencia española ha sido conteste en afirmar que “al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia”, agregando que tal situación ocurrirá “si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida”, como se indicó en la STC 81/1998, de 2 de abril.

Aunado a ello, entre múltiples pronunciamientos, en dicha sentencia el TC aborda el tema relativo a las pruebas derivadas o reflejas (las que proceden indirectamente de un acto ilegítimo), haciendo importantes matizaciones al respecto, en los términos siguientes:

“[...] para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas [a las pruebas reflejas], habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).”⁹⁷

regla una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, en otras palabras, “una garantía que se deduce del conjunto de la regulación constitucional sobre los derechos fundamentales”. En ese orden de ideas, resulta explicativa la STC 85/1994, de 14 de marzo, en la que se expone: “[...] la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J).”

⁹⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba...*, cit., pág. 48. Destaca el autor el protagonismo del Tribunal Constitucional en esta materia, cuya doctrina fue el factor determinante para la formulación de la regla a nivel legislativo.

⁹⁷ En cuanto al caso concreto sometido a conocimiento del TC, se indica en la sentencia: “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental

Así, conforme a la jurisprudencia constitucional española, para descartar cualquier prueba que pueda derivar de otra en virtud de la cual se haya vulnerado algún derecho fundamental, es necesario que el tribunal que conoce del proceso, habiendo establecido una relación de causa y efecto entre ambas, analice también la existencia de una “conexión de antijuridicidad” entre ellas, elemento que una vez evidenciado determinará la exclusión, al proceder a la valoración, de la prueba que de forma indirecta adolezca del vicio.

Este criterio ha sido sostenido en decisiones posteriores, pudiendo citar la STC 66/2009, de 9 de marzo, en la que se explica de manera detallada el análisis requerido:

“[...] la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión.”⁹⁸

sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8o) [...]. La Sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita. A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho. Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. [...] En consecuencia, no puede estimarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas. Y, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de rechazarse que la condena recaída sobre la base de las restantes pruebas de cargo, obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales, haya vulnerado la presunción de inocencia.”

⁹⁸ Se añade en la sentencia: “La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental. [...] A la luz de dichos postulados hemos de analizar la existencia, o no, de conexión causal y de antijuridicidad entre las intervenciones telefónicas originarias declaradas nulas en casación [...] y las pruebas en virtud de las cuales la Audiencia finalmente llegó a la convicción de la culpabilidad del recurrente en su integración terrorista, derivada de una pluralidad de fuentes demostrativas. A los solos efectos de valoración de la conexión entre las pruebas de cargo hemos de considerar especialmente la entrada y registro en el domicilio [...] impugnada: en abstracto la misma constituye una medida investigadora de naturaleza jurídica diversa a las intervenciones telefónicas, siendo también diferentes los derechos fundamentales afectados en una y otras (art. 18.2 CE para el domicilio y art. 18.3 CE para el secreto de las comunicaciones). Y, en concreto, el largo período de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio

Por ende, las cuestiones a dilucidar en estos casos serán: a) por un lado, la apreciación de un nexo causal entre una y otra prueba, es decir, constatar si, efectivamente, una prueba deriva de la otra; y b) una vez apreciado ese nexo, determinar si existe una “conexión de antijuridicidad” entre ambas pruebas, lo que significa indagar si la original ha “transmitido” a la derivada ese signo de ilegitimidad emanado de la vulneración de derechos fundamentales⁹⁹.

En consecuencia, la respuesta afirmativa a ambas cuestiones conllevará la prohibición de valorar el respectivo elemento de prueba, pues lo contrario acarrearía violación a la presunción de inocencia, además de infracción al derecho a un proceso con todas las garantías¹⁰⁰.

Un ejemplo concreto permite ilustrar de mejor manera lo antes explicado; para ello, se cita la STC 161/1999, de 27 de septiembre, en la que se considera:

“[...] que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. [...] El recurrente entiende que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia pues la única prueba que se ha utilizado para justificar su condena –el contenido de su declaración en la que admitió que la droga encontrada en el registro de su vivienda era de su propiedad–, no es una prueba válida por ser consecuencia de un registro policial que el Tribunal Supremo ha declarado lesivo de su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. La declaración del acusado por la que reconocía ser propietario de la droga y demás efectos encontrados en el registro, no resulta, en sí misma, contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni, por ello, al derecho a un proceso con todas las garantías. Por tanto, la respuesta a la queja del recurrente exige determinar si efectivamente la prueba utilizada para fundar su condena es el resultado directo de la lesión de un derecho fundamental, o si ha sido obtenida a partir del conocimiento adquirido con el acto lesivo, y guarda con éste la conexión de antijuridicidad que, conforme a nuestra doctrina, justifica constitucionalmente su exclusión. La primera

(datos sobre la ubicación del domicilio registrado) distinto de las intervenciones telefónicas (cfr. fundamento jurídico primero 2 de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 556/2006; págs. 97 a 101), nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro.”

⁹⁹ El análisis de la “conexión de antijuridicidad” requiere apreciar “la índole y características de la vulneración del derecho”, a fin de determinar si desde una perspectiva “interna” se transmite la inconstitucionalidad a la prueba obtenida por derivación; asimismo, desde un punto de vista “externo”, deberá considerar el tribunal “las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exige” (STC 81/1998, de 2 de abril). Comenta sobre el tema GASCÓN ABELLÁN, Marina: “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 52 (marzo 2005), págs. 80 y 81, que la apreciación de esas esenciales necesidades de tutela del derecho remite a un juicio de ponderación entre el interés público en la averiguación del hecho en el proceso y el interés en reconocer y garantizar aquél, juicio discrecional que deja en manos del juzgador la concreta garantía de los derechos.

¹⁰⁰ Según expresa el TC, la valoración que permitirá determinar la existencia de una “conexión de antijuridicidad” entre una prueba y otra, “no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada”. (SSTC 81/1998, de 2 de abril, y 66/2009, de 9 de marzo).

de las interrogantes ha de ser resuelta en sentido negativo. La declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues éste lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos, y a tal resultado ya ha sido extendido por el Tribunal Supremo el efecto invalidante a efectos probatorios que genera la previa lesión de la inviolabilidad domiciliaria [...]. El recurrente mantiene que su declaración admitiendo parcialmente los hechos que han dado lugar a su condena está en relación de dependencia respecto a la previa violación de su domicilio. Para justificarlo utiliza un razonamiento puramente causal: De no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga, de no haberse hallado la droga no se le habría detenido, ni se le habría tomado declaración, si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Sin embargo este razonamiento es insuficiente en términos jurídicos. [...] La aplicación de esta perspectiva de análisis al supuesto enjuiciado nos lleva a desestimar la queja del recurrente, pues se aprecia que, tal y como razonó el Tribunal Supremo, su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. Esta conclusión se apoya en varias consideraciones: [...] la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. [...] Por todas estas consideraciones, debemos declarar razonable y justificada la decisión del Tribunal Supremo que consideró la declaración del acusado como prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y por ello prueba válida, por haber sido obtenida con todas las garantías, para fundamentar su decisión de condena, lo que conduce a rechazar la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia.”¹⁰¹

Es éste, a grandes rasgos, el criterio sostenido por el TC al respecto¹⁰²; en suma, lo que interesa destacar es que para entender válidamente desvirtuada

¹⁰¹ También sirve para estos efectos la STC 205/2005, de 18 de julio: “El examen de la primera queja ha de partir de que en el fundamento jurídico 5 anterior hemos declarado que, en el caso de autos, se vulneró el secreto de las comunicaciones del recurrente, ya que se vio sometido a una intervención telefónica, producida entre los días 2 y 6 de septiembre de 1996, que carecía de la necesaria cobertura judicial. Lo que ahora debemos examinar es si tal vulneración produce, como pretende el recurrente, una lesión refleja en su derecho fundamental a la presunción de inocencia. [...] En efecto, para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas [...]. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la que hemos denominado ‘conexión de antijuridicidad’ [...]. En el caso que nos ocupa es evidente que no concurre dicha conexión de antijuridicidad. El propio recurrente reconoce [...] que las escuchas telefónicas consideradas relevantes a efectos probatorios se produjeron los días 1 y 2 de octubre de 1996, y es claro que las mismas encontraban cobertura en el Auto del Juzgado de Instrucción [...] dictado el anterior día 6 de septiembre, cuya legitimidad constitucional ha sido arriba declarada. [...] Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad de las escuchas realizadas entre el 2 y el 6 de septiembre en nada afecta al acervo probatorio sobre el que se construye la condena del actor, por lo que también este motivo ha de ser desestimado.”

¹⁰² Exponen DÍAZ CABIALE, José Antonio; y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo: “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 43 (marzo 2002), págs. 39 y ss., que la construcción del TC parte de negar la naturaleza procesal de la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita, admitiendo excepciones en su aplicación, pues, conforme a un argumento implícito, “resulta excesivo excluir todas las pruebas ilícitas”; se evidencia así la trasposición de una doctrina perfilada jurisprudencialmente en EEUU, fruto de la presión social a favor de recortar la garantía. Para efectuar el análisis que describe la teoría de la “conexión de antijuridicidad”, el Tribunal se enfoca únicamente en el derecho sustantivo lesionado (inviolabilidad del domicilio o secreto de las comunicaciones, por ejemplo), trayendo a juego la “falacia” de la independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho (la lesión del derecho a la inviolabilidad de la vivienda o del secreto de las comunicaciones se perpetró en su momento, con la entrada al domicilio o la grabación de las comunicaciones en forma ilícita, pero no ya cuando el policía que ingresó al domicilio o el que grabó la conversación declara ante el tribunal). Por último, resaltan los autores como en casos como el transcrito, la confesión del imputado versaba, precisamente, sobre los elementos hallados en el acto ilícito (el confesante reconoció que la droga era

la presunción de inocencia, la sentencia que declare la culpabilidad del acusado deberá basarse únicamente en aquella actividad probatoria obtenida, directa e indirectamente –debiendo tomar en cuenta, en cada caso, los parámetros para determinar la exclusión de la prueba derivada o refleja¹⁰³–, por medios legítimos, es decir, con respeto de los derechos y libertades fundamentales reconocidos a la persona, lo que determina que cualquier acto de prueba que incumpla tales exigencias no puede ser tomado en cuenta para fundar la decisión judicial.

2.1.3) Pruebas diligenciadas en el juicio oral

Como quedó anotado en su oportunidad¹⁰⁴, la fase de juicio oral del proceso penal, cual punto medular y trascendental en su estructura, caracterizado por la participación de las partes en igualdad de derechos y condiciones, lo que asegura el contradictorio, y en el que los principios de publicidad, oralidad e inmediación, elementales para hacer efectivas las garantías del debido proceso, se cumplen con especial rigor¹⁰⁵ –a diferencia de lo que acontece en otros momentos del trámite del procedimiento–, reviste la etapa procesal

suya), denotándose una relación absoluta entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba. Asimismo, para GASCÓN ABELLÁN, Marina: “¿Freedom of proof?...” *cit.*, pág. 81, la regla de exclusión, de ser una garantía constitucional de índole procesal (art. 24.2 de la CE) acaba, con la doctrina de la conexión de antijuridicidad, convertida en “un simple instrumento al servicio de la garantía y eficacia de los derechos fundamentales originalmente lesionados, y por consiguiente, muy dependiente de la necesidad y posibilidad de disuadir de la violación de los mismos”. Por último, señala ASENCIO MELLADO, José María: “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 66 (noviembre 2009), pág. 85, que la doctrina perfilada por el TC, lejos de servir para el fortalecimiento de los derechos, ha conllevado un menoscabo de la plena eficacia de la ley y de la primacía de la Constitución, permitiendo el “uso y aprovechamiento indirecto de los datos obtenidos con violación previa de los derechos”.

¹⁰³ Comenta ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita...*, *cit.*, pág. 105, como la doctrina perfilada por el TC no ha estado exenta de críticas –lo que se evidencia con los comentarios de los autores citados–, entre las que cabe mencionar denuncias por la práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado o la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional.

¹⁰⁴ Apartado 2.2 del capítulo I.

¹⁰⁵ RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal...*, *cit.*, págs. 105, 110 y 111, indica que la oralidad –en conexión con la publicidad– es garantía frente al justiciable y frente a la sociedad, pues la posibilidad de que todos estén en posibilidades de conocer lo que acontece en el juicio es uno de los controles más efectivos. En cuanto a la inmediación, el autor la califica de irremplazable, pues sólo el juez que ha presenciado la práctica de la prueba es el idóneo para valorarla y, a partir de ello, dictar la sentencia; por último, apunta que la contradicción se ubica en íntima relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, pues el acusado al que se le impide contradecir a quien le acusa se encuentra, sin duda, en estado de indefensión.

idónea para la práctica de la prueba que determinará el convencimiento judicial acerca de la constatación del supuesto de hecho incluido en la acusación y, en su caso, de la responsabilidad que se atribuye al acusado¹⁰⁶.

En tal sentido, explica OVEJERO PUENTE que la validez de la prueba necesaria para enervar la presunción de inocencia se supedita a su producción en el desarrollo del juicio oral, es decir, bajo la dirección de los jueces competentes para resolver el fondo del asunto, dando cumplimiento a las garantías de contradicción e inmediación, propias del sistema acusatorio y que revisten sus elementos diferenciadores frente al sistema inquisitivo. Añade que tal situación hace imprescindible que la actividad probatoria se practique ante el tribunal que dictará sentencia, no ante quien dirige la investigación ni ante quien investiga, de forma que aquél alcance su convicción respecto de la acreditación de los hechos en contacto directo con los medios de prueba que le aporten las partes¹⁰⁷.

Por su parte, recalca MIRANDA ESTRAMPES que, al ser el juicio oral el único momento del proceso penal en el que se observan íntegramente los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad, que actúan como verdaderas garantías procesales de rango constitucional, las pruebas sobre cuya base el órgano jurisdiccional deberá formar su convicción son, precisamente, las practicadas en dicha fase, únicas con aptitud para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado¹⁰⁸.

La jurisprudencia española ha reiterado con especial atención esta exigencia, logrando establecer, desde la referida STC 31/1981, a la que le han seguido una serie de importantes decisiones sobre la materia, que las pruebas que permiten fundar una declaración de culpabilidad y, por ende, que dan lugar a tener por desvirtuada la presunción de inocencia, son las producidas en la

¹⁰⁶ Explica HERNÁNDEZ GIL, Francisco: "La prueba preconstituida", en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *et al.: La prueba...*, *cit.*, pág. 77, que la única actividad probatoria con eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia es la practicada en el juicio oral, al ser la forma como válidamente el tribunal alcanza la convicción sobre los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del acusado.

¹⁰⁷ OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, pág. 149.

¹⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 301.

fase del juicio oral. Entre otros pronunciamientos, es pertinente citar la STC 145/1985, de 28 de octubre, en la que se indicó:

“[...] la presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de algún modo pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado. Tal actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto del juicio oral, como así lo exige el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁹ y los arts. 8 y 10 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, por la que se tramitó la causa de la que trae su origen el presente recurso, no sólo en cumplimiento de las referidas normas legales, sino también como consecuencia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen el proceso penal y que se vinculan directamente con el derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.”¹¹⁰

En definitiva, se trata de asegurar el cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción, observando también la publicidad y oralidad, como medios para garantizar el debido proceso, elementos que sólo la etapa de juicio oral permite cumplir a cabalidad¹¹¹.

Para ROXIN, los principios de oralidad e inmediación se dirigen a poner al tribunal en condicionar de juzgar “a partir de su impresión directa y en vivo acerca del hecho”; mientras que la publicidad reviste una de las instituciones esenciales en un Estado de Derecho, pues consolida la confianza en el sistema de justicia, fomenta la responsabilidad de sus órganos e impide que causas ajenas al juicio influyan en la decisión¹¹².

Por su parte, refiere BORRAJO INIESTA que la necesidad de que las pruebas de cargo que enervan la presunción de inocencia sean practicadas en el juicio oral tiene sustento constitucional, pues nace por la incidencia de preceptos de

¹⁰⁹ El artículo 741 de la LECr a que alude el TC regula: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.”

¹¹⁰ Respecto de esta decisión, comenta JAÉN VALLEJO, Manuel: “Incidencia sobre la presunción de inocencia de las declaraciones sumariales dadas por reproducidas en el juicio (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 64/86 y precedentes)” en: *Revista General de Derecho*, nº 504 (octubre 1986), pág. 3793: “De esta última doctrina del Tribunal Constitucional se desprende claramente la utilización de un concepto amplio del derecho a la presunción de inocencia, protegiéndose, conforme al mismo, contra toda utilización en la sentencia condenatoria de pruebas no legitimadas por el juicio oral (principios de oralidad, inmediación y contradicción).”

¹¹¹ Afirma OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, pág. 154: “[...] todas aquellas pruebas que no se hayan practicado en el juicio oral, no tienen el carácter de ‘prueba’, y por tanto una condena basada en ellas vulneraría el derecho a la presunción de inocencia, en tanto en cuanto, es una condena sin prueba, salvo las excepciones legalmente permitidas.”

¹¹² ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal...*, *cit.*, págs. 394 y 407.

la ley fundamental, íntimamente ligados con aquel derecho; así, la confluencia de los principios antes mencionados (contradicción, intermediación, oralidad y publicidad), y de derechos como el de defensa, a la asistencia letrada y a un proceso público con todas las garantías, entre otros, hace concluir que sólo pueden considerarse pruebas las que sean diligenciadas en el juicio¹¹³.

De esa cuenta, al ser necesario que la prueba sea practicada en la etapa de juicio oral, deviene también ineludible que la sentencia que declare la culpabilidad del acusado se funde, con exclusividad, en dicha actividad probatoria¹¹⁴.

Es decir que el órgano jurisdiccional, al formar su convicción y decidir respecto de la verificación del supuesto de hecho comprendido en la acusación y la culpabilidad del procesado, deberá basarse únicamente en los datos, elementos y motivos surgidos de las diligencias de prueba que con tal objeto hayan sido practicadas, precisamente, durante el desarrollo del juicio oral¹¹⁵.

En tal sentido, al exigirse que las pruebas necesarias para alcanzar la convicción judicial sean practicadas en presencia de los jueces llamados a dictar sentencia, así como de las partes involucradas en la causa, asegurando a estas últimas una intervención en igualdad de derechos, se niega, en principio, el carácter de prueba a cualquier otra diligencia llevada a cabo con anterioridad al debate oral y público, siendo inviable que la decisión judicial se funde en las actuaciones policiales o sumariales.

Ahora bien, dadas las características propias del proceso penal, es indiscutible que determinadas actuaciones de importancia relevante para formar la convicción judicial se desarrollan en la etapa de investigación, las que resultan imposibles o extremadamente difíciles de ser diligenciadas en la fase

¹¹³ BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Presunción de inocencia, investigación y prueba", en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba...*, cit., págs. 19 y 20.

¹¹⁴ Apunta en tal sentido RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio: "Notas sobre presunción de inocencia", en: *Poder Judicial*, nº 39 (septiembre 1995), pág. 327, que el juez no puede prescindir de la prueba que ha sido practicada regularmente en el proceso —es decir, conforme a las exigencias del debido proceso—, siendo únicamente sobre los resultados que ésta arroje que podrá apoyar el juicio fáctico de su sentencia.

¹¹⁵ Así lo define el citado artículo 741 de la LECr.

de juicio oral¹¹⁶, cuestión que la jurisprudencia ha debido tomar en cuenta. Con relación a ello, se señala en la STC 336/1993, de 15 de noviembre:

“[...] si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.”

En consecuencia, con el fin de no restar eficacia al proceso penal, se ha tornado imprescindible admitir excepciones específicas a la exigencia de que las pruebas se practiquen únicamente en el juicio oral.

La STC 94/2002, de 22 de abril, se refiere a esas excepciones en los términos siguientes:

“En relación con la primera de las cuestiones suscitadas conviene traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, consolidada desde la STC 31/1981, de 28 de julio, según la cual únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituída, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo los correlativos actos de investigación en los que las preguntas a las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral [...].”¹¹⁷

En tal sentido, cabe referirse, en primer lugar, a la prueba anticipada, configurada en aquellas diligencias probatorias cuya práctica se torne

¹¹⁶ Destaca BORRAJO INIESTA, Ignacio: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, pág. 29, que de aplicarse con rigor la diferencia entre actos de investigación o instrucción y actos de prueba practicados únicamente en el juicio para basar la convicción del tribunal, el sistema de justicia penal “se hundiría, lisa y llanamente”.

¹¹⁷ Reitera esta doctrina, entre muchas otras, la STC 68/2010, de 18 de octubre.

impostergable a la fase de juicio, por ser irreproducible el respectivo medio de prueba hasta ese momento, derivado de circunstancias específicas y excepcionales (el caso, por ejemplo, de un testigo a quien le aqueja una enfermedad que hace previsible que, por incapacidad o fallecimiento, no podrá declarar al momento del juicio).

Para su validez, la práctica de la prueba anticipada deberá cumplir con las exigencias del juicio oral, asegurando el ejercicio del derecho de defensa y la observancia de los principios de contradicción e inmediación, siendo necesaria, por ende, la presencia del juez y de las partes intervinientes en la causa, permitiéndose que éstas hagan uso de las facultades que dicha etapa procesal conlleva¹¹⁸.

En cuanto al acusado y su defensor, como afirma VEGAS TORRES, a efecto de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y con el objeto de impedir que la ausencia deliberada de éstos invalide la prueba, bastaría su debida citación, en orden a las normas procesales vigentes, para el desarrollo de la diligencia, de manera que la incomparecencia que a ellos les sea imputable no afecte el resultado de la prueba y sea factible su utilización por el tribunal para fundar su sentencia¹¹⁹.

En lo que concierne al valor de la prueba anticipada, una vez que el acta respectiva (en la que se ha dejado constancia de la diligencia practicada, de quiénes participaron en ella y de su completo desarrollo, incluidas las incidencias que se hayan suscitado) sea leída durante el desarrollo del debate,

¹¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 321-323 y 326. Expone el autor que al lado de la prueba anticipada se ha concebido el concepto de prueba preconstituida (anterior al proceso), la que, a su juicio, es exclusiva del proceso civil, debiendo descartarse del ámbito del proceso penal en el que únicamente cabe reconocer validez a la primera. Por su parte, según HERNÁNDEZ GIL, Francisco: "La prueba...", cit., pág. 77, con el concepto de prueba preconstituida se entiende aquella prueba que se prepara antes y fuera del proceso, cuestión que tiene significación en el proceso civil, en el que el titular de un derecho trata de preparar la prueba de éste, ya sea al celebrar el negocio o en otro momento, destacando la prueba documental; en cambio, en el proceso penal, las pruebas se producen en el acto del juicio oral, salvo los casos de prueba anticipada y de diligencias de investigación que se pueden llegar a considerar pruebas, las que no se desarrollan fuera del trámite procesal, sino dentro de éste y en observancia de las garantías que lo informan. Si bien HERNÁNDEZ GIL no descarta del ámbito penal el concepto de prueba preconstituida, no le otorga un sentido distinto al de la prueba anticipada o al de los actos de investigación o sumariales que en la etapa de juicio oral se convierten en prueba.

¹¹⁹ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 96 y 97.

asegurando el contradictorio, deberá ser apreciado su valor probatorio por el tribunal, siguiendo las mismas reglas que para el resto de medios de prueba aportados al proceso.

La otra excepción atañe a las diligencias policiales y sumariales. En tal sentido, es menester destacar, en primer término, que el atestado policial, es decir, el documento en el que los funcionarios de policía dan cuenta al juez de las tareas llevadas a cabo para la comprobación y averiguación del delito, así como las diligencias de investigación que en él consten, tienen valor de denuncia¹²⁰. No obstante, la jurisprudencia ha contemplado determinados casos en los que se reconoce valor de prueba a algunas de estas diligencias.

El presupuesto determinante será la dificultad extrema o la imposibilidad de reproducir la diligencia en el juicio oral, pues, de lo contrario, se deberá proceder a su práctica en el debate, de conformidad con las normas procesales que regulan los distintos medios de prueba; además, se hace necesario verificar que en su práctica se hayan respetado los derechos fundamentales e introducir el respectivo elemento de convicción al debate, a efecto de que las partes puedan ejercer su fiscalización¹²¹.

A ello se refiere la STC 157/1995, de 6 de noviembre, en la que se indica:

“La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación de su autor, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 L.E.Crim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria, siquiera mediata. No cabe negársela para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado.”

¹²⁰ Artículo 297 de la LECr: “Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales”

¹²¹ Sobre este tema expone RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas del proceso penal”, en: *Estudios de Derecho procesal penal*, Comares, Granada, 1995, pág. 183: “Si no se ha dado una prueba susceptible de ser sometida a contradicción por el acusado, el Tribunal no habrá contado, por consiguiente, con ‘prueba legalmente obtenida’. Las pruebas que no pueden ser contradichas son fantasmas jurídicos o, más bien, pseudojurídicos, contra los que no cabe legalmente lucha y, por consiguiente, son inexistentes. De ello se deduce la imprescindibilidad de que la actividad sumarial haya de ser sometida a depuración en el juicio oral, cuando ello sea posible [...]”

De esa cuenta, diligencias como la prueba de alcoholemia o las intervenciones telefónicas resultan irreproducibles en el debate por su propia naturaleza. Ante ello, para poder fundar válidamente la decisión judicial, es necesario que la diligencia haya sido practicada en observancia de las disposiciones constitucionales, que el atestado sea incorporado al proceso y que los policías que lo hayan firmado comparezcan al juicio oral a ratificarlo, declarando en calidad de testigos, lo que permite que se verifique el contradictorio¹²².

En el caso de que el atestado contenga datos objetivos y verificables, como croquis, fotografías o huellas, entre otros, podrá el tribunal apreciar su valor siempre que sean introducidas al debate como pruebas documentales. Asimismo, los informes periciales emitidos por organismos oficiales deben ser ratificados y sometidos a contradicción en la fase de juicio, permitiendo a las partes objetar su resultado.

La STC 173/1997, de 14 de octubre, se refiere a los temas abordados en la forma siguiente:

“La doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se resume en los siguientes puntos: 1. Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo [...]. En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la Sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado [...]. 2. No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes [...]. Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales –por ejemplo, el test alcoholimétrico–, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado [...]. Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado –como puede ser el certificado del Médico Forense– no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso (para el certificado forense, STC 24/1991). 3. Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC 217/1989). Sólo en los casos antes citados –verbigracia, croquis, planos, test alcoholimétrico, certificados médicos, etc.– el atestado

¹²² STC 142/2003, de 14 de julio: “[...] superando interpretaciones formalistas, hemos insistido en que lo realmente relevante es que el resultado de la diligencia practicada en fase sumarial acceda al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción [...]”

policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando, en la medida de lo posible, los principios de intermediación, oralidad y contradicción.”¹²³

Por último, las declaraciones prestadas ante funcionarios de policía, para poder ser valoradas por el tribunal, deberán ser ratificadas en el juicio oral, no bastando su sola incorporación al debate, así lo señala la STC 206/2003, de 1 de diciembre:

“[...] las declaraciones prestadas ante la policía no se convierten sin más en prueba de cargo por el hecho de someterlas a contradicción en el acto del juicio oral, ‘siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial’. Y ello porque la garantía de contradicción no es la única exigible para poder dotar del carácter de prueba de cargo válida a una declaración inculpativa no prestada en el acto del juicio, constituyendo la presencia de la autoridad judicial en la prestación o en la ratificación de la misma una exigencia inexcusable, por tratarse del ‘único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria’.”¹²⁴

Como cabe advertir, se trata de diligencias practicadas con anterioridad al juicio oral, irreproducibles durante el desarrollo de éste por causas ajenas a la voluntad de las partes y que, para ser apreciadas como pruebas, deben cumplir determinadas exigencias, y sólo entonces podrán ser utilizadas por el tribunal, cuales verdaderas pruebas, para formar su convicción.

2.1.4) Prueba de carácter inculpativa

La presunción de inocencia, para considerarla válidamente destruida, requiere la existencia de prueba de cargo suficiente que determine el convencimiento judicial, sin margen de duda razonable, sobre la culpabilidad del acusado, incluyendo, claro está, la constatación de los distintos componentes en la estructura del tipo penal de que se trate¹²⁵.

A ello se refiere la citada STC 174/1985, de 17 de diciembre, al considerar:

¹²³ Hace acopio de la doctrina constitucional, entre otras, la STS 2890/2008, de 5 de junio.

¹²⁴ También en la STC 56/2010, de 4 de octubre, se estima: “[...] resulta evidente que la resolución judicial señalada, al tomar en consideración declaraciones que no fueron ratificadas personalmente en el acto del juicio oral ni se sometieron en ningún momento a la contradicción directa del acusado, vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del demandante de amparo.”

¹²⁵ Para desvirtuar la presunción de inocencia, según ASENSIO MELLADO, José María: “La prueba: garantías constitucionales del artículo 24.2”, en: *Poder Judicial*, nº 4 (diciembre 1986), pág. 39, no basta que se practique prueba, sino que se requiere que de ésta sea dable extraer la convicción sobre la responsabilidad del procesado.

“Desde su Sentencia núm. 31/1981, de 28 de julio, este Tribunal ha señalado reiteradamente que si bien el juzgador dicta Sentencia ‘apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados’ (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esta actividad probatoria de cargo, puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la Constitución. No basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, incluso, que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la policía judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor. El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse ‘de cargo’, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.”¹²⁶

Así, señala RUIZ VADILLO que la condena penal exige que se produzca una actividad probatoria de signo inequívocamente acusatorio, que sea legítima y razonablemente suficiente como para enervar aquella presunción¹²⁷.

Advierte MIRANDA ESTRAMPES que por prueba de cargo se entiende aquella de signo inculpativo o inculpativo, de la que se logra inferir racionalmente la culpabilidad del acusado, es decir, su participación en el delito por el que se le acusa¹²⁸.

Por su parte, ASENCIO MELLADO indica que de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo de España se entiende que la prueba de cargo ha de conllevar un sentido “incriminador”, el que ha de dirigirse a demostrar la culpabilidad del acusado, debiendo ser una prueba que recaiga tanto sobre los elementos objetivos del tipo penal, como sobre los elementos subjetivos que lo conforman¹²⁹.

En ese orden de ideas, según VEGAS TORRES, la actividad probatoria desplegada en el proceso penal, a efecto de conducir razonablemente a la

¹²⁶ Recalca el criterio, con mención de esta sentencia y de la que en ella se cita, la STC 169/1986, de 22 de diciembre: “Dice la STC 31 /1981, de 28 de julio, y a su vez la 174/1985, de 15 de diciembre, que la reitera, que ‘si bien el Juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados (art. 741, L.E.Cr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esa actividad probatoria puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia, que beneficia a toda persona, según el art. 24.2 de la C.E’. Estas resoluciones, y todas las demás concordes, insisten en la misma idea: La prueba ha de ser tal que pueda racionalmente ser considerada de cargo y realizada con las debidas garantías procesales, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado o denunciado.”

¹²⁷ RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas consideraciones generales...”, *cit.*, pág. 180.

¹²⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 176.

¹²⁹ ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, *cit.*, pág. 42.

determinación de la culpabilidad del acusado, debe caracterizarse por su contenido “objetivamente incriminatorio”, lo que quiere decir que de la prueba practicada ha de resultar un hecho determinante de la responsabilidad del acusado o, en su caso, constitutivo de un indicio de esa responsabilidad¹³⁰.

Conforme a lo antes expuesto, es dable afirmar que la prueba necesaria para desvirtuar válidamente la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada ha de considerarse de cargo, por apreciarse en ella un innegable contenido incriminatorio¹³¹, es decir que permita al órgano jurisdiccional

¹³⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 130 y 131.

¹³¹ En cuanto al tema de la prueba de cargo necesaria para enervar la presunción de inocencia, se ha planteado el debate sobre la validez de las declaraciones inculpativas de los coimputados, pues dada su especial naturaleza, la jurisprudencia exige elementos de corroboración para estimarlas creíbles, aunque no concreta qué debe entenderse por corroboración, siendo el juez quien ha de estimar tal elemento en cada caso concreto. En ese sentido, se considera en la STC 102/2008, de 28 de julio: “[...] las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, este Tribunal también ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado [...]” Se refiere a este tema, con especial profundidad, DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Así también, se ha discutido sobre la validez de los testigos de referencia, es decir, aquellas personas que declaran en el juicio respecto de hechos que conocen por referencia de otras, pero que no han percibido directa o indirectamente; como apunta BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: “Pruebas de referencia y garantías procesales”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6821 (15 noviembre 2007), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010], se trata de una prueba en la que la valoración de credibilidad se torna compleja, pues “la convicción del juzgador debe partir de quien no ha percibido los hechos y no puede observar a quien sí los ha apreciado directamente”. Acota el autor que la observancia de las garantías procesales constitucionales respecto de la práctica de la prueba hace difícil una admisión abierta de este tipo de declaraciones, ya que se afecta la intermediación judicial, al no poder el juez apreciar el relato del testigo directo, así como el principio de contradicción, pues se impide a las partes interrogar a la persona de quien deviene la información; es por ello que pruebas de este tipo deben ser admitidas sólo excepcionalmente, cuando exista “imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo”, siendo necesaria la constatación de “otros datos de la realidad que confirmen o robustezcan la información obtenida”, como medio de compensación ante la fuerte restricción de garantías que conlleva. Conforme a lo anterior, cabe citar la STC 146/2003, de 14 de julio, en la que se indica: “[...] se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de intermediación y contradicción en la práctica de la prueba [...]. El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal [...]” En igual sentido la STS 6230/2009, de 17 de septiembre, entre otras. Con todo, el problema real por resolver en este tema, como bien se afirma en la STS 2611/1997, de 15 de abril, atañe a la credibilidad de la prueba; así, se expone en la resolución: “Es

determinar, sobre una base racional, no arbitraria ni caprichosa, la constatación de los elementos objetivos y subjetivos comprendidos en el tipo penal por el que se procesa al acusado, pudiendo, a la vez, concluir fundadamente acerca de la culpabilidad de éste¹³².

En otras palabras, es imprescindible que la prueba en que se funde la decisión judicial dirija su signo acreditativo contra el acusado, haciendo posible que de acuerdo a una apreciación basada en criterios de racionalidad se revele, sin lugar a dudas, su participación en el hecho que se le atribuye.

2.1.4.1) Necesaria motivación de la sentencia

La exigencia del carácter incriminatorio de la prueba denota la necesidad de que la sentencia que declare enervada la presunción de inocencia del acusado contenga una debida motivación, consignando en ella, expresamente, los elementos probatorios que el tribunal ha apreciado para alcanzar su convicción

esa credibilidad la que ha alertado siempre a los jueces para estimar válido ese aporte probatorio siempre que no sea posible la intervención de testigos directos. [...] los jueces ponderadamente tendrán que resolver esta problemática procedimental, por lo que a su veracidad y credibilidad se refiere, dando a la prueba su exacto valor y significado como prueba complementaria subordinada a la posibilidad de la prueba directa.” En cuanto a este tema, puede consultarse, entre otros autores, a VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel: *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Un último asunto también controvertido es que el concierne a la eficacia de la declaración de la víctima para destruir la presunción de inocencia, respecto del cual se considera en la STS 2115/2010, de 27 de abril: “[...] esta sala viene señalando reiteradamente que, aun cuando en principio la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es oportuno que el tribunal de instancia valore los siguientes elementos: 1º. Credibilidad subjetiva de la víctima, testigo único de los hechos, que se manifiesta en la inexistencia de indicios respecto de que pudiera haber declarado impulsada por resentimiento, venganza, enfrentamiento u otro móvil similar (motivo espurio o bastardo). No se trata evidentemente de un requisito, ya que a nadie se le oculta, por ejemplo, que pudiera haber existido en realidad un hecho delictivo cometido entre personas enemistadas. Ordinariamente, para el examen de este elemento, habrán de tenerse en cuenta las relaciones entre autor y víctima existentes antes de la comisión del delito, pues la mera existencia de éste puede explicar ese resentimiento o ese otro móvil espurio, lo que no debiera constituir impedimento respecto de la eficacia como prueba de la declaración de la persona ofendida. 2º. Verosimilitud en esas manifestaciones por su propio contenido y por la existencia de datos o corroboraciones que sirvan de algún modo para hacer creíble objetivamente lo dicho por la víctima. 3º. Persistencia en la incriminación, sin ambigüedades ni contradicciones importantes.”

¹³² Expone de forma ilustrativa RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal...*, cit., pág. 180: “¿Qué es la suficiencia de la prueba? Lo que para unos lo es para otros no lo será. Es evidente. Lo que hay que exigir es que dentro de unos parámetros culturales, que ha de servirnos a los Jueces de apoyo y sostén, no exista arbitrariedad, que está proscrita en la misma Constitución. Y eso sí sabemos, en general todos, lo que es.” Asimismo, afirma GIMENO SENDRA, Vicente: *Los derechos fundamentales...*, cit., pág. 479: “El derecho constitucional a la presunción de inocencia que asiste a toda persona fundamentalmente se quebranta cuando no se haya practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para deducir razonablemente la participación del acusado en el hecho punible”.

sobre la culpabilidad del acusado, con indicación del valor conferido a aquéllos y, concretamente, del razonamiento que a partir de la prueba aportada a la causa y de los motivos que ésta arroje le ha llevado a pronunciar una decisión de condena¹³³.

De esa cuenta, la motivación de la sentencia, a la vez que constituye uno de los elementos imprescindibles del derecho a la tutela judicial efectiva¹³⁴, es el instrumento al alcance de las partes procesales –y de la sociedad en general¹³⁵– para verificar el signo inculpatario de la prueba que sirve al tribunal para pronunciar una sentencia condenatoria¹³⁶.

En cuanto a ello, en la STC 55/1987, de 13 de mayo, se indica:

“Es jurisprudencia reiterada la de este Tribunal la de que la tutela judicial efectiva, que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas y que se encuentre jurídicamente fundada, lo que es aplicable, en línea de principio, tanto a la primera instancia de un proceso como a la segunda cuando ésta exista. Los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados, en este sentido, con lo que dispone el art. 120 de la propia Constitución que exige la motivación de las Sentencias. [...] La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las Sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto

¹³³ Es el “*iter*” formativo de la convicción, como se refiere en la STS 2796/1986, de 21 de abril.

¹³⁴ Artículo 120.3 de la CE: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

¹³⁵ Apunta FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *La Ley*, nº 4 (1987), pág. 862, citando a ILLUMINATI, lo siguiente: “...Administrar la justicia ‘en nombre del pueblo’ –como quiere nuestra Constitución (la italiana), art. 101– significa... permitir el control de la colectividad sobre los mecanismos judiciales y sobre los procedimientos cognoscitivos utilizados [...]. Por eso el juez se ve compelido a ‘...justificar su propia decisión frente a la colectividad por medio de la motivación, dando cuenta también de la manera en que, partiendo de la presunción de inocencia, ha quedado corroborada la hipótesis de culpabilidad...’ [...]”. Asimismo, destaca IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “La motivación de las sentencias”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31 (septiembre-diciembre 1991), pág. 149, que la norma constitucional relativa a la motivación de las resoluciones judiciales representa un “principio jurídico-político” cuyo sentido, en profundidad, expresa la exigencia de controlabilidad; así, las resoluciones de los tribunales, además de las partes y sus abogados, quienes ejercen un control de carácter “privatista”, y de los tribunales superiores, a quienes se les encomienda un control “burocrático”, también están dirigidas al pueblo, el que ejerce un control generalizado y difuso, evidenciando la “óptica democrática” de dicho control. Por último, según YAÑEZ VELASCO, Ricardo: *El recurso en el enjuiciamiento criminal español: elementos para una teoría procesal general*, Atelier, Barcelona, 2001, págs. 55 y 56, la motivación de las resoluciones judiciales gira en torno a los recursos, como mecanismo para controlar al juez.

¹³⁶ Explica ASENSIO MELLADO, José María: “La prueba: garantías...”, *cit.*, pág. 46, que es deber del juez hacer mención, en su sentencia, del “razonamiento seguido hasta llegar a la certeza acerca de la culpabilidad del sujeto”.

de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la Sentencia es una exigencia sin la cual –como es generalmente reconocido– se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquella del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional ‘sometido únicamente al imperio de la Ley’, de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución.”

Asimismo, se considera en la STC 131/2000, de 16 de mayo, con relación a las sentencias condenatorias recaídas en procesos penales, lo siguiente:

“Este deber de exteriorización de las razones jurídicas de la decisión se refuerza y deviene más estricto en el ámbito de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto al constituir el título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal, el derecho a la tutela judicial efectiva se vincula con otro derecho fundamental, la libertad personal (art. 17.1 C.E.), de forma que es aplicable la doctrina de este Tribunal conforme a la cual la necesidad de explicitar los fundamentos de las resoluciones judiciales son mayores cuando se conectan con otro derecho fundamental [...]”

Por último, se cita la STC 5/2000, de 17 de enero, en la que se alude a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en virtud de la falta de motivación de la decisión que declara la culpabilidad del acusado:

“[...] la total ausencia de fundamentación del relato fáctico afecta al derecho a la presunción de inocencia [...], por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado.”

Es así como el deber de motivación se configura en una exigencia constitucional que el tribunal habrá de satisfacer a efecto de posibilitar la apreciación del fundamento específico que ha utilizado para entender enervada la presunción de inocencia, y que, a la postre, hará factible la labor de control que pueda instarse por vía de las impugnaciones que procedan¹³⁷.

¹³⁷ Explica ASENIO MELLADO, José María: “La prueba: garantías...”, *cit.*, pág. 39, que, conforme a la jurisprudencia constitucional, en la sentencia condenatoria deben incorporarse, además de la narración de hechos probados y las pruebas aportadas, una fundamentación en la que se contengan los motivos y razones que han conducido al tribunal a condenar, lo que se hace necesario no sólo para tener por efectivamente desvirtuada la presunción de inocencia, sino, a la vez, para facilitar la impugnación que pueda formularse.

2.1.4.2) Libre valoración de la prueba

En el proceso penal de corte acusatorio rige el sistema de libre valoración de la prueba, descartándose el que atañe a la prueba legal o tasada, propio de un proceso inquisitivo y aplicable aun en el proceso civil ante determinados supuestos¹³⁸.

Como afirma MARTÍN SANTOS, el derecho a la presunción de inocencia ha eliminado el sistema de valoración tasada, dando plena vigencia al sistema de libre valoración¹³⁹.

De esta forma, el tribunal penal no está sujeto a normas preestablecidas legalmente que le informen acerca del valor concreto que debe otorgar a uno u otro medio de prueba, menos aun, sobre qué base es que habrá de tener por alcanzada la convicción necesaria para apoyar su decisión¹⁴⁰.

Con todo, el necesario carácter incriminatorio de la prueba y, especialmente, la exigencia de motivación de la sentencia que tenga por desvirtuada la presunción de inocencia no se oponen a la libertad que impera en la función de apreciación probatoria del juez, de manera que éste no se ve sometido a parámetros previamente fijados o a reglas rígidas que determinen su actuar en dicha materia.

¹³⁸ Para SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: *La prueba en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 375, el sistema de prueba legal o tasada que pervive en el proceso civil descansa en consideraciones relativas a razones de seguridad jurídica, como el caso del valor que se otorga a la escrituras públicas o a máximas de la experiencia comunes o generales codificadas por el legislador, como sucede con la norma que da valor probatorio a la declaración de parte en aquello que perjudique a quien la preste, fundada en la regla de conducta generalmente aceptada de que nadie reconoce algo contrario a sus intereses sin que sea verdadero. En tal sentido, señala que en el proceso civil español la ley mantiene el sistema de la prueba legal o tasada estableciendo el valor que debe otorgarse a documentos públicos (arts. del 319 al 323 de la Ley de enjuiciamiento civil y del 1218 al 1221 del Código civil), documentos privados (arts. 326 de la Ley de enjuiciamiento civil, 1225 y del 1227 al 1230 del Código civil) y declaración de parte, en tanto ésta no contradiga el resultado de las demás pruebas (art. 316.1 de la Ley de enjuiciamiento civil).

¹³⁹ MARTÍN SANTOS, María del Pilar: "La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental", en: *Derecho y opinión*, nº 1 (diciembre 1993), pág. 88.

¹⁴⁰ El artículo 741.1 de la LECr establece: "El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley." El artículo 717 del mismo cuerpo legal precisa: "Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional."

Por el contrario, la libertad que se confiere al juez en este ámbito hace necesario que su actividad valorativa y las conclusiones que de ésta se deriven, incluido el necesario signo inculpatario de la prueba, se funden en criterios de racionalidad¹⁴¹.

Es decir que sobre una base lógica y en concordancia con conocimientos científicos o pautas de experiencia generalmente admitidas¹⁴², logre el juzgador concluir en la culpabilidad del acusado¹⁴³. Por ende, el criterio de racionalidad, cabría afirmar, es el único límite al que se sujeta la actividad de valoración de la prueba¹⁴⁴.

Lo antes expuesto conduce al empleo, en la actividad de valoración probatoria, de las reglas de la sana crítica¹⁴⁵, es decir, de “las reglas del correcto entendimiento humano”, como las califica COUTURE, en las que se

¹⁴¹ Ello se opone, en palabras de GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: “La prueba indiciaria en el proceso penal”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 56 (julio 2006), pág. 76, al absoluto subjetivismo judicial que suponía la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Como ejemplo de ello, cabe citar la STS 5025/1980, de 14 de octubre, en la que se considera: “[...] puesto que bajo los principios dogmáticos de rogación, contradicción y legalidad son practicadas directamente las pruebas ante el Tribunal de Instancia, que han de ser valoradas por éste en unión de las restantes sumariales y demás elementos de juicio aportados, conduciéndole a forjar libremente su juicio declarativo y convictivo respecto a todos los problemas fácticos y jurídicos planteados y discutidos, de tal modo que su soberano criterio no ha de sujetarse a ninguna manifestación dimanante del principio de prueba tasada, ni siquiera a los dictados de la sana crítica [...], ni tampoco a los imperativos de la lógica, bastando con que obtengan sus conclusiones cognitivas de acuerdo con su conciencia, es decir, sin que se inspiren en motivos arbitrarios o parciales, pero también sin otro freno o cortapisa que los derivados de la rectitud moral de juicio y la sujeción a las normas éticas profesionales de imparcialidad y ecuanimidad que deben presidir la alta función juzgadora otorgada por la Ley.” A ese respecto, señala GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Argumentación y prueba judicial”, en: FERRER BELTRÁN, Jordi, *et al.: Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pág. 110, que el principio de libre valoración de la prueba, o de íntima convicción, surgido como reacción ante el sistema de prueba tasada, no se entendió en sus orígenes como liberación de las reglas legales de valoración, sino como “liberación de toda regla”, incluidas las de la lógica y las leyes científicas.

¹⁴² Se trata de las máximas de la experiencia abordadas en el apartado 3.5.3.1 del capítulo I.

¹⁴³ Expone GORPHE, François: *Las resoluciones judiciales...*, *cit.*, pág. 112, que para evitar la arbitrariedad de la decisión es necesario un método racional que apoye la convicción judicial “sobre el resultado de un examen analítico y crítico de las pruebas”.

¹⁴⁴ Las reglas generales de la racionalidad y de la lógica, refiere FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2005, pág. 43, han de entenderse como la única limitación de la libertad del juez para determinar los hechos probados. Asimismo, indica TARUFFO, Michele: *La prueba...* *cit.*, pág. 135, que la libre valoración de la prueba, reconocida en la mayoría de ordenamientos procesales de los países con sistemas de *civil law* y, por lo tanto, convertida en la norma general que rige la decisión sobre los hechos, exime al juez del deber de acatar reglas abstractas; en cambio, aprecia el valor de cada prueba de forma libre, basado en “estándares flexibles y criterios razonables”.

¹⁴⁵ Señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico”, en: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pág. 456, que el concepto de sana crítica proviene del Derecho español, encontrándose por primera vez en los artículos 147-8 del Reglamento en negocios contenciosos del Consejo Real, luego de Estado, de 30 de diciembre de 1846, concepto que luego fue adoptado por diversos códigos de América.

conjugan la lógica y la experiencia para asumir conclusiones fundadas, descartando la arbitrariedad en la decisión judicial¹⁴⁶.

En tal sentido se expresa FERNÁNDEZ ENTRALGO, afirmando que el libre convencimiento no es factible de ser confundido con discrecionalidad o arbitrariedad, es decir que no conlleva asignar al juzgador un “absoluto e incondicionado poder de valoración”; por el contrario, la convicción judicial debe alcanzarse apreciando la prueba en armonía con las reglas de la sana crítica, lo que se traduce en ajustar la fijación de los hechos a criterios generalmente aceptados¹⁴⁷.

Asimismo, señala VÁZQUEZ SOTELO que durante mucho tiempo se entendió que la valoración de las pruebas en el proceso penal por parte de los tribunales “según su convicción” (al tenor del art. 741 de la LECr), encerraba operaciones secretas e inexplicables; no obstante, bastó que se proclamase como derecho fundamental la presunción de inocencia, para que esa argumentación perdiera vigencia. En la actualidad, agrega, el tribunal goza de libertad en la valoración de la prueba, pero debe hacer correcto uso de ella, “utilizando criterios jurídicos

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 270-273. Por su notoria claridad, se transcribe la explicación formulada por el profesor uruguayo: “Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringiendo el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. [...] Las máximas de la experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonamiento, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, pues, la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una larga cadena de máximas de experiencia derogadas por convicciones más exactas; y frente a la misma manera de desarrollar los principios lógicos, la historia del pensamiento humano es un constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.” Cabe aquí apuntar que, como explica NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2010, pág. 65, el sistema de valoración libre de la prueba (sana crítica) se generó espontáneamente, es decir, del uso cotidiano de la mente humana, sin mayor reflexión o directriz.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, págs. 4296 y 4297. Anota FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2007, pág. 66, que la libertad del juez en la valoración de la prueba se encuentra limitada por las reglas generales de la epistemología o, como lo señala la jurisprudencia, de la racionalidad y la lógica.

y éticos y la enseñanza de la experiencia (que es lo que significa, bien entendida, la remisión a la ‘conciencia’ del Tribunal, que se supone ‘recta’). La libertad del juzgador, concluye el autor, nunca es “libre albedrío” o “actuación caprichosa e incontrolable”¹⁴⁸.

Por su parte, para GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, libre valoración no quiere decir que el juez sea libre para seguir su capricho, sus impresiones o sospechas, sino que supone una deducción lógica que ha de partir de datos fijados con certeza. Explican que la expresión “según su conciencia” del artículo 741 de la LECr procede del artículo 342 del *Code d’instruction criminelle* francés, referida a la recomendación hecha a los jurados previo a la deliberación; sin embargo, aun en ese contexto histórico, se aprecia la diferencia entre la inexistencia de reglas legales de las que dependa la plenitud o suficiencia de la prueba, y otra distinta, que la propia ley no pida cuentas al juzgador en cuanto a los medios en los que base su convencimiento¹⁴⁹.

Así las cosas, la libre valoración de la prueba exige al tribunal apoyar sus apreciaciones probatorias en las reglas de la sana crítica¹⁵⁰ (la lógica, la ciencia y la experiencia¹⁵¹), de manera que la conclusión sobre el carácter

¹⁴⁸ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Discrecionalidad y Derecho procesal”, en: *Justicia*, nº 3-4 (1995), pág. 58. Incluso, este autor señala optar por un sistema de “libertad responsable”, al que denomina “de la persuasión racional”, es decir, apreciación probatoria realizada en libertad, pero “atendiendo necesariamente a los imperativos de la lógica, de la razón y de la experiencia”. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., pág. 520.

¹⁴⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, págs. 276 y 277. En similar sentido se pronuncia GARCÍA CARRERO, M.: “La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia”, en: *Poder Judicial*, nº 5 (diciembre 1982), pág. 68, para quien la regla del citado artículo 741 de la LECr no permite entenderla extensible a la posibilidad de un subjetivismo indiscriminado; en cambio, la invocación a la conciencia precisa ser objetivada por referencia a los criterios del racional discernimiento, lo que la hace congruente con la raíz histórica del precepto que la recoge, es decir, la ley procesal penal francesa, que emplazaba a los jurados para que “en silencio y reconocimiento busquen en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han dejado en su razón las pruebas”.

¹⁵⁰ Apunta MUÑOZ SABATÉ, Luis: “La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil”, en: *La Ley*, nº 3 (1993), pág. 1012, que en el marco propiamente lógico del pensamiento, resulta elemental y suficientemente claro que éste no puede ser un pensamiento mágico, sino que debe basarse en las reglas de la razón, que no son otras que la lógica; sin embargo, no deja de ser curioso que el legislador se cuide de explicitar dicha exigencia mediante un concepto que ha encontrado acogida en todos los códigos de cultura hispánica: las denominadas reglas de la sana crítica o del criterio humano.

¹⁵¹ Señala BASSATT TORRES, Nelson: *La duda razonable en la prueba penal: (con especial referencia a Puerto Rico)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, pág. 72: “En esta tarea de libre (pero racional) valoración de las pruebas, el juez habrá de guiarse no de teorías abstractas, como son las teorías filosóficas generales sobre el conocimiento, sino de modelos concretos de las ciencias

incriminatorio de las pruebas aportadas habrá de basarse en criterios de racionalidad que descarten un actuar judicial arbitrario y que, por ende, determinen la legítima destrucción de la presunción de inocencia reconocida al acusado¹⁵².

Por otro lado, la exigencia de motivación de la sentencia tampoco se opone al sistema de libre valoración de la prueba¹⁵³; en cambio, la necesaria fundamentación de la decisión es consecuencia directa de aquel sistema, actuando, en palabras de ASENSIO MELLADO, como “garantía de apreciación de la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica”¹⁵⁴.

En tal contexto, la debida fundamentación de la sentencia es el instrumento apto para apreciar la racionalidad en que se apoya la conclusión judicial sobre la existencia de prueba incriminatoria suficiente en el proceso, logrando así el convencimiento del tribunal acerca de la culpabilidad del acusado y la destrucción de la presunción de inocencia reconocida a su favor sobre bases congruentes con la lógica y la experiencia común¹⁵⁵, aunado, claro está, a que será dicha motivación el elemento que posibilitará el control por parte de los tribunales superiores en caso de impugnación¹⁵⁶.

empíricas y de los cánones de la lógica y de la metodología de las ciencias. [...] Y en defecto de criterios científicos, el juez recurrirá a las llamadas ‘máximas de la experiencia’, que son generalizaciones empíricas que tienen su asiento en el sentido común [...]”.

¹⁵² Expone FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Apresurado comentario al ‘informe’ o ‘exposición’ del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso ‘Gómez Vázquez V. España’ (10-28 julio 2000)”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 3 (2000), pág. 599, refiriéndose al ámbito de control en casación, que las reglas del criterio racional “no son sino ‘principios o máximas de la ciencia, de la técnica, de la práctica, de la experiencia’ que no han alcanzado el rango de ‘normas’ –y menos, de ‘normas jurídicas’–, pero que rebasan el ámbito del simple hecho individualizado, ya que son *reglas*, y es posible que el día de mañana devengan normas jurídicas.”

¹⁵³ En la citada STC 174/1985, de 17 de diciembre, se explica que la exigencia de motivación (con especial referencia a la prueba indiciaria) no coarta la libre apreciación de la prueba, pues “no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir, no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, sino que se le pide únicamente que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos constitutivos de delito”.

¹⁵⁴ ASENSIO MELLADO, José María: “La prueba: garantías...”, *cit.*, pág. 46.

¹⁵⁵ Según TARUFFO, Michele: “Consideraciones sobre prueba y motivación”, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, en: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; y CANDAU PÉREZ, Alfonso: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pág. 23, al imponerse al juez la obligación de motivar sus propias decisiones se evidencia que el ordenamiento se orienta hacia una concepción racional de éstas.

¹⁵⁶ Explica IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Motivación de la sentencia, presunción de inocencia, ‘*in dubio pro reo*’”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2 (2001), págs. 478 y 479: “[...] la presunción de inocencia

2.1.5) Prueba de culpabilidad a cargo de la acusación

El derecho fundamental a la presunción de inocencia hace recaer en la parte acusadora la prueba de la culpabilidad del acusado, pues, al operar en favor de éste aquella presunción con sustento constitucional, se encuentra eximido de probar su inocencia en cualquier caso, sin importar el hecho atribuido o las circunstancias concurrentes¹⁵⁷.

En efecto, es la inocencia del acusado el punto de partida, esa verdad interina que no se entenderá desvirtuada sino hasta que exista prueba válida, suficiente y de carácter indiscutiblemente incriminatorio, cuya aportación queda a cargo de quien imputa a aquél haber cometido una conducta sancionada por la ley penal.

A ese respecto, señala RUIZ VADILLO que la presunción de inocencia hace que la carga de la prueba recaiga, con exclusividad, en el acusador, siendo a él a quien corresponde probar los hechos y la culpabilidad del acusado, y no a éste último su inocencia¹⁵⁸.

En igual sentido, OVEJERO PUENTE sostiene que el derecho a la presunción de inocencia traslada el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba, a la acusación, pues, al presumirse la inocencia del acusado, éste no tiene necesidad de llevar su defensa más allá de la mera negación del hecho, sin tener que recurrir a pruebas de descargo¹⁵⁹.

no sólo reverdece el género deber de motivar sino que instaura un específico (y más exigente) modo de darle cumplimiento. Veamos; combinando el '*onus probandi*' a cargo de la acusación con el '*in dubio pro reo*', resulta que a la acusación le incumbe probar que los hechos sucedieron así o asá, en tanto que a la defensa le basta con argumentar que no se ha excluido razonadamente que los hechos pudieron suceder de otra manera. De ahí se infiere, entonces, que la motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado, justificar que la hipótesis factual retenida es congruente con los elementos probatorios disponibles y además coherente; de otro lado, desmontar la hipótesis adversa por los datos que deja sin explicar y/o porque la historia (reconstrucción) resultante es inverosímil."

¹⁵⁷ De esa cuenta, para BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: "Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios", en: *La Ley*, nº 1 (1991), pág. 971, cualquier reconocimiento de una inversión de la carga de la prueba, por contravenir el derecho a la presunción de inocencia, resulta inadmisibles en el proceso penal y, en general, en todo procedimiento sancionador.

¹⁵⁸ RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas breves consideraciones...", *cit.*, pág. 86.

¹⁵⁹ OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, *cit.*, pág. 138. La autora cita, entre otras, la STC 62/1985, de 10 de mayo, en la que se indica que "la presunción de inocencia quiere decir que en el proceso penal

Todo ello se resume en la STC 105/1988, de 8 de junio, en la que se considera:

“[...] el art. 24.2 de la Constitución significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo. Significa, además, la presunción de inocencia que en los procesos en que se enjuician acciones delictivas debe existir una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional.”

En consecuencia, en el proceso penal, derivado del derecho a la presunción de inocencia, es a la parte acusadora a la que incumbe la prueba sobre la culpabilidad del procesado, pues éste, por reconocimiento constitucional, se presume inocente desde antes del inicio de la causa, siendo precisamente dicha presunción la que por medio de la actividad probatoria de la acusación debe ser legítimamente destruida para hacer factible la emisión de una sentencia de condena¹⁶⁰.

2.2) Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

El derecho fundamental a la presunción de inocencia hace necesaria una actividad probatoria de carácter incriminatoria obtenida y producida en orden a los lineamientos constitucionales que permita alcanzar la convicción judicial sobre la constatación del hecho delictivo y la participación del acusado en éste, de forma que el tribunal se encuentre en situación de pleno convencimiento

se debe partir de la inocencia del acusado, incumbiendo a los que acusan la aportación de las pruebas incriminatorias demostrativas de la culpabilidad del acusado”; asimismo, destaca la inadmisibilidad de exigir al procesado una prueba diabólica o imposible, como el caso en el que la prueba de su inocencia se encuentre en poder del adversario o de un extraño a la causa.

¹⁶⁰ STC 124/1983, de 21 de diciembre: “La presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción *iuris tantum*. Tiene, pues, razón la representación de los recurrentes cuando afirma que no puede imputarse en principio a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario.” Asimismo, se considera en la STC 150/1987, de 1 de octubre: “[...] por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o incriminatorias, es decir, no es el acusado el que tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad, [...]”

sobre su culpabilidad, es decir, sin margen de duda, pues de ser así, la absolución del encartado resultaría obligatoria¹⁶¹.

Así las cosas, de existir duda en el juzgador, es concluyente que no estará en condiciones de pronunciar un fallo condenatorio, debiendo absolver al acusado por entender que no se ha conseguido desvirtuar la presunción de inocencia que rige a su favor, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, según el cual, la falta de certidumbre debe operar en beneficio del procesado.

Afirma TOMÁS Y VALIENTE que el *in dubio pro reo* ha sido considerado como consecuencia inevitable del principio *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*, e interpretado como “la exigencia de que la condena vaya precedida de la certidumbre de la culpa, pues la duda en el ánimo del juzgador debe conducir a la absolución”, y agrega: “Sólo desde el convencimiento firme se puede condenar, no desde la duda. [...] La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscrib[e] la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente incierto de que todo hombre es inocente.”¹⁶²

Según GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, el principio *in dubio pro reo*, en el campo de la fijación de hechos en la sentencia, determina que “la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia”, desempeñando en el proceso penal la función que la carga de la prueba ejerce en el proceso civil –es decir, operando en el plano de las consecuencias de la falta de prueba, en cuanto un hecho no ha quedado probado¹⁶³–, lo que se traduce en que, ante la duda, “hay que preferir la impunidad de un culpable a la condena de un inocente”. Señalan los autores que el principio se aplica no sólo en orden a los hechos constitutivos del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino que cubre, además, las causas excluyentes de

¹⁶¹ Refiere TARUFFO, Michele: “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, traducción de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, en: *Jueces para la Democracia*, nº 52 (marzo 2005), pág. 73, que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, típico en el proceso penal, tiene su origen en el proceso inglés, reafirmando hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal de los Estados Unidos de América.

¹⁶² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo*...”, *cit.*, págs. 127, 131 y 132.

¹⁶³ A ello se refiere FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pág. 27. Al respecto, véase el apartado 1.4 del capítulo I.

responsabilidad penal (como legítima defensa o estado de necesidad) y de punibilidad (prescripción, por ejemplo)¹⁶⁴.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, por su parte, señala que el *in dubio pro reo* es un principio auxiliar, ofrecido al órgano jurisdiccional al valorar la prueba, de forma que si al concluir esta función los datos obtenidos de la actividad probatoria practicada no le convencen respecto de la culpabilidad del acusado, sus dudas habrán de servir para emitir una decisión en favor del acusado¹⁶⁵.

El principio *in dubio pro reo* opera, entonces, al momento en que el juez aprecia la pruebas aportadas y determina las conclusiones que éstas le permiten asumir¹⁶⁶, haciendo imperativa, en caso de considerar que no se ha alcanzado el grado de convicción exigido para entender destruida la presunción de inocencia, la emisión de una sentencia absolutoria.

A ese respecto, se considera en la STS 708/2002, de 5 de febrero:

“[...] según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala el principio ‘*pro reo*’ tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo. El principio ‘*in dubio pro reo*’ sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos: la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas [...]”

Asimismo, parafraseando la STS 1512/1983, de 31 de enero, anota DE VEGA RUIZ que el principio *in dubio pro reo* está dirigido, cual norma de interpretación, al juzgador, definiendo que si las pruebas practicadas le producen duda respecto de la culpabilidad del acusado, “por humanidad y justicia” deberá absolverle¹⁶⁷.

¹⁶⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, cit., págs. 280-282. Respecto de la aplicación del *in dubio pro reo* ante la duda sobre la prueba de una circunstancia eximente de la responsabilidad o extintiva de la pena, señalan los autores que “el juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, es posiblemente no punible”.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio: “Notas sobre presunción de inocencia”, *cit.*, pág. 289.

¹⁶⁶ Acota BELDA, Enrique: “Sobre el derecho a la presunción de inocencia. *Satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damnari* (Ulpiano): es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”, en: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 3 (1999), pág. 2711, que la regla *in dubio pro reo* debe considerarse como un principio jurisprudencial propio del ámbito procesal, destinado a jueces y magistrados para el momento de la valoración de la prueba.

¹⁶⁷ DE VEGA RUIZ, José Augusto: “La presunción de inocencia hoy”, en: *Justicia*, nº 1 (1984), pág. 96.

Por consiguiente, el *in dubio pro reo* se sitúa como importante elemento incluido en el derecho fundamental bajo estudio¹⁶⁸, aunque ambos se diferencian en su esencia, pues mientras el primero opera ante la incertidumbre del juzgador originada únicamente del estado subjetivo de duda respecto de la culpabilidad del acusado, la presunción de inocencia actúa en casos en los que dicha incertidumbre deviene, además, por otras causas, como la carencia de prueba de cargo en cuya obtención y práctica se hayan cumplido las garantías constitucionales. Conforme a ello, la presunción de inocencia opera en todos los casos en que la culpabilidad del procesado sea incierta, sin limitarla a la mera duda subjetiva del juez¹⁶⁹.

Como corolario, cabe afirmar que el principio *in dubio pro reo* reviste una regla que impone al juzgador que, ante la existencia de duda respecto de la constatación de los elementos fácticos de la causa, deberá pronunciar un fallo absolutorio, entendiéndose, por ende, que únicamente la certeza acerca de la verificación de tales elementos hace procedente la condena y, consecuentemente, la imposición de una pena.

3) Prueba indiciaria y presunción de inocencia

Con anterioridad se hizo ver la utilidad e importancia de la prueba indiciaria en el contexto del proceso penal –incluso, relacionando ejemplos concretos–, como actividad intelectual del juzgador que le permite alcanzar la convicción sobre la constatación de los elementos de hecho que han dado lugar a la iniciación del proceso y, con ello, dictar la decisión que ponga término al asunto.

¹⁶⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 13. En igual sentido: OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., pág. 122; y PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 67 (marzo 2010), pág. 64. Apunta a ese respecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 86: “[...] decir *in dubio pro reo* es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia, en una de sus dimensiones, con actualización en un preciso momento de la experiencia procesal sobre cuyo conjunto ésta última se proyecta. A saber, cuando la apreciación del resultado final de la actividad probatoria del juicio provoca en el juzgador una situación de duda.”

¹⁶⁹ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 211-213.

De esa cuenta, resulta oportuno adentrarse en el estudio de los elementos que condicionan la validez de la prueba indiciaria, cuyo cumplimiento permite apreciar en ésta, de alcanzarse la convicción judicial, eficacia enervante de la presunción de inocencia que el ordenamiento constitucional reconoce a toda persona acusada por la comisión de una conducta sancionada por la ley penal.

El derecho constitucional a la presunción de inocencia, como lo afirma la tantas veces citada STC 174/1985, de 17 de diciembre, “no se opone” a que el convencimiento del juez sobre la culpabilidad del acusado sea alcanzado con fundamento en la prueba indiciaria. En esta resolución se considera, además, lo siguiente:

“De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente.”¹⁷⁰

Asimismo, la STC 175/1985, también de 17 de diciembre, se refiere a la posibilidad de que a partir de los indicios que el órgano jurisdiccional estime probados pueda éste, mediante un razonamiento lógico, alcanzar la convicción sobre los hechos de la causa.

A estas dos sentencias les ha seguido una extensa lista de pronunciamientos de la jurisdicción constitucional que han reiterado el criterio concerniente a la posibilidad de que la convicción judicial acerca de la constatación de los elementos comprendidos en el tipo penal y la culpabilidad del acusado sea alcanzada mediante prueba indiciaria¹⁷¹.

¹⁷⁰ Alude también la sentencia a la menor seguridad de la prueba indiciaria y al mayor margen de dudas que puede dejar, en comparación con la prueba directa, criterio que no se comparte, como quedó apuntado, pues en ambos casos debe prevalecer la exigencia de que el juez, para condenar, alcance la plena convicción sobre la culpabilidad del acusado, como garantía del derecho a la presunción de inocencia. Véase apartado 3.2 del capítulo anterior.

¹⁷¹ Dentro de dichos pronunciamientos pueden citarse, entre otras, las SSTC 169/1986, de 22 de diciembre; 150/1987, de 1 de octubre; 229/1988, de 1 de diciembre; 256/1988, de 21 de diciembre; 107/1989, de 8 de junio; 94/1990, de 23 de mayo; 111/1990 de 18 de junio; 124/1990, de 2 de julio; 175/1993, de 27 de mayo; 384/1993, de 21 de diciembre; 62/1994, de 28 de febrero; 78/1994, de 14 de marzo; 93/1994, de 21 de marzo; 206/1994, de 11 de julio; 244/1994, de 15 de septiembre; 283/1994, de 24 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre; 24/1997, de 11 de febrero; 45/1997, de 11 de marzo; 173/1997, de 14 de octubre; 68/1998, de 30 de marzo; 151/1998, de 13 de julio; 157/1998, de 13 de julio; 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 85/1999, de 10 de mayo; 91/1999, de 26

En sus distintos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha resaltado las exigencias que habrán de cumplirse como requisitos que condicionan la validez de la prueba indiciaria para entender destruida, legítimamente, la presunción de inocencia reconocida al procesado.

Por ejemplo, en la STC 229/1988, de 1 de diciembre, se mencionan dos exigencias específicas: a) que los indicios se encuentren “plenamente probados”; y b) que el tribunal exponga en su resolución el razonamiento seguido a partir de los indicios, hasta llegar a la convicción sobre la culpabilidad del acusado. En esta sentencia se expone:

“El Tribunal ha precisado también (SSTC 174/1985 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: Los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas– y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del art. 120.3 de la Constitución, según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas, y del art. 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.”

En posteriores sentencias se añade un requisito más, exigiendo que “entre los indicios probados y el hecho que se infiere de ellos, exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (entre otras, las SSTC 62/1994, de 28 de febrero, y 78/1994, de 14 de marzo).

Ahora bien, en otras decisiones, la jurisdicción constitucional se refiere a cuatro requisitos concretos: a) que los indicios estén plenamente acreditados; b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan, precisamente, de los indicios probados; c) que el tribunal mencione en la sentencia los indicios

de mayo; 120/1999, de 28 de junio; 44/2000, de 14 de febrero; 117/2000, de 5 de mayo; 171/2000, de 26 de junio; 202/2000, de 24 de julio; 124/2001, de 4 de junio; 17/2002, de 28 de enero; 109/2002, de 6 de mayo; 123/2002, de 20 de mayo; 137/2002, de 3 de junio; 155/2002, de 22 de julio; 178/2002, de 14 de octubre; 180/2002, de 14 de octubre; 237/2002, de 9 de diciembre; 43/2003, de 3 de marzo; 56/2003, de 24 de marzo; 135/2003, de 30 de junio; 229/2003, de 18 de diciembre; 163/2004, de 4 de octubre; 61/2005, de 14 de marzo; 137/2005, de 23 de mayo; 186/2005, de 4 de julio; 263/2005, de 24 de octubre; 267/2005, de 24 de octubre; 296/2005, de 21 de noviembre; 300/2005, de 21 de noviembre; 66/2006, de 27 de febrero; 74/2006, de 13 de marzo; 123/2006, de 24 de abril; 150/2006, de 22 de mayo; 229/2006, de 17 de julio; 284/2006, de 9 de octubre; 43/2007, de 26 de febrero; 73/2007, de 16 de abril; 117/2007, de 21 de mayo; 137/2007, de 4 de junio; 196/2007, de 11 de septiembre; 256/2007, de 17 de diciembre; 111/2008, de 22 de septiembre; 108/2009, de 11 de mayo; 109/2009, de 11 de mayo; 148/2009, de 15 de junio; 70/2010, de 18 de octubre, y 25/2011, de 14 de marzo.

probados y, primordialmente, que explique el razonamiento o engarce lógico entre esos indicios y la afirmación presumida, lo que hará posible el control sobre la razonabilidad de la inferencia; y d) que el razonamiento efectuado se funde en las “reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común”¹⁷².

Como puede apreciarse, a lo largo de los años el Tribunal Constitucional, al concretar los requisitos de la prueba indiciaria, ha reiterado, en primer lugar, la necesidad de que los indicios a partir de los cuales se deduzcan los hechos de la causa se encuentren plenamente acreditados, pues no es factible obtener conclusiones valederas y fundadas (como exige la presunción de inocencia) con base en indicios cuya constatación es incierta.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la obligación del tribunal de hacer explícito en su sentencia el razonamiento en virtud del cual logra concluir en la afirmación presumida, es decir que para garantizar el respeto a la presunción de inocencia del acusado (así como el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en general) es preciso que el juez exponga cómo es que a partir de los indicios ha logrado convencerse de la culpabilidad de aquél.

Por otro lado, también el TC ha mostrado su preocupación por asegurar la racionalidad de la inferencia, exigiendo que el enlace o nexo entre indicio y afirmación presumida se funde en parámetros lógicos o de la experiencia común, excluyendo la arbitrariedad.

Ahora bien, en cuanto a que dicha afirmación (referida a los elementos del tipo penal y a la culpabilidad del acusado) sea deducida del indicio o indicios

¹⁷² Entre otras, las SSTC 124/2001, de 4 de junio; 137/2002, de 3 de junio; 111/2008, de 22 de septiembre, y 70/2010, de 18 de octubre, en la que se considera: “[...] también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1º) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2º) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3º) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4º) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes’ [...]”. Reitera el criterio la STC 25/2011, de 14 de marzo, entre otras.

constatados, cabe indicar que se trata de un elemento que no siempre es mencionado de manera expresa en los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, posiblemente porque incide en la estructura misma de la prueba indiciaria, en la que, necesariamente, el hecho-consecuencia habrá de concluirse a partir del hecho-base, derivado del nexo existente entre uno y otro.

De igual forma, es preciso señalar que el Tribunal Supremo, en su función de órgano jurisdiccional superior en el orden penal, ha reconocido también la aptitud de la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia del procesado¹⁷³.

En efecto, el TS abordó el tema de la prueba indiciaria en “forma frontal”, por primera vez –como se indica expresamente en la resolución que a continuación se cita–, en la STS 5456/1986, de 14 de octubre, pronunciada en los términos siguientes:

“[...] al tratarse por vez primera de abordar en forma frontal el tema de la prueba circunstancial o indiciaria, no resultará ocioso ni descentrado dentro de la misión asignada a este Tribunal Supremo referirse a las grandes líneas sobre las que ha de desenvolverse aquélla; por cuanto en el proceso penal la actividad probatoria constituye la fase más trascendental, ya que, como se ha señalado por muy autorizada doctrina procesal, la función jurisdiccional se asemeja en tal área o ámbito a la historiográfica, pues el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y averiguar su real existencia, estando para ello obligado, según se ha podido decir plásticamente, a realizar no una labor de fantasía, sino una obra de elección y construcción sobre datos preexistentes. [...] Entrando ya en la motivación sobre autoría efectuada en el segundo Considerando de la sentencia sometida a recurso, conviene indicar que para la eficacia de esta prueba circunstancial o indiciaria resulta precisa la existencia de las notas siguientes: a) La primera nota exigible para tomar en cuenta esta forma de actividad probatoria es la necesidad de que el indicio no sea aislado, sino que exista una pluralidad. No puede indicarse con carácter nomotésico, como hacen algunas legislaciones extranjeras, cuál haya de ser el número preciso, pero sí se ha de recalcar que esos hechos periféricos absolutamente probados a partir de los que se fija la existencia del indicio sean más de uno. b) En segundo término, tales hechos han de estar absolutamente probados en la causa, y demostrados por prueba directa; precisando además ostentar la nota de derivarse de hechos, sucesos o acontecimientos no desconectados del supuesto delito, dicho de otro modo: es necesario que los indicios hagan relación, material y directa, al hecho criminal y a su agente, pues de lo contrario se estaría en el vedado campo de las presunciones en contra del reo y se estaría vulnerando el expresado derecho fundamental a la presunción de inocencia. c) Resulta también preciso que entre los hechos fundantes de los indicios exista una armonía o concomitancia, a fin de que la convicción del juez se forme carente de toda duda razonable. d) Por último, también pueden ser fuente de indicios los denominados por la doctrina científica ‘contra indicios’; ya que si el procesado, que en forma alguna tiene la carga probatoria de su inocencia al estar amparado por la presunción de inocencia, formula unas alegaciones exculpatorias que la prueba posterior revela falsas y no acaecidas, tal circunstancia puede servir corroborativamente para establecer su culpabilidad [...]”¹⁷⁴

¹⁷³ En STS 416/2009, de 5 de febrero, se afirmó que la prueba indiciaria “tiene la misma aptitud y eficacia que la prueba directa para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia”.

¹⁷⁴ No obstante, vale apuntar que, aunque sucintamente, en decisiones previas el TS se había referido al tema. Así, en la STS 523/1986, de 10 de febrero, se señaló que son cosas distintas la presunción de culpabilidad y la presunción como medio intelectual de prueba; en la STS 2995/1986, de 3 de junio, se

Con su decisión, el TS acogió el criterio sustentado por la jurisdicción constitucional¹⁷⁵; de igual forma, a este pronunciamiento le ha seguido también una considerable lista de resoluciones que han reconocido la aptitud de la prueba indiciaria para fundar la convicción judicial¹⁷⁶.

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo, desde ya, hace mención de los requisitos exigidos para reconocer validez a la prueba indiciaria, enunciando la necesidad de que los indicios sean plurales y que se encuentren acreditados mediante prueba directa, aunado a que deben tener relación “material y directa” con el delito y su agente, y que exista armonía o concomitancia entre los hechos que fundan tales indicios.

afirmó que los indicios constituyen elementos probatorios de cargo siempre que se obtengan “de hechos plenamente acreditados y que la deducción sea la racional dentro de las reglas del pensamiento lógico”; y en la STS 5293/1986, de 7 de octubre, se indicó que la prueba indiciaria “funciona no como una vedada presunción contra el reo, sino como instrumento lógico de valoración probatoria”.

¹⁷⁵ STS 6429/1986, de 21 de noviembre: “El Tribunal Constitucional ha admitido esta prueba con eficacia bastante para desvirtuar la presunción de inocencia en sentencias: una de 16 de diciembre [refiriéndose a la STC 173/1985] y dos de 17 de diciembre de 1985 [SSTC 174 y 175/1985]. [...] La diferencia fundamental entre la prueba indiciaria anterior a la Constitución que recoge el principio de presunción de inocencia y la posterior al texto constitucional, es que antes el razonamiento lógico que llevaba de unos hechos verídicos a los elementos esenciales del delito perseguido, quedaban en el arcano de la conciencia del Juzgador, mientras que ahora es preciso concretar cuáles son los hechos indiciarios y cuál el razonamiento lógico por el que se llega a la afirmación de los hechos constitutivos del delito; es decir, no basta juzgar en conciencia conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que se exige razonar cómo se ha llegado a formar esa conciencia.”

¹⁷⁶ El listado de resoluciones es realmente amplio, entre las que se encuentran, aunado al cúmulo de decisiones citadas a lo largo de la investigación, las SSTS 6186/1986, de 11 de noviembre; 7261/1986, de 20 de diciembre; 1601/1987, de 6 de marzo; 6808/1987, de 29 de octubre; 2123/1988, de 23 de marzo; 3532/1988, de 11 de mayo; 7912/1989, de 30 de junio; 8690/1989, de 18 de septiembre; 7265/1990, de 15 de octubre; 8466/1990, de 22 de noviembre; 2509/1991, de 16 de mayo; 6353/1991, de 18 de noviembre; 523/1992, de 28 de enero; 8943/1992, de 9 de diciembre; 3509/1993, de 31 de mayo; 8845/1993, de 16 de diciembre; 13683/1994, de 13 de octubre; 17787/1994, de 7 de diciembre; 7517/1995, de 30 de marzo; 5159/1995, de 18 de octubre; 195/1996, de 19 de enero; 2401/1996, de 22 de abril; 3920/1997, de 3 de junio; 5328/1997, de 29 de julio; 410/1998, de 26 de enero; 7098/1998, de 27 de noviembre; 519/1999, de 30 de enero; 2921/1999, de 30 de abril; 1486/2000, de 26 de febrero; 5194/2000, de 26 de junio; 6530/2000, de 19 de septiembre; 6461/2001, de 20 de julio; 9338/2001, de 29 de noviembre; 10160/2001, de 21 de diciembre; 1928/2002, de 18 de marzo; 1993/2002, 20 de marzo; 5060/2002, de 8 de julio; 5692/2003, de 24 de septiembre; 6100/2003, de 7 de octubre; 7048/2003, de 11 de noviembre; 1108/2004, de 20 de febrero; 6183/2004, de 5 de octubre; 7773/2004, de 30 de noviembre; 1041/2005, de 21 de febrero; 2986/2005, de 11 de mayo; 6913/2005, de 11 de noviembre; 1489/2006, de 21 de febrero; 3136/2006, de 22 de mayo; 8427/2006, de 5 de diciembre; 2253/2007, de 9 de marzo; 5274/2007, de 20 de julio; 8018/2007, de 4 de diciembre; 678/2008, de 15 de enero; 3754/2008, de 27 de junio; 5019/2008, de 25 de septiembre; 3317/2009, de 11 de mayo; 4156/2009, de 17 de junio; 8414/2009, de 29 de diciembre; 306/2010, de 4 de febrero; 1751/2010, de 21 de abril; 4643/2010, de 21 de septiembre; 6474/2010, de 1 de diciembre; 905/2011, de 22 de febrero; 1645/2011, de 10 de marzo; 3759/2011, de 15 de junio, y 4333/2011, de 24 de junio.

De esa cuenta, en posteriores decisiones, fruto de una sólida línea jurisprudencial, la Sala de lo Penal logró configurar tales requisitos¹⁷⁷, al punto de establecer los siguientes: a) pluralidad de los hechos base o indicios, admitiendo, excepcionalmente, un único indicio de “singular potencia acreditativa”; b) precisión de que los hechos-base estén acreditados por prueba directa, habiendo reconocido, en algunos casos, la posibilidad de su constatación mediante prueba indiciaria; c) necesidad de que los indicios sean concomitantes o periféricos al hecho a probar; d) exigencia de interrelación existente entre los indicios; e) racionalidad de la inferencia; y f) necesidad de que la sentencia explique cómo se ha llegado a la conclusión acerca de la culpabilidad del acusado¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Por ejemplo, en la STS 8310/1989, de 7 de abril, se hace mención de los requisitos siguientes: “[...] los hechos-base han de estar justificados por prueba directa, han de ser plurales, relacionados con el hecho a probar y concomitantes entre sí o interrelacionados. El órgano judicial debe, además, señalar cuando menos los grandes hitos del razonamiento deductivo de que se sirvió para, a partir de ellos, deducir el hecho-consecuencia.” De igual forma, en la STS 22492/1994, de 4 de octubre, se señalan, como requisitos de la prueba indiciaria: “[...] la pluralidad de los hechos-base o indicios, la precisión de que la existencia de los mismos esté justificada por prueba plena de carácter directo (art. 1.249 del Código Civil), la interrelación de tales datos periféricos respecto al hecho necesario de prueba, la racionalidad epistemológica de la inferencia (art. 1.253 del mismo Código Civil) y, finalmente, que el Tribunal sentenciador exponga en la motivación de su Sentencia conforme a lo exigido por el art. 120.3 de la Constitución los grandes hitos de su razonamiento a fin de que este órgano de casación (o eventualmente el Tribunal Constitucional) puedan determinar que tal razonamiento no es irracional, ilógico o arbitrario.” Por su parte, se expone en la STS 9723/1995, de 19 de abril: “[...] que los hechos-base estén plenamente acreditados por prueba directa, que sean plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar, interrelacionados en tal sentido y, finalmente, que la inferencia obtenida a través de ellos no se muestre irracional, ilógica o arbitraria.”

¹⁷⁸ STS 3180/1996, de 24 de mayo: “[...] tanto la reiterada jurisprudencia del TC como la de esta Sala [...], viene declarando que dicho derecho reaccional [a la presunción de inocencia] queda enervado a través de una prueba indirecta o derivada de indicios siempre que concurren las siguientes condiciones: a) Pluralidad de los hechos-base o indicios. Como se ha señalado jurisprudencialmente, la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseguidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter. Admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el artículo 9.3 de la CE [interdicción de la arbitrariedad]. b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo. No otro sentido cabe dar a la exigencia contenida en el artículo 1.249 del Código civil: que estén plenamente acreditados. Y ello es obvio, por cuanto la admisión de lo contrario comportaría una especie de creación ‘*ex nihilo*’ y por ello mismo incursa en el área o ámbito de la arbitrariedad. c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar. No todo hecho puede ser relevante así. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de ‘*circum*’ y ‘*stare*’, implica ‘estar alrededor’ y esto supone ópticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella. d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación. e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el artículo 1.253 del Código civil, ‘un enlace preciso y directo según las reglas

Así las cosas, diferentes resoluciones del TS reiteran la necesidad de observar tales requisitos¹⁷⁹.

3.1) Requisitos de la prueba indiciaria

En orden a las consideraciones efectuadas, deviene procedente adentrarse en el análisis de los requisitos mencionados, “exigibles jurisprudencialmente”¹⁸⁰, haciendo la aclaración de que éstos se precisan en todo caso, es decir, sin circunscribirse al enjuiciamiento de delitos específicos, por cuanto determinan los presupuestos cuya verificación hace factible apreciar en la prueba indiciaria, aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada.

del criterio humano’ [...]; enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente. f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues sólo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el artículo 120.3 de la Constitución los grandes hitos del razonamiento cabe al control extraordinario representado por el recurso de casación ante este TS o, en su caso, por el de amparo subsidiario ante el TC, determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 de la CE. y 741 de la LECrim.”

¹⁷⁹ Entre otras, las SSTS 4348/1996, de 13 de julio, y 602/1997, de 1 de febrero; y más recientemente, las SSTS 6277/2005, de 19 de octubre; 3137/2008, de 22 de mayo; 4841/2009, de 22 de junio, y 6940/2009, de 26 de octubre. Sin perjuicio de que todos los elementos mencionados serán objeto de análisis, vale indicar que en otras resoluciones, el TS ha logrado delimitar estos requisitos en distinta forma, como se desprende de lo expuesto en la STS 6215/2010, de 24 de noviembre, en la que se indica: “[...] la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción [...], siempre que: a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas. b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.”; en términos similares las SSTS 907/2011, de 25 de febrero, y 2888/2011, de 5 de abril.

¹⁸⁰ Como se expone en la STS 8103/1997, de 29 de mayo, en la que se recogen esos mismos requisitos distinguiéndolos entre formales y materiales: “[...] es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son: 1º) Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia se expresen cuales son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que –aún cuando pueda ser sucinta o escueta– se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí [...]. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un ‘enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano’ (art. 1253 del C.Civil), [...]”

3.1.1) Pluralidad de indicios o indicio único de especial significación probatoria

La jurisprudencia del TS ha venido exigiendo la existencia de múltiples indicios para fundar la convicción judicial, aunque no fija un número determinado (STS 5456/1986, de 14 de octubre, antes citada)¹⁸¹; no obstante, se ha considerado también la posibilidad de que un único indicio de “singular potencia acreditativa” (STS 8103/1997, de 29 de mayo, también citada) o de “especial significación probatoria” (STS 8485/2000, de 21 de noviembre), revista el hecho-base de la inferencia de la que se concluya en la constatación de otro hecho.

Ahora bien, distintos autores respaldan la necesidad de una pluralidad de indicios para reconocer validez a la prueba indiciaria. En tales términos se expresa MARTÍNEZ ARRIETA, quien considera que la exigencia de varios indicios responde a la necesidad de excluir el azar, lo que permite afianzar la certeza en la decisión¹⁸². Asimismo, señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS que un solo indicio podría, fácilmente, inducir a error¹⁸³.

Ante tales argumentos, cabe reiterar que la eficacia de la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia deriva, esencialmente, no del número de indicios con que se cuente, sino de la solidez y fundamento del nexo que se logre identificar entre hecho-indiciante y afirmación presumida¹⁸⁴.

¹⁸¹ Esta exigencia, en muchos de los casos, continúa apoyándose en la menor fiabilidad que, según determinados pronunciamientos, merece la prueba indiciaria. Así lo expone la STS 3604/2007, de 30 de mayo, aunque no descarta la posibilidad de fundar la inferencia en un único indicio: “Como se ha señalado jurisprudencialmente, la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter. Admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el artículo 9.3 de la CE –salvo cuando por la especial significación del indicio único así proceda, STS.20.1.97–.”

¹⁸² MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, *cit.*, págs. 59 y 65.

¹⁸³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en: *Revista de Derecho Penal*, nº 22 (septiembre 2007), pág. 18.

¹⁸⁴ Al respecto, señala LÓPEZ INFANTES Y PÉREZ, Leopoldo: *Apreciación de la prueba en materia criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1919, pág. 135: “¿Cuántos indicios será necesarios para la certeza? Supuesto el concepto que dejamos sentado, podemos contestar que en unos casos basta uno solo, y en otros ciento pueden ser pocos.” Asimismo, DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág.

Así las cosas, es evidente que en el caso de la prueba indiciaria, es la fuerza de ese enlace el elemento determinante para considerar válidamente fundado el convencimiento del juzgador sobre la constatación de una específica circunstancia fáctica, en atención, precisamente, a la razón que respalda el proceso intelectual que ha logrado concluir, a partir de un hecho conocido (el indicio), en la acreditación de otro desconocido (la afirmación presumida), crucial para la emisión de la sentencia que pondrá fin al litigio.

Ahora bien, la experiencia de los tribunales hace ver que en una considerable cantidad de casos un único indicio no es base suficiente para concluir, sin lugar a dudas, en la constatación del hecho que se pretende probar¹⁸⁵.

Esta situación permite apreciar, parafraseando a MUÑOZ SABATÉ, la regla general según la cual, en la mayoría de casos, habrá de concurrir una pluralidad de indicios para la fijación de los hechos sujetos a prueba¹⁸⁶.

Sin embargo, debe agregarse que esta circunstancia en nada alude a la exigencia de partir de una diversidad de hechos-base para afirmar la eficacia de la prueba indiciaria, menos aún, a que un indicio individualmente considerado no tenga la fuerza suficiente para que, sobre su base, se puedan inferir racionalmente elementos determinantes para corroborar la existencia del delito y la culpabilidad del acusado¹⁸⁷, como lo ha estimado la propia

673, refiriéndose al valor probatorio de los indicios, afirma que éstos “se pesan y no se cuentan”; en idéntico sentido se expresa MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria...*, *cit.*, pág. 226.

¹⁸⁵ Afirma ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, *cit.*, pág. 61: “Aunque un solo indicio, en un plano teórico sea suficiente para proporcionar tal seguridad, lo normal es que ello no sea así por la imposibilidad de contrastar el resultado hallado con otras hipótesis probables, salvo, claro está, en los supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser clasificadas como seguras, hecho bastante infrecuente.”

¹⁸⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria...*, *cit.*, págs. 226 y 227; agrega el autor: “El proceso discursivo a que equivale la presunción será siempre único, cualquiera que sea el número de afirmaciones-base o indicios de que se parta; lo único que variará será la amplitud del haz en que se integrarán las distintas proposiciones; por ello podremos hablar de presunción monobásica, bibásica, tribásica o polibásica, etc. [...] Por regla general las presunciones suelen ser polibásicas; [...] La presunción polibásica es, pues, un concurso; no un concurso de instrumentos sino un concurso de indicios. De ahí que el efecto acumulativo sea el fenómeno más natural y propio de toda presunción.”

¹⁸⁷ Como acertadamente afirma BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “La prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 46, lo que en todo caso resulta difícil de imaginar es que un solo indicio, al igual que una sola prueba directa, pueda probar un delito y, además, la culpabilidad del procesado.

jurisprudencia. En todo caso, se trata de una regla general que, ciertamente, admite excepciones¹⁸⁸.

En efecto, dentro de las excepciones a la regla general, el TS ha considerado que en procesos por delito de posesión de drogas con la intención de traficar con ellas (art. 368 del CP), la prueba de ese elemento subjetivo del tipo, es decir, la intención de tráfico, puede obtenerse a partir de un único indicio, consistente en la cantidad de droga en posesión del acusado, en cuanto exceda de la dosis habitual para el consumo.

Se aborda el tema, entre otras decisiones, en la STS 3556/2001, de 30 de abril, en la que se expresa:

“[...] en materia de prueba de indicios es la regla que sean necesarios varios hechos básicos (indicios) para que puedan considerarse suficientes como fundamento de una condena o para acreditar algún dato desfavorable para el reo. Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites, diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas, vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino [...]”

No obstante, es preciso matizar que el criterio no es categórico en la totalidad de sentencias que tratan el tema, pues diversos pronunciamientos aluden a la necesidad de apreciar con cautela este único indicio para no incurrir en la aplicación analógica del tipo penal, sancionando la mera tenencia de una determinada cantidad de droga, cuando la norma lo que exige es constatar, precisamente, el ánimo de traficar con ella¹⁸⁹.

A pesar de tal aclaración, el ejemplo resulta útil a efecto de hacer notar que, según la propia jurisprudencia, es posible alcanzar la convicción judicial con apoyo en una inferencia operada a partir de un único hecho-base, por cuanto la

¹⁸⁸ Según MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 239 y 240, aquella regla general suple el carácter de requisito intrínseco que se ha querido conferir a la pluralidad de indicios, erigiéndose en una regla que admite excepciones. Por su parte, VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 150, apunta que el hecho de que en múltiples casos deba acudir a la variedad de indicios no incide en la esencia de la prueba ni hace objetable la fijación de un hecho sobre la base de un indicio único.

¹⁸⁹ Véase apartado 3.2.5 de este capítulo.

validez de aquélla, como se ha afirmado, estriba en el fundamento de la conexión que se aprecie entre indicio y afirmación presumida.

Pues bien, en la STS 8485/2000, de 21 de noviembre, con suma claridad se considera, entre otras cuestiones, lo siguiente:

“En los casos, como el presente, relativos a delitos de tráfico de drogas, cuando la modalidad de comisión, de las varias que abarca el art. 368, es la de posesión para dicho tráfico, el criterio fundamental para tener como acreditado ese destino al tráfico de la sustancia tóxica poseída es la cuantía de la droga. Si tal cuantía es mínima, por regla general no puede valer a este respecto; pero a medida que va aumentando la cantidad poseída va adquiriendo mayor valor, mayor significación, este dato como elemento para convencer a un Juzgado o Tribunal de ese destino al tráfico, de tal modo que cuando esa cuantía llega a un determinado nivel (diferente según la clase de droga y la cantidad que se usa diariamente por un consumidor) puede afirmarse que ese destino al tráfico queda acreditado por esta única circunstancia (la cuantía).”¹⁹⁰

Como corolario, la regla general que exige una pluralidad de indicios admite como excepción la existencia de un único indicio de “especial significación probatoria”, denotando así que es la racionalidad del enlace entre el indicio –la cantidad de la droga que poseía el acusado, superior a la dosis habitual para el auto consumo, por ejemplo– y la afirmación presumida –que el acusado estaba en posesión de la droga con la intención de traficar– el elemento determinante para concluir en la constatación del hecho que se pretende demostrar.

Así, en el caso bajo estudio, el nexo entre hecho-base y hecho-consecuencia se fundamenta en el razonamiento, según el cual, la cantidad de droga incautada supera aquella que habitualmente podría destinarse al consumo personal; dicho razonamiento, excluyendo cualquier otro, permite deducir la intención de tráfico de la droga (elemento subjetivo del tipo penal),

¹⁹⁰ En lo que respecta al caso concreto sometido a juzgamiento, es interesante el análisis efectuado en la sentencia, en cuanto denota la especial significación probatoria del indicio: “[...] Aprehensión en el ‘Pub [...]’, que regentaba la procesada, de 19,81 gramos de cocaína de una pureza del 74,2% ‘lo que nos permite afirmar por sí mismo, que no debería estar destinada a su propio consumo, pese a ser consumidora de esa sustancia, al superar la cantidad o dosis que habitualmente se suele tener con tal objeto, sin contar que su gran pureza perfectamente permitiría el mezclarla con otras sustancias’, según dice literalmente el mencionado fundamento de derecho 1º. Con lo que la sentencia recurrida deja claro que, según su criterio, nos encontramos ante un caso de indicio de especial significación probatoria, que por sí solo habría servido para acreditar el destino al tráfico, al menos en parte, de esa cantidad de droga. Tal criterio nos parece razonable, pues los 14,69 gramos de cocaína pura (19,81 al 74,2%) ciertamente exceden de lo que podemos considerar tenencia para el propio consumo, considerando tal la almacenada para cinco días [...], a razón de un consumo diario máximo de 1,5 gramos distribuidos en varias tomas. [...] Ciertamente basta la anterior exposición para que, sin necesidad de ningún razonamiento adicional, podamos comprender que la Audiencia Provincial anduvo sobrada de razón para condenar a [...] como autora de un delito del art. 368, porque, evidentemente, aunque fuera consumidora de la clase de droga que le fue ocupada, no toda la destinaba a su propio consumo.” En sentido similar, las SSTS 2756/2005, de 29 de abril; 6531/2008, de 21 de noviembre, y 7788/2009, de 11 de diciembre, entre otras.

teniendo por acreditado, sobre la base de un único indicio, un elemento esencial para entender enervada la presunción de inocencia del acusado.

3.1.2) Indicios plenamente acreditados

Tanto la jurisprudencia del TC, como la del TS, exigen que los indicios se encuentren debidamente acreditados.

En efecto, la prueba indiciaria requiere que el hecho-base o indiciario se estime plenamente probado, para así dotar de la certeza necesaria a la inferencia que sobre su base pueda operar. De esa cuenta, deben descartarse las meras sospechas¹⁹¹ o aquellos indicios respecto de los cuales exista duda o sea tan sólo probable su efectiva verificación¹⁹².

Un indicio del que no sea concluyente su constatación es inútil para formar la convicción judicial, no pudiendo operar, a partir de éste, presunción alguna sobre la verificación de los elementos de hecho de la causa. En tal sentido, resulta oportuno afirmar, con SERRA DOMÍNGUEZ, que “el indicio debe hallarse totalmente probado para que pueda servir de base a una presunción”¹⁹³.

Es éste el criterio seguido en la STC 180/2002, de 14 de octubre, en la que se descarta la validez de la inferencia realizada por no partir de un indicio debidamente acreditado:

¹⁹¹ STC 24/1997, de 11 de febrero: “Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que: a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados. 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 la STC 61/2005, de 14 de marzo, se descarta la existencia de un indicio por no estar debidamente probado, lo que conlleva que el Tribunal lo califique de simple sospecha o conjetura: “Se añade, también como indicio, que la policía local de Badajoz considera que el recurrente, junto con los otros dos condenados, constituyen una banda de delincuentes de una zona marginal de dicha ciudad; este dato, no obstante, no fue ratificado en el juicio oral ni se consideró como hecho probado, de manera que no pasa de ser una mera sospecha o conjetura que, por tanto, no alcanza siquiera la calidad de indicio de criminalidad.”

¹⁹² Como indica la referida STC 174/1985, de 17 de diciembre: “Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.”

¹⁹³ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Función del indicio...”, *cit.*, pág. 709.

“[...] el hecho del que parte el razonamiento de la Sentencia condenatoria no ha quedado suficientemente probado. Según se ha expuesto anteriormente, en el acto del juicio oral prestaron declaración como peritos dos agentes de la Policía Nacional, uno de ellos fue el que practicó el registro de la vivienda en que tuvo lugar la sustracción y el que realizó la pertinente inspección, no hallando ningún objeto en el que se encontrara huella o dato que viniera a identificar al autor del robo. El segundo de los funcionarios fue el que realizó el informe dactiloscópico de la huella que se identificó como perteneciente al dedo anular del demandante. Ninguno de los dos agentes de la policía que declararon en el plenario manifestó que presenciara la recepción de la hucha en comisaría [...] ante la incomparecencia de la denunciante, por no estar localizada, se procedió a dar lectura a sus manifestaciones policiales y sumariales. [...] en cuanto al contenido de las manifestaciones hechas ante la autoridad judicial la perjudicada se limitó a confirmar su denuncia inicial, haciendo referencia a los nuevos objetos que faltaban de su domicilio. Sin embargo, en ningún momento fue preguntada (ni ella se refirió) al hallazgo de la hucha en su vivienda, las condiciones en que la encontró, o si existió algún incidente en el traslado de la hucha desde la vivienda a la comisaría de policía. [...] Finalmente, al tomar declaración a la denunciante, el Juez instructor tampoco la interrogó sobre si conocía al recurrente, que ya tenía la condición de inculpado, o si alguna vez éste había estado en su domicilio. Así las cosas, cabe concluir que, en el presente supuesto, los órganos judiciales penales han partido en su deducción de un hecho-base (o indicio) que no ha resultado plenamente acreditado. La inferencia realizada por el Juzgado y por la Audiencia se basa en la premisa, no acreditada, de que una huella del recurrente apareció en un objeto que se hallaba en el domicilio donde se produjo la sustracción. [...] Por tanto, la prueba practicada no permite concluir indubitadamente que la hucha, en la que se identificó la huella, estuviera en el domicilio en el que tuvo lugar la sustracción.”

Ahora bien, la prueba del indicio debe cumplir con las exigencias propias de la actividad probatoria, sujetándose a los parámetros antes descritos a efecto de reconocer en ésta validez para destruir la presunción de inocencia¹⁹⁴. Así, han de tratarse de pruebas obtenidas en observancia de los derechos fundamentales y garantías procesales, practicadas durante el desarrollo del juicio oral (salvo aquellas excepciones admitidas) y apreciadas de acuerdo al principio de libre valoración, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales alcance el juez el convencimiento, sin margen alguno de duda razonable, acerca de la constatación del indicio.

Como ejemplo de ello, en la STS 9344/1991, de 8 de marzo, se estima violada la presunción de inocencia del acusado, al haberse inferido su culpabilidad a partir de determinados indicios cuya constatación se apoyó en diligencias que no pueden calificarse como pruebas válidas. Entre otras cosas, se estimó en la resolución lo siguiente:

“Pero en el caso presente, como ya se ha dicho, fueron utilizadas, como si de verdaderas pruebas se tratase, actuaciones sumariales que no fueron prueba anticipada ni fueron reproducidas en el juicio

¹⁹⁴ Explica VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 140: “[...] la prueba de los indicios no se diferencia de la que se dirige de manera directa a la fijación de los hechos constitutivos de la infracción, y está sujeta a las mismas exigencias de ésta. No podrá considerarse probado, pues, un indicio, sino sobre la base de una actividad probatoria procesal, practicada con todas las garantías, de cuyo contenido objetivo resulte la certeza del hecho indicio y que, valorada de conformidad con las reglas de la experiencia y de la lógica, conduzca al convencimiento del juzgador sobre la certeza del hecho indicio.”

por la vía del citado artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [...] Así pues, no hubo prueba de juicio oral ni las diligencias sumariales llegaron a adquirir rango de prueba auténtica, y por ello, como ya se anticipó, ha de entenderse que los hechos básicos o indiciarios en que se fundó el Tribunal *a quo* para construir la prueba indirecta, conforme aparece razonado en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia, carecen de prueba, pues se utilizaron actuaciones sumariales que no tenían aptitud para destruir la presunción de inocencia, derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española que resultó violado, lo que obliga a estimar el motivo único del presente recurso.”¹⁹⁵

En efecto, de fundarse la acreditación del indicio en prueba prohibida o en actuaciones que legalmente no pueden considerarse como pruebas, o de revelarse irracional su constatación, se entenderá que aquél no se encuentra debidamente probado, deviniendo imposible, por ende, inferir conclusión alguna a partir de él, pues de hacerlo se entendería vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Por su parte, en la STC 85/1994, de 14 de marzo, luego de apreciarse la vulneración de derechos fundamentales mediante un determinado acto de prueba, se concluye que éste no es útil para la constatación del indicio, haciendo inviable cualquier inferencia sobre su base, pues, de lo contrario, se entendería conculcado el derecho a la presunción de inocencia. Se señala en la resolución:

“Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino

¹⁹⁵ Otro ejemplo de ello se aprecia en la STC 108/2009, de 11 de mayo, en la que también se evidencia la fragilidad del razonamiento efectuado para dictar el fallo condenatorio recurrido: “[...] el Juez *ad quem* – como hemos visto– dijo basarse exclusivamente en el atestado para emitir su juicio de experiencia (fundamento jurídico primero: ‘datos objetivos y objetivables’), y concluir en la culpabilidad del Sr. [...]. Sin embargo, basta un mero repaso de los indicios objetivos del atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, base de la condena, para apreciar que el mismo se limita a aportar datos de los vehículos, de los lesionados, de la calzada, de las vías y del posicionamiento final de los móviles, datos que al constar en un atestado no ratificado ante el órgano judicial, carecen de la condición procesal de prueba y además tampoco por sí solos conducen a una conclusión unívoca acerca de la mecánica de los hechos, y menos aún, naturalmente, a la culpabilidad penal del Sr. [...], debiendo concluir que, con dichos datos, igual se podría haber construido la responsabilidad de uno o de otro interviniente; sin que las consideraciones exteriorizadas por el juzgador en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de apelación permitan extraer, indubitadamente, la conclusión de culpabilidad exclusiva del recurrente, por lo que se ha lesionado su derecho fundamental a la presunción de inocencia en la forma en que la Audiencia alcanza tal conclusión. En resumen, no es solo que el atestado constituya un medio insuficiente de prueba, sino que los datos indiciarios de los que el juzgador extrae su juicio de que ‘el recurrente fue responsable de una infracción penal de lesiones y daños por imprudencia’, y la forma en que lo hace, resultan insuficientemente articulados e inconcluyentes en la resolución condenatoria a efectos de destrucción de la presunción de inocencia.”

ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.). Mas para decidir si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado además los derechos de los recurrentes a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, se hace preciso examinar si, fuera de los elementos de prueba contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados. [...] En el caso de autos, las escuchas telefónicas practicadas fueron un medio para saber que la niña [...] iba a trasladarse desde su domicilio al de los recurrentes al objeto de recoger 'algo', y para que la policía llegase a la conclusión de que se trataba de droga. Así se reconoce [...] que, a raíz de la conversación mantenida el día 8 de noviembre de 1987, a las trece quince horas, entre la recurrente [...] y la hija de la coprocesada [...], se montó el correspondiente servicio de vigilancia mediante el cual pudo observarse cómo la citada menor salía de su domicilio y llegaba al de los recurrentes, abandonándolo pocos minutos después de regreso a su casa, momento en el que fue detenida cuando llevaba en su bolsillo un envoltorio de plástico con una sustancia que pesó 256 grs. y que, posteriormente analizada, resultó ser heroína de una pureza del 27,8 por ciento. Relato fáctico del que seguidamente extrae la Sala Segunda la conclusión de que 'deducir de tal conjunto de hechos la realidad de que [los acusados] eran los propietarios de la droga que [la niña] llevaba encima cuando la policía la detuvo, así como que les había sido entregada esa misma mañana por personas y procedimientos desconocidos, pero por orden y al servicio de [...], que fue el vendedor de la misma... es algo conforme a las reglas de la lógica y responde, por tanto, al mecanismo propio de la prueba de indicios o presunciones'. Así pues, la ocupación de la droga a la menor [...] no es valorada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio que, en unión de la transcripción de las cintas grabadas por la policía y de la interpretación de los términos en ellas empleados, articula el razonamiento lógico utilizado para fundamentar la condena en la existencia de una prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando 'algo' desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de los recurrentes."

Una vez afirmada la exigencia de una actividad probatoria válida de la que el juez logre alcanzar la convicción, sin lugar a dudas, acerca de la constatación del indicio, es menester adentrarse en el debate sobre si éste puede ser válidamente acreditado mediante prueba indiciaria, es decir, si la verificación de aquél puede estar sustentada en la conclusión inferida de un indicio anterior.

En principio, pareciera que la jurisprudencia se rehúsa a reconocer esa posibilidad, requiriendo que la prueba de los indicios se base, exclusivamente, en prueba directa¹⁹⁶.

¹⁹⁶ STS 3505/2001, de 30 de abril: "[...] se infringe la Jurisprudencia de esta Sala en punto a los requisitos que deben concurrir en la prueba indiciaria de cargo, concretamente, que la inferencia debe basarse en indicios (hechos-base) indubitados, no siendo posible establecer una conclusión a partir de hechos que no hayan sido fijados mediante prueba directa."

Ante ello, se estima que nada impide que la prueba de los indicios se logre mediante una presunción previa, de forma que la afirmación presumida extraída a partir de un indicio anterior concluya en la acreditación del indicio que servirá como hecho-base de una ulterior presunción, sin que ello acarree vulneración de derecho alguno.

Cabe indicar que la exclusión de la prueba indiciaria como medio idóneo para fijar los indicios se enmarca en ideas que advierten menor fiabilidad en este tipo de pruebas¹⁹⁷, apreciando falta de certeza y, por ende, duda en las conclusiones que logren inferirse¹⁹⁸.

Así lo expone la STS 3604/2007, de 30 de mayo, al precisar que el hecho-base debe estar acreditado por prueba de carácter directo, para así “evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración”.

Tales apreciaciones no sólo resultan infundadas, pues doctrina y jurisprudencia, por igual, reconocen el valor de la prueba indiciaria para formar la convicción judicial, sino que, a la postre, desembocan en un contrasentido¹⁹⁹,

¹⁹⁷ Para DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág. 620, la exclusión de los indicios como prueba de un hecho indiciario resulta arbitraria e ilógica, pues contradice el principio según el cual, indicio puede ser todo hecho que aparezca plenamente probado, tratándose de un rezago de la antigua creencia sobre la inferioridad de la prueba indiciaria, de la que se entendía que únicamente podía obtenerse probabilidad, nunca certeza.

¹⁹⁸ CARRERAS, Jorge: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en: CARRERAS, Jorge; y FENECH, Miguel: *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pág. 398, refiriéndose al artículo 1249 del Código civil español –derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil–, que disponía: “Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.”, advierte: “A nuestro entender el adverbio ‘completamente acreditado’ excluye la posibilidad de que la fijación formal obedezca a la mera facultad del Juez de apreciar la *facta confessio* [cuestión que no tendría incidencia en el proceso penal]; mucho menos entendemos posible que su fijación obedeciese a una nueva presunción, de tal manera que se pasara de un hecho indicio –no relevante– a otro indicio –tampoco relevante– para llegar al último hecho presunto con una doble presunción.” Por su parte, JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1978, pág. 294, indica: “La consecuencia inmediata que tal disposición encierra [refiriéndose al derogado artículo 1249 del Código civil] viene representada por la exigencia de fijar formalmente el hecho del que se deduce la presunción de un modo absoluto, [...]. Si partimos, pues, como hace atinadamente CARRERAS, de que la presunción engendra sólo un juicio de probabilidad cualificada, a diferencia de los medios de prueba a través de los cuales se obtiene un juicio de certeza [...] llegamos a la indefectible conclusión de que no cabe reducir una presunción de hechos acreditados a su vez por medio de presunciones: el adverbio ‘completamente’ del artículo 1249 del Código civil implícitamente lo prohíbe.”

¹⁹⁹ Afirma BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “La prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 45: “No se puede sostener al mismo tiempo, según las reglas del discurso lógico, que la ‘prueba indiciaria’ puede producir la certeza

pues se considera fiable y se aprecia certeza en la prueba indiciaria para extraer la conclusión sobre la verificación de los elementos del tipo y la culpabilidad del acusado, pero, en cambio, se duda de ella y se niega su eficacia en lo que concierne a la fijación del indicio que le sirve como hecho-base²⁰⁰.

En todo caso, no sólo no existen motivos para desconfiar de la prueba indiciaria, sino que, a la vez, se hace necesario afirmar que la misma certeza y seguridad debe exigirse tanto en la prueba del indicio, como en la prueba de los elementos del tipo y la culpabilidad del acusado²⁰¹.

A ese respecto, debe destacarse que en determinadas decisiones judiciales se ha reconocido el valor de la prueba indiciaria para fijar el indicio que servirá de punto de partida de una ulterior presunción²⁰². Como ejemplo se cita la STC 186/2005, de 4 de julio, en la que se reconoce que no debe excluirse la posibilidad de que los indicios sean acreditados mediante prueba indirecta:

jurídica en que se funda la convicción judicial y al mismo tiempo sostener que a través de la prueba indiciaria no se puede acreditar uno o varios indicios que, a su vez, supongan el hecho-base o hechos-base en qué fundar una nueva prueba indiciaria.” Asimismo, GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho...*, *cit.*, págs. 154 y 155, resalta lo paradójico que resulta rechazar la acreditación del hecho-base mediante prueba indiciaria, apuntando que “si se rechaza un indicio mediato por considerar que tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológico, lo que se está poniendo en cuestión es la validez misma del procedimiento indiciario; por tanto, habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en cualquier caso, es decir, también cuando el indicio ha sido probado mediante la llamada prueba directa”; por su parte, también DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos: “Indicios y presunciones en la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7549 (18 enero 2011), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011], hace ver la contradicción en que se incurre, para lo cual expone: “No se entiende, en absoluto, que la prueba indiciaria sea fiable hasta el punto de permitir enervar la presunción de inocencia y, por el contrario, carezca de poder de convicción para tener por probado un indicio.”

²⁰⁰ TARUFFO, Michele: *La prueba*, *cit.*, pág. 107, como se hiciera mención con anterioridad, no aprecia problema alguna en que la presunción extraída de una previa inferencia constituya el indicio de una subsiguiente, refiriendo que esos complejos razonamientos, basados en sofisticadas estructuras lógicas reciben nombres como “pruebas en cascada” o “pruebas concatenadas”. Se remite, por cuestiones prácticas, al apartado 3.5.1 del capítulo I, en el que se hizo relación de los autores que se muestran en desacuerdo con la imposibilidad de probar el hecho-base mediante prueba indiciaria.

²⁰¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Función del indicio...”, *cit.*, pág. 710, expresamente se refiere a la inaplicación, en el proceso penal, de la regla *praesumptio de praesumptione non admittitur*, considerándola como resultado de una errónea apreciación del valor probatoria de la presunción, que es calificada como un simple sucedáneo de la prueba directa, acudiendo a aquella cuando no queda otro remedio, y asevera: “El tribunal puede acudir a la prueba indiciaria en todo caso, sin que sea admisible la subsidiariedad de tal prueba respecto de la prueba directa.”

²⁰² STS 9144/1992, de 16 de diciembre: “[...] exigiéndose, sobre todo, que entre el hecho base, que ha de estar suficientemente acreditado, bien por prueba directa o indiciaria, y el hecho consecuencia, se dé un enlace preciso y directo, [...]”

“La Sentencia recurrida considera probado el hecho de que el demandante accedió a las dependencias del hospital por medio de llaves falsas en virtud de dos indicios o hechos base: que las citadas dependencias estaban cerradas y que el recurrente devolvió las que poseía cuando voluntariamente cesó en el trabajo. A su vez, la prueba del primer indicio —es decir, que las puertas estaban cerradas— se obtiene a partir del siguiente razonamiento, expresado en la resolución combatida: ‘La convicción de esta Sala de que las dependencias estaban cerradas así, se obtiene porque si, desde junio de 2000, se venían notando menores rendimientos en el generador y existía sospecha de que alguien lo manipulaba, es de lógica que se extremasen las precauciones de todo orden, siendo la más elemental cerrar el acceso con llave’. [...] Así pues, el núcleo de la controversia radica en el hecho de que ese primer indicio en que el Tribunal de apelación se apoya para concluir que se utilizaron llaves falsas no ha sido acreditado por prueba directa, sino que, a su vez, se obtiene a partir de una inferencia lógica derivada de otros elementos indiciarios. Por tanto, la cuestión que en último término se plantea es la de si cabe considerar constitucionalmente válida una prueba indiciaria derivada de indicios obtenidos, a su vez, por prueba indiciaria. Pues bien, de acuerdo con la doctrina expuesta sobre la prueba de indicios hay que admitir que no cabe excluir a *limine* la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios.”

Por su parte, en la STC 123/2006, de 24 de abril, al cuestionarse el Tribunal sobre la validez constitucional de “una prueba indiciaria derivada de indicios obtenidos, a su vez, por prueba indiciaria”, concluye que “ningún obstáculo” existe para una construcción de esa índole:

“[...] ‘el hecho de la pertenencia a banda armada, acreditado a través de indicios, opera a su vez como indicio principal para la atribución de responsabilidad del delito de tenencia ilícita de armas. La cuestión que, en consecuencia, hemos de plantearnos es la de si cabe considerar constitucionalmente válida una prueba indiciaria derivada de indicios obtenidos, a su vez, por prueba indiciaria’ (FJ 5). Pues bien, al interrogante suscitado se responde en la citada Sentencia, pronunciamiento que ahora reiteramos, afirmando que ‘ningún obstáculo cabe oponer a la asunción como indicio para la prueba de la tenencia ilícita de armas del *factum* de la pertenencia del recurrente a la banda armada GIA, toda vez que el mismo viene amparado, tal como ya hemos afirmado, en un cúmulo de indicios fehacientemente acreditados y a partir de una inferencia razonable. Dicho esto, no puede dejar de resaltarse que la pertenencia a banda armada no podría en ningún caso erigirse en el único elemento para fundar la responsabilidad por la tenencia ilícita de armas, bastando, así, con que alguno de los miembros del grupo terrorista tuviera disposición de las armas encontradas para que, automáticamente y sin ulteriores datos probatorios, dicha tenencia fuera atribuida al resto del grupo por el mero hecho de estar acreditada su pertenencia al mismo. Siendo la culpabilidad penal estrictamente individual [...], es preciso que el hecho indiciario de la pertenencia a banda armada, válido en cuanto tal indicio, venga acompañado de otros elementos probatorios que permitan atribuir al concreto actor sobre quien se proyecta el reproche penal la responsabilidad por el delito en cuestión; esto es, y en nuestro caso, que permita atribuir al recurrente la tenencia de las armas encontradas en la casa de campo de [...]. A este respecto, es lo cierto que las resoluciones impugnadas no se han servido de ese único elemento de prueba, sino que, además, han constatado el hecho de que el lugar donde se hallaron las armas era frecuentado por el recurrente y que —tal como se expone en los hechos probados— allí realizaban los miembros del grupo ejercicios de adiestramiento. Tal conjunto de datos fácticos conforman un soporte indiciario suficiente para considerar que la inferencia realizada por los órganos judiciales cae dentro del ámbito de razonabilidad exigible por este Tribunal para considerar enervada la presunción de inocencia’ (*ibidem*). En consecuencia, ha de descartarse también la existencia de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).”

De esa cuenta, se afirma que la eficacia reconocida a la prueba indiciaria para formar la convicción judicial hace procedente que, por su medio, sea posible también la fijación del indicio que funcionará como hecho-base de una

subsiguiente presunción, por cuanto esa eficacia deviene, esencialmente, del enlace racional que debe existir entre ambos elementos, racionalidad que ha de exigirse en cada una de las presunciones que puedan operar²⁰³.

3.1.3) Indicios periféricos o concomitantes al hecho a probar

La STS 3180/1996, de 24 de mayo, antes citada, explica este requisito en los términos siguientes:

“No todo hecho puede ser relevante así. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de ‘*circum*’ y ‘*stare*’, implica ‘estar alrededor’ y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella.”²⁰⁴

De esta forma, la exigencia de la condición de “periféricos” o “concomitantes” de los indicios, en relación con el hecho o hechos a probar, estriba en la necesidad de que exista una conexión “directa” entre éstos para apreciar, de mejor manera, el fundamento de la inferencia realizada.

En efecto, el indicio debe estar referido a aquel hecho cuya verificación se persigue en el proceso, denotando una correspondencia que permita extraer el enlace fundado entre uno y otro²⁰⁵. No se trata simplemente de que exista un nexo temporal o circunstancial, pues bien puede un hecho suscitado con apreciable antelación al que se pretende probar, coadyuvar en esta tarea, sino que se precisa que los indicios “deambulen” en torno a éste.

Este requisito determina que el hecho-base y la afirmación presumida, si bien son diferentes, “se encuentran conectados o relacionados material y

²⁰³ Señala MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria...*, cit., pág. 223: “Generalmente hablamos de la inferencia mediata pensando en una proposición intermedia entre la inicial y la final. Pero esto no impide que existan varias proposiciones intermedias, de modo que la una descansa en la otra y así sucesivamente. Al fin de cuentas el proceso discursivo no está sujeto a ninguna limitación mientras se desenvuelva escrupulosamente por los cauces lógicos.”

²⁰⁴ En igual sentido, las SSTs 3604/2007, de 30 de mayo; 1501/2010, de 21 de enero, y 5119/2010, de 22 de septiembre, entre otras.

²⁰⁵ Señala MORILLO MÉNDEZ, Antonio: “[Certeza formal y valoración de la prueba]: [Naturaleza de la prueba por indicios]”, en: *Carta Tributaria: Monografías*, nº 2 (enero 2002), pág. 7, que este requisito hace referencia a que la consecuencia sea necesaria, relacionada directamente y derivada del hecho-base.

directamente”; conforme a ello, se expone en la STS 6637/2008, de 17 de noviembre, lo siguiente:

“En efecto sólo son concomitantes al dato fáctico a probar los [indicios] que están conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente. [...] En definitiva esa exigencia implica que los indicios se acompañen entre sí por constituir diversos aspectos fácticos de un determinado hecho penalmente relevante y que en consecuencia tienen un origen y una existencia conjunta y en paralelo; pues concomitante es aquello que acompaña a otra cosa u obra juntamente con ella.”²⁰⁶

En consecuencia, los indicios no son datos fácticos “extraños o extravagantes” al hecho por acreditar²⁰⁷, sino que habrán de guardar una cierta relación con éste, de forma que su constatación (derivada de esa conexión) se logre sin mayores obstáculos, lo que incide, desde ya, en la solidez y racionalidad del enlace existente entre ambos y, con ello, en la certeza de la conclusión que se obtenga²⁰⁸.

Lo anterior conlleva que se niegue la utilidad de indicios que por no tener relación con el hecho necesitado de prueba, podrían dar lugar a conclusiones inconsistentes, como por ejemplo, deducir a partir de la conducta anterior del acusado o de sus opiniones o reacciones ante situaciones del pasado y similares a las que se enjuician, su necesaria participación en el delito por el que se le atribuye²⁰⁹.

En tal sentido, el requisito que se analiza se proyecta, ostensiblemente, en la racionalidad del engarce que debe existir entre hecho-indiciante y hecho-consecuencia, pues no a partir de cualquier indicio es factible desvelar, sobre una base lógica, el hecho necesitado de prueba, requiriéndose para ello una determinada consonancia entre ambos.

²⁰⁶ En términos similares, la STS 4841/2009, de 22 de junio.

²⁰⁷ STS 4100/1999, de 10 de junio.

²⁰⁸ La STS 10038/1991, de 17 de junio, al referirse a este requisito, señala que los indicios deben “aparecer relacionados o en conexión con la infracción criminal que se investiga”; asimismo, agrega: “Aquella armonía o concomitancia y el vigor o potencialidad reveladora de cada dato o elemento en sí, es lo que puede llevar al Tribunal a formar una convicción ausente de cualquier duda razonable.”

²⁰⁹ Aunado a que indicios de esta clase no resultan concomitantes al hecho a probar, cabe añadir, con MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 62, su inadmisibilidad por ser contrarios a los principios constitucionales, configurando elementos propios de un “Derecho penal de autor” (véase apartado 3.5.1 del capítulo I).

En refuerzo de las ideas expuestas, es oportuno citar la STS 4841/2009, de 22 de junio, relativa a una condena por delito continuado de apropiación indebida. En su resolución, el tribunal de casación apreció la racionalidad de la inferencia acerca de la culpabilidad del acusado, derivada, precisamente, de que los indicios acreditados se advirtieron interrelacionados entre sí y concomitantes respecto del hecho a probar. Entre otras cuestiones, se indica en la sentencia:

“Los indicios en que se apoya el Tribunal de instancia son plurales, interrelacionados y concomitantes al hecho consecuencia. En efecto: a) siempre que faltó dinero, el acusado se encontraba prestando sus servicios en la gasolinera, bien solo, bien en compañía de otro trabajador; b) sólo una vez ocurrió una sustracción estando oficialmente el acusado de vacaciones, pero no era infrecuente que un empleado libre le hiciera el trabajo a un compañero por deberle el turno, y ese día la firma estampada en la documentación de los ingresos era la del acusado; c) en quince de las ocasiones en que faltó dinero, sólo estaba trabajando el acusado sin compartir turno con ningún otro. d) el dinero que se cobraba a los clientes –y que se reflejaba en un programa informático– se ingresaba en una caja fuerte, dejando constancia de la cantidad en un resguardo, que acompañaba al dinero guardado, y del que una copia quedaba en la oficina; e) todos los resguardos o boletos correspondientes a los turnos en que desapareció el dinero fueron redactados por el acusado, según la pericial caligráfica; f) el acusado se quedaba solo desde que su compañero terminaba la jornada laboral una hora antes que él, y también estaba solo hasta que su compañero la empezaba una hora después que el acusado; y g) era precisamente el acusado el encargado del dinero de la cartera, que se introducía en una bolsa y ésta en la caja fuerte. [...] Es cierto que ninguno de estos datos objetivos acredita por sí mismo que fuera el acusado quien se apoderó a lo largo del tiempo de diversas cantidades cobradas en la gasolinera, pero manteniendo todos una íntima interrelación, es decir conexión recíproca, y siendo concomitantes respecto al hecho continuado de los sucesivos apoderamientos; de su conjunto se desprende la consecuencia de que hubo de ser el acusado el autor de las apropiaciones. Esta es la conclusión que impone la lógica ya que es la única hipótesis que, dentro de lo posible, es tan altamente probable que ninguna otra alternativa resulta mínimamente razonable, en el marco de los indicios referidos.”

Por el contrario, en la STC 61/2005, de 14 de marzo, se calificó de irracional la inferencia en virtud de la cual se alcanzó la convicción para emitir una condena por el delito de robo con fuerza en las cosas; dicha calificación es asumida por el TC al determinar que la conclusión obtenida se muestra abierta y endeble, es decir, no excluyente de otras posibles, y que la operación intelectual llevada a cabo se vislumbra ilógica por no deducirse de forma normal, a partir de los indicios existentes, la presunción sobre la culpabilidad del acusado²¹⁰.

²¹⁰ Cabe destacar que en la resolución se estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, al valorarse, indebidamente, el silencio del acusado en su perjuicio.; así, se considera en la sentencia: “En primer término, del dato de que en el mismo vehículo viajaban una semana antes los acusados, no cabe deducir que necesariamente todos ellos lo ocupaban una semana después en el momento y lugar de los hechos y, por lo tanto, que fueran los autores de los mismos. En segundo lugar, la existencia de un antecedente penal común a los tres acusados no puede alzarse como afirmación incontestable según la cual si alguno o dos de ellos delinquen el tercero necesariamente ha de ser el recurrente de amparo o,

En este caso, los indicios constatados se referían a que una semana antes del robo, los tres acusados viajaban en el mismo vehículo utilizado para cometer el delito, y que existía un antecedente penal en común a dichos inculpados. Para el TC, de tales indicios no es lógico inferir, sin más, que “necesariamente todos ellos lo ocupaban [el vehículo] una semana después en el momento y lugar de los hechos”, ni que por el hecho del antecedente común, “si alguno o dos de ellos delinquen”, también lo ha de hacer el otro. Tales conclusiones reflejan la necesidad de que los indicios se muestren concomitantes al hecho necesitado de prueba, es decir, relacionados con éste de una forma coherente, lo que en el caso concreto no ocurrió.

Como corolario, el requisito estudiado incide en el fundamento racional del enlace que logre identificarse entre hecho-base y hecho-consecuencia, derivado de la relación directa que ha de existir entre ambos.

3.1.4) Indicios interrelacionados entre sí

Algo se ha adelantado ya en cuanto a la necesidad de interrelación entre los indicios. La STS 3180/1996, de 24 de mayo, se refiere también a este requisito, exponiendo lo siguiente:

incluso llevando más allá tan débil argumento empleado por los órganos de instancia, que, por esa simple circunstancia que comparten, cualquier robo con fuerza haya de ser cometido precisamente por estas tres personas. [...] Finalmente, se otorga un peso específico a la conducta procesal del demandante, ya que se dice que es ‘su propia negativa y su forma de defenderse’ la que lleva a la conclusión de que es autor de los hechos. [...] ‘el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia’ y, por otra parte, su declaración, ‘a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones’, [...]. Por consiguiente, y aunque es cierto que en alguna ocasión este Tribunal ha reputado lógico, racional y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad (vid. la STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5, si bien ha de subrayarse que en el supuesto allí examinado la condena se asentó en otras pruebas de cargo válidas), tal deducción ha de realizarse, en circunstancias muy singulares, en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles. Como quiera que, tal como se ha dejado dicho, en el supuesto actual no existe ningún otro elemento de prueba, la valoración negativa del silencio del recurrente ha quebrantado su derecho a la presunción de inocencia. [...] A partir de lo expuesto, ha de asumirse la pretensión de amparo y afirmar el carácter irrazonable de la inferencia realizada por los órganos judiciales en el presente caso, tanto desde el enfoque de su lógica o coherencia (en tanto los indicios acreditados no llevan naturalmente a la determinación de que el recurrente intervino en los hechos), como desde el punto de vista del grado de solidez requerido, pues la conclusión que de aquélla se deriva resulta excesivamente abierta, endeble e indeterminada, máxime si, al contrario de lo que se hizo, se hubieran tenido en cuenta los contraindicios aportados por el ahora demandante de amparo.”

“Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.”²¹¹

La interrelación precisa que, ante la existencia de dos o más indicios²¹², éstos se encuentren “en cierto modo articulados, de forma que recíprocamente se refuercen y no se neutralicen”²¹³. Así, ese mutuo refuerzo incide, de nueva cuenta, en la racionalidad del nexo que se aprecie entre hechos-base y afirmación presumida, respaldando el grado de convicción que mediante la prueba indiciaria se logre alcanzar²¹⁴.

En efecto, de un conjunto de indicios coherentemente enlazados, no contradictorios entre sí, sino mutuamente vinculados como elementos de una misma construcción, es plausible inferir, sobre una base racional, conclusiones fundadas, de las que obtenga el juez el grado de convicción necesario para asumir su decisión.

Además, la interrelación exigida revela la utilidad de la valoración conjunta de los indicios, a efecto de que el juzgador, a partir de una visión global, esté en posibilidades de verificar la acreditación del hecho necesitado de prueba²¹⁵; a ello se refiere la STS 8484/2009, de 23 de diciembre, al considerar:

“Pues bien, el recurrente se limita a cuestionar cada uno de los anteriores indicios de forma individual, olvidando que la fuerza convictiva de la prueba indiciaria deriva de su interrelación y que nos encontramos con una serie de indicios que, si bien cada uno de ellos en sí mismos considerados y valorados aisladamente, pudieran ser insuficientes a los fines que resolvemos, en su conjunto arrojan a juicio de la Sala de instancia una convicción que despliega del análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria [...]. Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta de varios hechos-base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración han permitido a la Sala de

²¹¹ En igual sentido, las SSTS 1501/2010, de 21 de enero, y 5119/2010, de 22 de septiembre, entre otras.

²¹² STS 1289/1993, de 6 de marzo: “Resulta asimismo indispensable que la pluralidad de indicios no sea algo inerte, sino que los mismos estén entre sí en relación de concomitancia o interrelación y, a la vez, relacionados con el hecho a probar.”

²¹³ STS 7434/1999, de 23 de noviembre.

²¹⁴ Señala FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 604: “Se trata, pues, de la necesidad de indicios convergentes y a veces, encadenados, para que el titular del órgano jurisdiccional aprecie la existencia de una relación no jurídica entre ellos y el hecho delictivo”.

²¹⁵ Señala GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: “La prueba indiciaria...”, cit., pág. 80: “La valoración por parte del Tribunal de tales indicios, debe de efectuarse de forma enlazada, es decir, uniendo unos a otros de forma intelectual, hasta llegar al hecho-consecuencia que se quiere llegar, y que debe fluir de un modo natural [...]”.

instancia, construir un juicio de injerencia y llegar al hecho consecuencia que se quería acreditar y que se describió en el *factum* [...].”²¹⁶

Pues bien, entre otros pronunciamientos, en la STS 4465/2008, de 19 de junio, emitida dentro de un proceso instruido por delito de asesinato, se deja entrever la interrelación existente entre los distintos indicios a partir de los cuales el tribunal de instancia concluyó en la culpabilidad del acusado. Dicha interrelación, en el caso concreto, es calificada como el “núcleo sustancial” que permite entender la aptitud de la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia; en tal sentido, se expresa en la sentencia:

“[...] el Tribunal Superior parte correctamente de la existencia de prueba y su análisis se endereza a revisar su estructura lógica o racional a partir de la motivación declarada de los jurados. Los indicios manejados por éstos son de distinta calidad probatoria para alcanzar el hecho presunto. Existen dos indicios fundamentales, analizados pormenorizadamente por el Tribunal Superior al hilo de la prueba directa desarrollada, cuales son el relativo, ya como conclusión, a la presencia del acusado en el domicilio y la aparición de su reloj de pulsera debajo del cuerpo de una de las víctimas. [...] En segundo lugar, el hallazgo del reloj del acusado debajo de la víctima es un hecho también relevante, aclaradas las cuestiones relativas a la eficacia o no de su mecanismo de cierre por los testigos presentes en el juicio, que no sólo sirve para corroborar su presencia en la casa sino para sustentar su directa participación en el hecho principal. [...] Por último, restan tres indicios más que igualmente sirven para corroborar los esenciales, algunos de ellos sujetos a valoraciones más subjetivas por parte de la fuente probatoria y del propio Jurado (lo manifestado por el acusado después de la detención o el modo de comportarse cuando vio a las víctimas). También se refiere la sentencia, teniendo en cuenta principalmente la prueba pericial, a la hipótesis del robo argüida por el recurrente, manejando una serie de subindicios acreditados también por la prueba testifical. Uno es especialmente relevante y tiene relación con la rotura del vidrio de la puerta de la cocina. El Tribunal aporta un hecho significativo cual es la aparición de restos de cerámica de un cenicero que se encontraba en el interior de la estancia, luego es racional concluir que el vidrio se rompió desde el interior. Añade la sentencia recurrida otros hechos corroboradores, no valorados explícitamente por el Jurado, como son que la cartera del acusado se encontraba encima de la mesa de la cocina, la presencia de restos de sangre de [una de las víctimas] en uno de los sobres tirados por el suelo, la presencia de sangre del acusado en la parte interior del cristal roto, [...]. La base de todo ello se asienta en una misma dirección alrededor de los indicios básicos ya apuntados, pudiéndose hablar de la interrelación a la que nos referíamos en el fundamento anterior que constituye el núcleo sustancial para entender eficaz frente a la presunción de inocencia la prueba indiciaria.”

Asimismo, en la STS 4964/2009, de 7 de julio, al analizar el fallo recurrido en casación, relativo a una condena por delito continuado de estafa, el Tribunal se refiere a la interrelación existente entre los indicios constatados, los que califica de “unidireccionales y congruentes”, base suficiente para inferir la comisión del delito y la participación de los acusados en éste.

En el caso concreto, la condena se produjo derivado de que el tribunal logró constatar que los acusados, en perjuicio de una entidad mercantil, se confabularon para simular la impartición de tres cursos de formación sobre un

²¹⁶ En igual sentido, la STS 6634/2008, de 3 de diciembre.

sistema informático en la persona del director de esa entidad. Tales cursos, según la sentencia condenatoria, no se impartieron realmente, habiendo constituido un motivo aparente para que la entidad expidiera distintas facturas a efecto de que se verificaran los pagos.

Los juzgadores tomaron en cuenta distintos indicios para inferir su conclusión, entre los que destacan los siguientes: a) la entidad en cuya representación impartiría los cursos el primer acusado y, por ende, la beneficiada con los pagos indebidamente realizados, era controlada por el segundo acusado, quien fungía como director de la entidad estafada, es decir, por un empleado de ésta, y quien, a la vez, era la persona que supuestamente recibiría los cursos; b) la contratación de los cursos no constó por escrito, sin que existiera certificación alguna que justificara su impartición, lo que se apartó de la práctica habitual para esa clase de actividades empresariales; c) la impartición de los cursos fue ocultada a lo interno de la entidad estafada, al punto que no se ofreció a otro empleado y en las facturas expedidas no figuró el nombre de la persona beneficiada con la formación, al contrario de la práctica habitual; d) el monto de las facturas fue cargado en la partida de formación de “consultores”, cuando el acusado que supuestamente se benefició con la formación era directivo de la entidad estafada; además, resultó significativo que esos tres cursos fueron los únicos que el acusado recibió en el devenir de su relación laboral; e) el sistema informático objeto de los supuestos cursos precisaba de un servidor que permitiera cargar un programa determinado, servidor del cual se carecía, lo que hacía difícil la prestación de los servicios de formación; y f) habría sido normal que los cursos fueran recibidos por el empleado que trabajaba con un proyecto asociado con el sistema informático materia de aquéllos, y no por un directivo que en su labor no tenía relación con dicho sistema, lo que se corroboró al verificar que hasta entonces, ningún directivo de la entidad estafada había recibido curso de formación alguno.

A partir de estos indicios interrelacionados entre sí, alcanzó el tribunal la convicción acerca de la comisión del delito y la culpabilidad de los acusados.

De esa cuenta, la interrelación precisada, fundamental en este caso, se advirtió de la evidente conexión existente entre unos y otros datos indiciantes, de cuyo conjunto obtuvieron los jueces el soporte probatorio suficiente para la emisión de un fallo condenatorio. Congruente con lo anterior, destaca la sentencia de casación:

“Todo este cúmulo de indicios concomitantes, unidireccionales y congruentes se consideran suficientes para inferir de forma inequívoca que los cursos no se impartieron realmente, y que por lo tanto la emisión de las facturas y su cargo en cuenta al entregárselas [el directivo, acusado en el proceso] al contable de [la entidad estafada] constituyeron una operación fraudulenta pergeñada por [los acusados] que benefició a éstos y perjudicó a la entidad denunciante.”

Por último, es dable acotar que tanto la interrelación exigida entre los distintos indicios, como la concomitancia entre éstos y el hecho a probar, constituyen requisitos que repercuten en el fundamento del nexo existente entre hecho-indiciante y afirmación presumida, cuestión que ha quedado sentada.

En consecuencia, el cumplimiento de tales exigencias debe entenderse verificado al constatar la racionalidad de aquel nexo, lo que explica el motivo por el cual no siempre son enunciadas expresamente por la jurisprudencia dentro de los requisitos de la prueba indiciaria²¹⁷, al contrario de lo que ocurre con el necesario fundamento racional del enlace, cuya observancia siempre es precisada como elemento determinante para su validez.

3.1.5) Racionalidad del enlace existente entre indicio y afirmación presumida

Ante todo, la prueba indiciaria presupone un juicio lógico, un razonamiento discursivo, que partiendo de indicios plenamente constatados, permite al juzgador alcanzar la convicción acerca de la acreditación del hecho necesitado de prueba.

²¹⁷ Entre otras, las SSTS 6566/2005, de 27 de octubre; 6796/2007, de 4 de octubre; 590/2008, de 25 de enero; 416/2009, de 5 de febrero, y 6734/2009, de 9 de noviembre.

A lo largo de la investigación se ha reiterado que la eficacia de la prueba indiciaria reside, esencialmente, en la racionalidad del enlace existente entre indicio y afirmación presumida, elemento determinante para estimar legítimamente alcanzado el convencimiento del juzgador, derivado de esa compleja actividad intelectual que compone el objeto de estudio²¹⁸.

A ese respecto, la STS 1741/2006, de 15 de marzo, hace ver la fiabilidad de la prueba indiciaria, incluso por encima de la “prueba directa”, en virtud del fundamento racional en que se sustente aquélla:

“[...] hoy son muchas las construcciones, dogmáticas y jurisprudenciales, que afirman una mayor seguridad de la prueba indiciaria, correctamente empleada, pues la acreditación del hecho-consecuencia resulta de la racionalización del engarce existente entre el indicio y la presunción, que supone una mayor seguridad frente a otras pruebas directas, como la testifical, en la que la base la proporciona la credibilidad del testigo.”

Así, la racionalidad de la inferencia exigida en la prueba indiciaria reviste un elemento inexcusable, de esencial importancia para reconocer en ésta aptitud para destruir válidamente la presunción de inocencia²¹⁹. En tal sentido, el enlace entre indicio y afirmación presumida ha de revelar que ésta última surge de forma normal, a partir de la constatación de aquél; en otras palabras, se hace imprescindible apreciar una conexión tal que, sobre la base del hecho acreditado, denote la conclusión acerca del dato fáctico que se precisa probar.

Así lo destaca la STS 3556/2001, de 30 de abril, en la que se considera:

²¹⁸ Lo principal en la prueba de indicios, asevera ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo POSADA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980, pág. 65, es la inferencia, es decir, “la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro desconocido”. Según DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág. 626, la fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor firmeza de la conexión causal existente entre éstos y el hecho cuya prueba se pretende. Asimismo, SANTIAGO PÉREZ, Jorge: *Lógica, sentencia y casación: doctrina, jurisprudencia y técnica procedimental*, [s.n.], Córdoba (Argentina), 1989, pág. 39, citando jurisprudencia argentina acota que “la fuerza probatoria del indicio reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre el hecho conocido (el indiciario), debidamente acreditado, y otro hecho desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar”.

²¹⁹ GORPHE, François: *De la apreciación de las pruebas*, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, pág. 297, destaca que la operación mental que conlleva la prueba indiciaria debe expresarse “lógicamente mediante inferencias y razonamientos”. En ese orden de ideas, señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: “Aplicación de la lógica...”, *cit.*, págs. 21 y 32, que la prueba indiciaria depende de “la conexión lógica entre las circunstancias concomitantes y el hecho a probar”; asimismo, resalta la necesidad de que las conclusiones a que se arribe, a partir de los indicios constatados, tengan un significado “netamente unívoco”, por no dar lugar a que del mismo material pueda, a la vez, inferirse la posibilidad de que las cosas se hayan suscitado de una manera diferente.

“[...] entre unos y otros hechos ha de haber una conexión tal que, acaecidos los primeros, pueda afirmarse que se ha producido el último porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, a fin de aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba.”²²⁰

Pues bien, la exigencia de racionalidad, inherente a toda la actividad probatoria y, en general, a la función jurisdiccional, estriba en la necesidad de que la base sobre la que se apoya el tribunal para alcanzar su convicción revele un juicio ajeno a toda arbitrariedad.

En efecto, el necesario carácter incriminatorio de la prueba, para entender genuinamente enervada la presunción de inocencia, hace imperativo que la decisión judicial se apoye en datos ciertos, a partir de los cuales se deduzcan conclusiones sólidamente fundadas; en definitiva, se trata de que la condena del acusado recaiga como consecuencia de haberse probado de forma legal, auténtica y contundente (sin lugar a dudas) su culpabilidad.

En concordancia con lo expuesto, la apreciación de los distintos medios de prueba ha de regirse por parámetros de racionalidad (sana crítica), de la que se obtengan afirmaciones irrefutables, las que bien pueden constituir verdaderos indicios de los que, por igual, mediante razonamientos incuestionables, se deduzcan conclusiones también ciertas, que hagan factible asumir una decisión²²¹.

En lo que concierne a la prueba indiciaria, será la racionalidad de la inferencia el elemento determinante para estimar si la convicción judicial ha sido alcanzada conforme a las exigencias constitucionales –para cuya apreciación es menester la motivación de la sentencia–, impidiendo que ésta se erija sobre consideraciones absurdas, inconsistentes o antojadizas, es decir, sin que se haya logrado destruir, legítimamente, la presunción de inocencia del

²²⁰ En igual sentido, la STS 3534/2010, de 24 de mayo.

²²¹ Para MORILLO MÉNDEZ, Antonio: “[Certeza formal...]”, *cit.*, pág. 5, la prueba indiciaria se sustenta en el sentido común, en la crítica racional y razonable, “lógica, sana, no arbitraria ni falta de coherencia”.

acusado²²². En ese orden de ideas, se expone en la STS 6880/2009, de 23 de octubre, lo siguiente:

“Hemos declarado con reiteración que la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal.”

Conforme a lo indicado, el fundamento del engarce existente entre hecho-indiciante y hecho-indiciado debe sujetarse a las reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia (cuestión discutida en el capítulo anterior) o, como se expresa en la jurisprudencia del TS, a las reglas del “criterio humano”²²³ o, más simple aun, a “las meras reglas del pensar”²²⁴.

En todo caso, el nexo entre indicio y hecho-consecuencia ha de mostrarse “coherente, lógico y racional”, entendiendo la racionalidad “no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (STC 169/1986, de 22 de diciembre²²⁵).

Así las cosas, el fundamento utilizado debe descartar la arbitrariedad y la irracionalidad de la inferencia, garantizando la lógica y coherencia en su construcción y evitando que aquélla se revele “excesivamente abierta”, “endeble” o “imprecisa”²²⁶, o sea, que el razonamiento efectuado no permita,

²²² STS 4147/1998, de 22 de junio, antes citada: “Criterio racional no puede ser sino el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia para, contando con el apoyo enriquecedor e inestimable de la intermediación, dejar atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura.”

²²³ STS 654/1987, de 4 de febrero: “[...] la prueba en cuestión puede, sin que ello sea obstáculo a reconocerle virtualidad en orden a destruir la presunción de inocencia, ser indirecta o indiciaria, siempre que los indicios estén plenamente probados y de ellos se llegue a la convicción de culpabilidad mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano [...].”

²²⁴ STS 3556/2001, de 30 de abril, antes citada.

²²⁵ Se añade en la sentencia: “De él [refiriéndose al indicio] parte la inferencia, la operación que lleva al hecho consecuencia, a la presunción rectamente entendida, que será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión. Se habla en este sentido, negativamente, del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba.” En igual sentido, la STC 202/2000, de 24 de julio.

²²⁶ STC 108/2009, de 11 de mayo (antes citada): “[...] no basta con que la culpabilidad se haya acreditado a través de un medio idóneo de prueba (directa o indiciaria), sino que, en el caso de pluralidad de indicios, el juicio de culpabilidad debe inferirse, razonable e inequívocamente, de los mismos; de forma que si la estructura del juicio de reprochabilidad es excesivamente abierta o endeble, de manera que podría

por su débil fundamentación, dar lugar a distintas e, incluso, contradictorias conclusiones, pues ello, en observancia del derecho a la presunción de inocencia, haría inviable un fallo condenatorio²²⁷.

A tales circunstancias se refiere la STC 189/1998, de 28 de septiembre, al considerar:

“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. [...] Se trata, expresado en negativo, ‘del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba’.”²²⁸

El criterio expuesto insiste en la necesidad de que el enlace entre hecho-base y afirmación presumida permita apreciar una relación conforme a la cual, una vez constatado el primero, ésta última se deduzca de forma natural, excluyendo cualquier otra conclusión por carecer del sólido fundamento en que aquélla se apoya²²⁹.

conducir, no sólo a la conclusión de la culpabilidad, sino a otra u otras radicalmente diversas, o incluso a la inocencia, debemos considerar que la inferencia es excesivamente abierta o imprecisa, pudiendo estimar lesionada la presunción de inocencia.”

²²⁷ STC 1/2009, de 12 de enero: “[...] la prueba de que el demandante de amparo condujo el vehículo hasta el arcén donde fue hallado por la policía respeta las exigencias de este Tribunal respecto de la prueba indiciaria, [...]. La inferencia supera nuestro canon negativo de enjuiciamiento, que, respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera ‘insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable’ [...].”

²²⁸ En términos similares, la STC 120/1999, de 28 de junio.

²²⁹ En la STC 66/2006, de 27 de febrero, el Tribunal concluye que a partir del hecho-base no se deduce de forma natural la presunción sobre la culpabilidad del acusado, condenado previamente por un delito de robo con violencia y otro de robo de uso de vehículos: “La presencia del recurrente ha quedado, efectivamente, acreditada (entre otras razones, porque nunca fue cuestionada por él, en las inmediaciones del lugar, así como su condición de drogodependiente). Pero tal presencia se produce en un lugar habitualmente frecuentado por numerosos drogadictos y de forma previa a que se produjeran los ilícitos que justificaron el proceso penal. No se le interviene ningún efecto que permita sospechar su implicación en los mismos, ni se acredita que haya una actuación coordinada entre el recurrente y las otras dos personas que han sido condenadas por los mismos delitos y falta. Retomando nuestra doctrina en la materia, podemos afirmar que el indicio acreditado no lleva naturalmente a determinar la implicación del recurrente en los hechos por los que ha sido condenado.” Asimismo, aluden al incumplimiento del requisito bajo estudio, entre otras, las SSTC 137/2002, de 3 de junio: “[...] la inferencia realizada por el Tribunal ha de reputarse excesivamente abierta. En efecto, del hecho de ser amigo del remitente, de conocer que se va a recibir un paquete, y de que se produzca el aviso de que no se recoja el enviado previamente porque puede contener algo y la policía está detrás, no puede deducirse, sin más, que respecto de este segundo envío (recordemos que el recurrente fue absuelto por los hechos relacionados por el primer envío) el demandante no sólo conociera la existencia de droga en su interior, sino que además actuaba en connivencia con el remitente, [...]”; y 137/2007, de 4 de junio: “[...] la Audiencia

Por su parte, en la STS 4628/2009, de 18 de junio, se expresa:

“Es claro, desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal *a quo*, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. [...] En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.”

En concordancia con lo que se ha venido sosteniendo, para la correcta construcción de la prueba indiciaria es menester que el tribunal verifique el grado de racionalidad de cualquier otra inferencia posible, incluidas las explicaciones que pueda ofrecer el acusado respecto del hecho que se le atribuye²³⁰, optando siempre por aquella que, por no adolecer de puntos endebles o cuestionables en su fundamentación, le ofrezca certeza.

Así, el tribunal deberá asumir su decisión de acuerdo con las exigencias constitucionales de la prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, esto es, optando por aquella inferencia que determine su convencimiento sin margen alguno de duda razonable.

En todo caso, para alcanzar la convicción judicial se hace necesario descartar cualquier otra hipótesis que pueda suponer una explicación alternativa posible a la conclusión asumida, sea por su falta de coherencia, por

Provincial infiere o presume en su Sentencia que el recurrente en amparo, por ejercitar esas funciones de dirección y coordinación de la obra ‘Historia Ilustrada de Pontevedra’ (extremo que no se discute), debía necesariamente conocer el plagio cometido por su colaborador, el coacusado [...], lo que supone inferir, a su vez, que el recurrente conocía los contenidos del libro plagiado del que es autor el Sr. [...] (lo que no consta, según se afirma expresamente en la Sentencia de instancia) o, alternativamente, que el coacusado había puesto en conocimiento del recurrente en amparo que había copiado dicho libro (lo que tampoco consta que sucediera). De este modo, la Sentencia impugnada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia en el que se sustenta la convicción sobre la autoría del recurrente en la comisión del delito tipificado en el art. 270.1 del Código penal, de forma que la condena de éste se fundamenta en una inferencia ilógica y no concluyente, por su carácter excesivamente abierto, por lo que no puede considerarse que haya existido prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente.”

²³⁰ A ello se refiere la tantas veces citada STC 174/1985, de 17 de diciembre: “De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente.”

su vaguedad o por su inconsistente cimentación frente a aquélla, lo que refuerza la certidumbre de que las cosas se suscitaron en la forma como infiere el tribunal, reflejando el grado de convencimiento requerido en orden a la garantía del derecho a la presunción de inocencia²³¹.

Con la finalidad de obtener una mejor comprensión del requisito bajo estudio, es dable citar algunos casos concretos extraídos de la jurisprudencia española.

a) El primer caso se refiere a un proceso penal instruido por un delito contra la salud pública (art. 368 del CP), figurando como acusados dos personas (A y B).

Como hechos probados, el tribunal que conoció del juicio oral constató que A se había trasladado hasta la vivienda de B, recibiendo de éste, en el interior del domicilio, dos bolsas que contenían sustancias estupefacientes, por las cuales le entregó una determinada cantidad de dinero. La acusada A salió del lugar y se montó en un taxi, el que, momentos después, fue interceptado por agentes de policía, los que ocuparon a dicha persona ambas bolsas, una con 99,49 gramos de heroína, y la otra con 19,88 gramos de cocaína, droga que destinaría tanto para su consumo, como para distribuirlas a terceras personas. Ambos acusados fueron condenados.

Al promover casación, el acusado B discutió su participación en el delito, negando que existiera prueba que lo incriminara como el vendedor de las sustancias. Ante ello, el TS hizo un recuento de los indicios debidamente acreditados que fueron tomados en cuenta por la Sala de instancia para desvirtuar la presunción de inocencia de dicho recurrente, destacando los siguientes: a) la acusada A se trasladó al lugar donde se ubicaba la vivienda de B (recurrente) para adquirir sustancia estupefaciente; b) entró en la vivienda de

²³¹ STS 3068/1996, de 21 de mayo: “Se puede decir que tal conexión lógica existe, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal (*in dubio pro reo*), cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa, que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios, y a tal fin, si se han alegado, habrán de examinarse las explicaciones ofrecidas por el acusado.”

B, sin que en el camino a ésta hablara con alguien más o se dirigiera a otro domicilio; c) luego de unos minutos, salió de la vivienda con dos bolsas, acompañada de B, que en una furgoneta la llevó hasta el lugar donde la esperaba un taxi; d) se montó en el taxi que después fue interceptado por los policías, habiéndosele ocupado las dos bolsas conteniendo droga; y e) al practicarse registro en la vivienda de B se encontraron 1.059.000 pesetas.

A ese respecto, explicó el TS el proceso lógico de razonamiento empleado por el tribunal de instancia para deducir, a partir de tales indicios, plenamente probados, la conclusión sobre la autoría del acusado B en la venta de la droga. Para el Tribunal, la deducción obtenida resultó “racional y lógica”, existiendo entre hechos-base y afirmación presumida el necesario enlace lógico, según las reglas del criterio humano, pues es obvio que “si la acusada [A] acudió para comprar la droga que buscaba y la tenía ya en su poder cuando salió de la chabola de [B] sin haber entrado en contacto con ninguna otra persona, salvo con [B], a quien se intervino el mismo día más de un millón de pesetas en la chabola, la droga necesariamente la adquirió de éste, deducción que responde a las más elementales reglas de la lógica y la experiencia”²³².

b) El segundo caso corresponde a un proceso penal incoado por un delito de fabricación de moneda falsa (art. 386, párrafo primero, numeral primero del CP). El tribunal que conoció del juicio declaró como hechos probados, entre otros, que dos (C y D) de los tres acusados habían sido sorprendidos por agentes de policía cuando se encontraban en el interior de un vehículo, junto a una sucursal bancaria, y al revisar el maletero encontraron una impresora con un billete de 20 euros de curso legal en su interior, tres cartuchos de tinta, discos compactos de instalación para la impresora, un paquete de papel fotográfico, 40 billetes falsos de 20 euros cada uno con idéntica numeración que el original existente en el interior de la impresora, 59 folios con el anverso del mismo billete de 20 euros y otros materiales, los que habían sido utilizados para fabricar aquellos billetes falsos. Las dos personas fueron trasladadas a

²³² STS 171/1999, de 20 de enero.

una comisaría, encargándose un agente de policía de seguir conduciendo el vehículo.

Por su parte, la pareja sentimental de C (E, también acusada), quien no se había percatado de la interceptación policial del vehículo, al introducirse a éste preguntó dónde se encontraba su novio. Dicha persona cargaba consigo un billete falso de 20 euros, de la misma numeración que el original que fue ocupado en el interior de la impresora. Conforme a estos hechos, la condena recayó sobre los tres procesados como partícipes del ilícito.

Es evidente que el tribunal, para llegar a su convicción, tomo en cuenta los hechos-base siguientes: a) la presencia en el maletero del automóvil de todo un sistema completo de producción de billetes falsos (impresora, tintas, papeles y demás útiles necesarios); b) la impresora tenía en su interior un billete legítimo de 20 euros y allí mismo había unos pliegos de papel en los que ya se habían obtenido reproducciones de ese billete, aun no separadas del pliego correspondiente, lo que, según el tribunal, determinó que el sistema había funcionado inmediatamente antes de ser hallado por la policía y que se encontraba en disposición de continuar funcionando; c) los policías encontraron 41 billetes falsos de 20 euros, reproducidos del legítimo, 40 en el vehículo y 1 que le fue ocupado a la acusada E, todos procedentes del mecanismo de falsificación; d) en el automóvil, al momento de la interceptación de la policía, iban dentro dos de los acusados (C y D), uno de los cuales conducía (C); y e) minutos después de la detención, la acusada E se introdujo en el vehículo, se sentó en el sitio del copiloto y, al darse cuenta de quien lo conducía, preguntó dónde estaba su novio.

El tribunal, con base en los referidos indicios, infirió que los tres acusados actuaban de común acuerdo para tratar de pagar, o cambiar, en algunos establecimientos públicos con los billetes falsos que alguno o varios de ellos había fabricado momentos antes.

Ahora bien, en cuanto al ocupante no conductor del vehículo (D), ante las versiones exculpatorias de éste, el tribunal entendió inimaginable que en una

operación delictiva tan grave como la falsificación de moneda, haya un extraño al hecho, es decir, alguien que desconociera esa operación, a quien los demás coautores permiten estar allí, sin estar al tanto de la situación. Dicho acusado alegó un encuentro casual con los otros acusados; sin embargo, tal versión se entendió inverosímil, pues la localidad donde fueron capturados no correspondía a la de residencia o domicilio de alguno de los tres. En tal virtud, para el tribunal, los tres acusados trataron de expender esos billetes falsos que todos o alguno o algunos de ellos, con el conocimiento de los demás y de común acuerdo, habían fabricado²³³.

Del ejemplo se resalta no sólo el carácter racional de la inferencia a partir de la cual logró el tribunal alcanzar la convicción respecto de la culpabilidad de los acusados, sino el análisis que efectúa con relación a la versión exculpatoria sostenida por uno de los encausados, descartándola por no apreciar en ella una base lógica, a diferencia de la conclusión sobre su participación en el ilícito.

c) En un proceso penal incoado por un delito de asesinato, como hechos probados, el tribunal declaró, entre otras cosas, que el acusado había pretendido mantener relaciones sexuales con una mujer, quien lo rechazó. Horas después, la misma mujer se encontraba en un bar, acompañando a la víctima (un hombre de 88 años) y al entrar el acusado, el acompañante de aquella le reclamó que la dejara en paz. Al salir la víctima del bar, el acusado lo siguió a distancia, y al entrar aquél a su vivienda, éste lo hizo por una puerta posterior, tras saltar un muro.

Dentro de la vivienda, el acusado comenzó a propinarle golpes a la víctima, en la cabeza y el cuerpo, con un objeto no identificado, pero con cierto peso y dimensiones mayores de 20 centímetros de longitud y de 5 a 7 centímetros de ancho. A raíz de los golpes, la víctima padeció *shock* traumático, muriendo minutos después.

²³³ Según la STS 610/2009, de 12 de febrero, dictada en virtud de recurso de casación interpuesto, “hubo prueba respecto de la existencia del delito y de la participación de todos ellos como coautores del mismo”.

Para asumir el fallo de condena, el tribunal contó con la prueba siguiente: a) declaración testimonial de la mujer con la que el acusado pretendió, sin éxito, mantener relaciones sexuales, y que se encontraba con la víctima en el bar, la que relató el incidente entre la víctima y el inculpado; y b) otro testigo, quien indicó que vio a la víctima la noche de los hechos, quien era seguida por un hombre, afirmando en juicio que se trataba del acusado. Según el testigo, la víctima entró a su domicilio, mientras la otra persona se quedó cerca.

Para el tribunal, los datos anteriores cobraron sentido con la aparición, en el recipiente de basura del domicilio de la víctima, de una lata de cerveza de la misma marca, lote y fecha de caducidad que otra encontrada en la casa del acusado, datos que coincidieron con otra lata, sin abrir, ubicada en la vivienda de la víctima, las que habían sido adquiridas por el hijo de ésta. Aunado a lo anterior, a partir de pruebas periciales practicadas, se determinó que el perfil genético de las muestras biológicas obtenidas de la lata vacía hallada en el basurero de la cocina del fallecido correspondía con el del acusado.

Ante ello, el tribunal pudo afirmar que el acusado había estado en la casa del fallecido la noche de los hechos, única explicación posible en virtud de los datos que arrojaron las latas de cerveza halladas, la que se sustentó en el razonamiento siguiente: encontrándose en la cocina de la víctima, tomó dos de las cervezas allí existentes, y luego de tomarse una, depositó la lata vacía en el recipiente de basura, llevándose la otra a su domicilio.

De esa cuenta, a partir de los indicios debidamente acreditados (el suceso en el bar, el seguimiento a la víctima hasta su domicilio y la presencia del inculpado en dicho lugar la noche del crimen), concluyó en la culpabilidad del acusado, infiriendo que había sido éste el autor del asesinato, quien, movido por el incidente que había tenido con la víctima, la siguió, entró a su domicilio y la mató.

Por su parte, en virtud de recurso de casación interpuesto, el TS estimó:

“Hemos de afirmar, por tanto, el carácter no irrazonable de la inferencia llevada a cabo por el Tribunal ‘a quo’ tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia como desde la óptica del grado de solidez requerido, pues el engarce entre los hechos inicial y directamente probados y los hechos final

e indiciariamente estimados acreditados, que el órgano judicial sustenta en el incidente previo que la víctima mantuvo esa misma noche con el acusado, que éste fue visto por un tercero seguir a la víctima hasta su casa, la existencia de su perfil genético en una lata de cerveza ocupada en la basura de la cocina del domicilio del fallecido del mismo lote y caducada que la lata encontrada en su propio domicilio, resulta conforme a las reglas de la lógica y permite concluir que fue el recurrente presente la noche de los hechos en el domicilio de la víctima y fue el autor de su muerte, inferencia que no es excesivamente abierta o indeterminada [...].²³⁴

d) En otro caso, el tribunal que conoció del juicio, al dictar sentencia, declaró como hechos probados que en el aeropuerto de Madrid-Barajas fue detectado por los servicios de aduana un paquete en que constaba como remitente una persona desde un país extranjero, y como destinatario un nombre (F), apareciendo la dirección donde debía entregarse. En la etiqueta en que aparecían los datos del envío, constaba un recuadro sombreado, en el que se especificaba el contenido como un peluche. Sin embargo, la Unidad de Análisis de Riesgo de la aduana detectó por escáner la presencia de una masa en el interior del envoltorio, intuyendo que podría tratarse de alguna sustancia tóxica. Ante ello, se obtuvo la autorización respectiva para la apertura del paquete, encontrando en éste un peluche, en cuyas cabeza y extremidades contenía una sustancia granulada que dio resultado positivo al detector de cocaína.

En tal virtud, se solicitó y obtuvo del Juzgado de Instrucción la autorización para la entrega controlada del paquete en su lugar de destino. Al llevar a cabo la diligencia, atendió un joven (primer acusado), que convivía en el lugar con su madre, el compañero de su madre (segundo acusado) y el hermano de su madre (tercer acusado).

De las investigaciones se pudo constatar que el nombre de la persona a quien se destinó el paquete correspondía a un hombre (F) de nacionalidad extranjera, como los acusados, quien era compañero de trabajo del tercero de los acusados (hermano de la madre del joven que atendió). Por razones laborales, el tercer acusado tuvo a su disposición documentación personal de F, de quien sabía su nombre y otros datos; de esa cuenta, según concluyó el tribunal, fue dicho acusado quien facilitó a la persona que remitió el paquete desde el extranjero, el nombre del destinatario y la dirección a donde se envió.

²³⁴ STS 7710/20009, de 3 de diciembre.

Como corolario, sobre este individuo (el tercer acusado) recayó condena por un delito contra la salud pública, absolviéndose a los otros dos acusados.

Para el tribunal, la convicción sobre la culpabilidad del único de los condenados se fundó en prueba indiciaria. En efecto, el paquete tenía como destinatario un nombre (F) y una dirección específica; sin embargo, F, que sí existía, nunca había vivido en esa dirección, pero era compañero de trabajo del único condenado. Al declarar F como testigo en el juicio, manifestó que había dejado al único condenado, tiempo atrás, fotocopia de su documento de identidad y de nómina para que gestionara su alta en la Seguridad Social.

A partir de esos hechos básicos, el tribunal llevó a cabo un juicio ponderativo que le llevó a absolver a los dos primeros acusados, centrando la autoría del delito en el condenado. Esa atribución de responsabilidad se basó en varios elementos indiciarios que los jueces reputaron decisivos: a) el destinatario formal del paquete (F), es decir, a cuyo nombre figuraba éste, no residía en el domicilio al que estaba dirigida; b) sólo el condenado conocía el nombre y circunstancias de ese destinatario, de hecho tenía sus datos personales en una fotocopia que esta persona le había proporcionado; c) sólo el condenado podía facilitar al remitente del paquete ese nombre como destinatario; y d) es contrario a cualquier máxima de experiencia, a la vista del elevado valor del paquete (más de 40.000 euros), aceptar que su contenido se ponga en circulación con el riesgo de que se pierda por no ser aceptado.

En suma, la conclusión de culpabilidad se infirió de un conjunto de indicios que incriminaron, dentro de los parámetros exigidos, al tercero de los acusados.

El condenado formuló una versión exculpatoria, contradicha por el tribunal que conoció del proceso en la forma siguiente:

“[...] dice que tales documentos se los había facilitado su compañero de trabajo señor [F] para que pudiera usarlos en una petición de préstamo bancario en que el señor [F] tenía que servirle de avalista, y declarando el señor [F] como testigo en juicio, en el mismo sentido a como lo hiciera en instrucción, desmiente a [el condenado] y precisa que tales documentos se los facilitó en su día por asuntos de trabajo, y que en ese menester fueron empleados, aunque es cierto que luego no se los devolvió; respecto del asunto del aval [...] a él se refiere el señor [F] como algo descabellado, pues es

claro que por su condición de persona no propietaria y con precario trabajo nunca podría servir de avalista, y que de ninguna manera la facilitó su documentación para esos menesteres."²³⁵

El TS, al conocer en casación, consideró:

"La Sala no detecta razones que nos lleven a censurar el proceso deductivo exteriorizado por los Jueces *a quo*. Las alegaciones de la defensa, tan legítimas como inatendibles, no destruyen la coherencia lógica ni la racionalidad que ha presidido el proceso de valoración probatoria llevado a cabo por los Jueces de instancia."²³⁶

e) También la jurisdicción constitucional ha tenido oportunidad de referirse a la exigencia de racionalidad del enlace entre indicio y afirmación presumida.

En efecto, entre otros pronunciamientos, en la STC 300/2005, de 21 de noviembre, el Tribunal apreció el fundamento de la inferencia que permitió concluir en la culpabilidad del procesado, condenado por delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y falsedad en documento oficial; así, partiendo de los indicios debidamente acreditados (la sustracción de un vehículo y la interceptación por la policía del acusado, aproximadamente veinticuatro horas después de la sustracción, intentando embarcar el mismo vehículo para transportarlo a otro lugar, pero con los datos de registro y documentación alterados), advierte que la operación intelectual llevada a cabo por el órgano jurisdiccional que conoció del juicio, resulta lógica y coherente, denotando una base sólida que excluye la irracionalidad²³⁷.

²³⁵ Transcripción contenida en la sentencia de casación.

²³⁶ STS 642/2010, de 10 de febrero.

²³⁷ Se considera en la sentencia: "Como se ha dejado constancia en el precedente fundamento jurídico, de los hechos plenamente acreditados, cuya probanza no cuestiona el recurrente en amparo, tomados como indicios, esto es, la sustracción del vehículo Renault 19, matrícula de Murcia, entre las 22:45 horas del día 10 y las 8:50 horas del día 11 de octubre de 2000, la sustracción del interior del vehículo de diversas prendas y la interceptación por la policía en Algeciras en la mañana del día 12 de octubre de 2000 del demandante de amparo cuando trataba de embarcar en un ferry con destino a África el vehículo antes referido, pero con matrícula cambiada, alterado el cuarto dígito del *vin* original y con permiso de circulación y *procura speciale* falsos, la Sala ha inferido la participación del recurrente en amparo en concepto de autor, en cualquiera de las modalidades admitidas, en los hechos por los que ha sido condenado, dada la inmediatez temporal, aproximadamente veinticuatro horas, entre la sustracción del vehículo y su interceptación por la policía en poder del demandante de amparo y los cambios que en ese lapso de tiempo se llevaron a cabo en el vehículo, esto es, la alteración de la matrícula, del *vin* y de la documentación. Pues bien, desde la perspectiva limitada y externa que corresponde a esta jurisdicción, debemos rechazar la pretensión de amparo y afirmar el carácter no irrazonable de la inferencia llevada a cabo por el órgano judicial en el presente caso, tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia, como desde la óptica del grado de solidez requerido."

Asimismo, el TC ha reiterado que no pueden calificarse como inferencias concluyentes, deviniendo contrarias al derecho a la presunción de inocencia, las siguientes: “la que une la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución”²³⁸, “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”²³⁹, “la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos”²⁴⁰, “la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta”²⁴¹ o “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”²⁴².

Al igual que la jurisprudencia, también la doctrina ha insistido en la importancia de un enlace racional entre indicio y afirmación presumida. Según CARNELUTTI, un hecho se convierte en indicio cuando “una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no de éste”²⁴³.

Para DEVIS ECHANDÍA, la relación de causalidad, clara y cierta, que debe existir entre indicio y presunción ha de valerse de la ayuda de la lógica, basada

²³⁸ STC 105/1988, de 8 de junio.

²³⁹ STC 283/1994, de 23 de octubre; resalta el TC que una inferencia en ese sentido “entraña una presunción ilegítima”, generando una inversión de la carga de la prueba que lesiona el estado de inocencia que la Constitución reconoce al acusado.

²⁴⁰ STC 24/1997, de 11 de febrero. Para el TC, la prueba indiciaria utilizada por el tribunal de instancia sólo sirvió para demostrar la posesión de los pájaros por el acusado, sin que haya sido posible deducir de esos hechos la participación del poseedor de las aves en su robo; se concluye en la sentencia que “el proceso mental seguido se quiebra al pasar de la posesión de los pájaros al robo de ellos.”

²⁴¹ STC 45/1997, de 11 de marzo; se estima en la resolución que el *iter* mental se rompió, en cuanto a la razonabilidad exigible en la prueba indiciaria, al vincular la titularidad de la embarcación con la autoría del ilícito que se atribuye, sin más pruebas de cargo.

²⁴² STC 157/1998, de 13 de julio, en la que el Tribunal destaca que de la presencia del acusado en el aeropuerto no se advierte la constancia de un enlace lógico, preciso y directo del que resulte la certeza de la intervención en el delito que se le imputa, con lo cual, no fue desvirtuada la presunción de inocencia de aquél.

²⁴³ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, cit., pág. 192.

en las reglas de experiencia conocidas por el juzgador o en las reglas técnicas que le suministren los peritos²⁴⁴.

Advierte MIRANDA ESTRAMPES que la jurisprudencia española acoge la postura que exige una correlación lógica entre indicio y presunción en un sentido doble: en sentido positivo, pues los indicios deben desembocar en una única conclusión, y en sentido negativo, pues deben conllevar la exclusión de cualquier otra conclusión²⁴⁵.

Por su parte, señala GIMÉNEZ GARCÍA que desde las exigencias que derivan de la naturaleza constitucional del derecho a la presunción de inocencia, una sentencia condenatoria puede sustentarse en prueba indiciaria siempre que parta de hechos plenamente probados y que los elementos fácticos constitutivos del delito “se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”²⁴⁶.

En definitiva, se reitera que la eficacia de la prueba indiciaria reside, esencialmente, en la racionalidad del nexo existente entre hecho-indiciante y hecho-consecuencia, de forma que la conclusión sobre la constatación de éste último, lejos de dar margen a dudas, vislumbre un razonamiento lógico y fundado, del que se evidencie la formación de la convicción judicial ajena a cualquier resquicio de arbitrariedad²⁴⁷.

Aunado a lo anterior, como ya ha sido afirmado, el fundamento racional de la prueba indiciaria debe permitir, por su solidez y coherencia, la exclusión de cualquier otra conclusión alternativa, lo que repercute, indiscutiblemente, en la obtención de la convicción judicial conforme a los parámetros constitucionales

²⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general...*, tomo II, *cit.*, pág. 632.

²⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 244.

²⁴⁶ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: “La prueba indiciaria...”, *cit.*, págs. 79, 80 y 85.

²⁴⁷ Expone GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: “Aplicación de la lógica...”, *cit.*, pág. 23: “Para que la prueba indiciaria sea prueba de cargo debe plasmar un proceso lógico. Cuando el tribunal acude al juicio de inferencia exige ese ‘plus’ a su *iter* discursivo, una mayor racionalidad pues ya no se limita a razonar las impresiones de las pruebas directas que percibe, sino además añade un tinte nomotético a los hechos bases.” Aluden también a la exigencia de racionalidad en la inferencia, entre otros, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “Problemática del enjuiciamiento de los delitos económicos”, en: *Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, nº III (2003), pág. 694, y RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio: “Notas sobre presunción de inocencia”, *cit.*, pág. 309.

requeridos para la garantía efectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Con todo, la necesidad de que el enlace entre hechos-base y afirmación presumida se funde en criterios de racionalidad hace también exigible, a efecto de permitir la apreciación de dicho fundamento, que el tribunal exprese en su sentencia tanto los indicios que estime acreditados, como el proceso mental seguido para inferir la conclusión acerca de la constatación del hecho, cuestiones que revisten el objeto del requisito que a continuación será abordado²⁴⁸.

3.1.6) La necesidad de hacer explícito el razonamiento en la sentencia

Con anterioridad se afirmó que la motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento imprescindible del derecho a la tutela judicial efectiva²⁴⁹; en efecto, esa exigencia común a todo pronunciamiento emanado de los tribunales de justicia forma parte de dicho derecho fundamental, en su vertiente de derecho, valga la redundancia, a que se dicte una resolución “fundada en Derecho”²⁵⁰.

²⁴⁸ STS 9344/1991, de 8 de marzo: “La deducción lógica que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), la cual debe exteriorizarse en el propio texto de la sentencia para mostrar así públicamente que la libertad del Juzgador no ha sido utilizada de modo arbitrario (art. 9.3 de la Constitución), elemento que excede de lo puramente fáctico y que, como tal, puede ser sometido a revisión del Tribunal Supremo por medio de un recurso de casación como el presente.”

²⁴⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (mayo-agosto 2000), pág. 35, se refiere a la extrema “delgadez” que ha acabado por tener dicho contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto la jurisprudencia constitucional ha ido flexibilizando notablemente las exigencias para entender que una resolución judicial está debidamente motivada, admitiendo, por ejemplo, la motivación por remisión a otras resoluciones o el uso de impresos que contengan los motivos del caso concreto, y afirmando que el derecho a la motivación no abarca una determinada extensión o calidad de ésta.

²⁵⁰ Entre otros pronunciamientos, cabe citar la STC 56/1987, de 14 de mayo: “En el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24.1 C.E., se comprende, como de modo reiterado ha dicho este Tribunal, el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en Derecho, es decir, motivada, por lo general una Sentencia que resuelva las peticiones propuestas en el proceso. En concreto, y por lo que a éstas se refiere, el art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, lo que, en definitiva, no es más que la consecuencia de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley (117.1) y al sistema de recursos establecido en las Leyes

La motivación de las resoluciones judiciales se apoya en la necesidad de que el tribunal haga públicas las razones que le han conducido a fallar en uno u otro sentido, demostrando así que su decisión no es producto de la arbitrariedad, sino del correcto ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido encomendada²⁵¹, es decir, dirimiendo la controversia sometida a su conocimiento, precisamente, en aplicación del Derecho²⁵². Como señala FAIRÉN GUILLÉN, “la motivación de las resoluciones judiciales pone de manifiesto la idea de una argumentación racional práctica”²⁵³.

Por medio de la motivación de la resolución, el juez da a conocer las razones que le han determinado a tomar su decisión, cualquiera que ésta sea,

orgánicas y procesales. Es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación, como lógico y razonable es que, por lo general, pueda saber qué remedios procesales puede utilizar, exigiendo su información.”

²⁵¹ Afirma ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “La sentencia”, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; y DEL MORAL GARCÍA, Antonio (coords.): *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares, Granada, 2010, págs. 701-703, que mediante la motivación se trata de explicar o hacer comprender la razón de un acto de poder que afecta a derechos, cuestión que tiene particular incidencia en el ámbito de la legitimidad, y agrega: “[...] el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismas ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutir las con conocimiento de causa.” Asimismo, según PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: “Un reto inaplazable para la justicia penal en el siglo XXI: la aprobación de una nueva Ley de enjuiciamiento criminal”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (dir.): *La justicia procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 184, la motivación de las resoluciones judiciales se impone para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, a la vez que satisface el derecho del justiciable de comprender la decisión que le afecta, garantizándole además el control que permite la revisión de la propia sentencia en otras instancias o por el TC.

²⁵² STS 4924/1999, de 9 de julio: “Es decir, que por imperativo del art. 120.3 C.E., el Tribunal sentenciador debe exponer no sólo los razonamientos jurídicos en virtud de los cuales califica jurídicamente los hechos probados incardinándolos o subsumiéndolos en los preceptos del Código Penal que resultan aplicables, sino que tiene también el deber de explicitar en su resolución cuáles han sido las pruebas practicadas cuya valoración le ha permitido establecer el relato histórico de la sentencia. La omisión de esta motivación quebranta, efectivamente, el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, puesto que ésta no se satisface con un pronunciamiento o respuesta a la pretensión del interesado, sino que ese pronunciamiento ha de estar ‘fundado en derecho’, lo que supone la exigencia de que la respuesta del órgano judicial contenga las razones jurídicas que la fundamentan, de manera que la parte tenga cabal conocimiento del por qué de la resolución que le afecta pues, de no hacerse explícitos esos razonamientos, el acusado verá prácticamente cercenado su derecho a impugnar aquélla por la vía de los recursos que el ordenamiento pone a su disposición a tal fin, toda vez que, desconociendo los argumentos sobre los que se asienta la sentencia, difícilmente podrá combatirlos o refutarlos ante el órgano superior jurisdiccional en su pretensión de revocar o modificar el fallo recaído en la instancia, lo que ocasionaría la indefensión proscrita en el art. 24.1 C.E. Por otro lado, la necesidad de la motivación cumple un doble objetivo: Por una parte, disuadir al juzgador de las tentaciones de trocar la libertad que el Ordenamiento le confiere en la valoración de la prueba, en arbitrariedad, y, por otra, en ofrecer al órgano que haya de pronunciarse sobre la resolución cuestionada por vía de recurso, los elementos necesarios para discernir sobre el acierto de la decisión o el respeto a las exigencias legales impuestas por la norma.”

²⁵³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 57.

permitiendo a las partes apreciar tales fundamentos y, a la vez, posibilitando el ulterior control por los tribunales superiores²⁵⁴. En cuanto a ello, se expone en la STC 14/1991, de 28 de enero:

“La motivación de las Sentencias es, por consiguiente, una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley, y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento, por otro lado coincidente con el interés general de la comunidad, en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución.”

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia del TC, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales persigue los fines específicos siguientes: a) garantizar la posibilidad de control del fallo por los tribunales superiores, incluida la propia jurisdicción constitucional por vía del amparo; b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la “justicia y corrección” de aquella decisión judicial que afecte los derechos del ciudadano; y c) mostrar el esfuerzo realizado por el juzgador para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que se logrará “si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica”²⁵⁵.

En orden a estos fines, la exigencia de motivación de la resolución, en términos generales, no demanda una determinada extensión de aquella o un pormenorizado y exhaustivo razonamiento, sino que se entenderá satisfecha si el tribunal da a conocer los criterios jurídicos esenciales de la decisión y su enlace con el sistema de fuentes²⁵⁶.

²⁵⁴ STC 256/1988, de 21 de diciembre: “Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, el derecho fundamental que reconoce el art. 24.1 C.E. garantiza, ciertamente, la obtención de una resolución motivada del órgano jurisdiccional competente, pero no el acierto en la aplicación de la legalidad ordinaria, cuyo control y corrección de eventuales errores corresponde al propio sistema de recursos judiciales [...]”

²⁵⁵ STC 22/1994, de 27 de enero, con mención expresa de la STC 55/1987, de 13 de mayo, antes citada.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ REY, Fernando: “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (coord.): *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 169. El autor se apoya en la STC 14/1991, de 28 de enero, antes citada; en igual sentido, la STS 6634/2008, de 3 de diciembre, en las que se afirma: “Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones [...] que, la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico, y si bien es cierto que no es preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, no lo es menos que de la motivación debe desprenderse con claridad las razones que ha tenido el

Ahora bien, dirigiendo la mirada a la constatación de los elementos de hecho que da lugar a la aplicación de la norma penal, el derecho a la presunción de inocencia exige que la convicción judicial sobre la consumación del delito y la participación del acusado se alcance sobre una base racional, derivada de una actividad probatoria de cargo y practicada de acuerdo a los preceptos constitucionales.

En tal sentido, si se exige un cimiento racional en las conclusiones a que arribe el juzgador, es congruente exigir también que éste exprese en su resolución cómo ha deducido tales conclusiones, es decir que plasme los motivos por los cuales se inclina a favor de una u otra decisión, lo que permitirá identificar el fundamento empleado y, por tanto, comprobar, de apreciarse racionalidad en éste, que la presunción de inocencia ha sido legítimamente destruida. A ese respecto, se considera en la STS 1690/2003, de 12 de marzo:

“El deber de motivar las sentencias, esto es, de justificarlas, exteriorizando el porqué de lo decidido en materia de hechos (que es lo que aquí interesa), es, en realidad, una implicación necesaria del principio de presunción de inocencia (art. 24,2 CE) como regla de juicio. Éste, por condicionar la legitimidad de la condena a la existencia de prueba de cargo válidamente obtenida, impone a los tribunales que, al razonar sobre el material probatorio, hagan, reflexivamente, un esfuerzo por mantenerse siempre dentro del campo de lo motivable, para evitar quiebras lógicas y zonas oscuras en su discurso. Pues la racionalidad del mismo es garantía esencial y *sine qua non* de la calidad de esa actividad cognoscitiva que es el enjuiciamiento y de su resultado. Así las cosas, hay que afirmar, con carácter general y sin que quepan excepciones en la materia, que las sentencias penales –para evitar que sean arbitrarias– deben incorporar siempre una justificación racional de la decisión. Racional, suficiente y lo bastante explícita como para que los destinatarios, y, en general, el eventual lector, puedan tener cabal comprensión del sentido de sus pronunciamientos.”

Por consiguiente, la garantía del derecho a la presunción de inocencia hace ineludible que el juzgador, en su sentencia, haga mención de las pruebas concretas a partir de las cuales ha logrado formar su convicción, exponiendo el

Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos [...]. En particular, la finalidad de la motivación será hacer constar las razones que tuvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Como conclusión, puede decirse que la motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, no siendo necesario explicitar lo que resulta obvio.” Señala a ese respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “La motivación de las sentencias”, en: MIR PUIG, Santiago, *et al.*: *La sentencia penal, cit.*, pág. 103, que la motivación ha de ser completa y suficiente para contestar a la pregunta relativa a por qué una persona ha sido absuelta o condenada, de forma que cualquier otro que se ubique en la posición de juzgador habría llegado al mismo resultado, lo que sólo es posible si se excluye la arbitrariedad en la formación de la resolución. Por último, apunta ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre el valor de la inmediatez (una mirada crítica)”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 46 (marzo 2003), pág. 66, que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales se encuentren “tan motivadas como sea necesario” a efecto de que la decisión, especialmente en materia de hechos, sea “claramente comprensible, en el porqué y en su alcance”.

proceso intelectual que le llevó a colegir, sobre la base de aquéllas, afirmaciones ciertas respecto del hecho necesitado de prueba²⁵⁷.

La motivación, por ende, permitirá apreciar que existió suficiente prueba de cargo válida, que la valoración de los medios de prueba se practicó en concordancia con el sistema de sana crítica y que, a la postre, cualquier inferencia realizada se fundó en criterios de racionalidad²⁵⁸.

En ese contexto, según advierte FERNÁNDEZ ENTRALGO, sólo la valoración del grado de fiabilidad de la prueba queda reservada al reducto de la conciencia del juzgador, mientras que todo el resto del mecanismo de fijación de los hechos probados debe aparecer plasmado en la resolución, lo que reviste la máxima garantía de que han sido respetadas las exigencias que entraña la efectividad de aquella verdad interina de inocencia²⁵⁹.

La exigencia de motivación, por su especial naturaleza, conforma uno de los requisitos de validez de la prueba indiciaria, pues el tribunal, además de identificar en su resolución los indicios constatados, deberá expresar también la operación mental en virtud de la cual arribó a la afirmación presumida²⁶⁰. En otras palabras, para apreciar la validez de la inferencia, el juez se verá

²⁵⁷ En orden a ello, expresa PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales y su actual valoración”, en: *Revista General de Derecho*, nº 586-587 (julio-agosto 1993), pág. 7263: “[...] la motivación no expresa el camino formativo de la decisión sino que, contrariamente, es el discurso justificativo elaborado *ex post* por el Juez; [...]” Asimismo, TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, *cit.*, págs. 435 y 436, señala que la motivación es “una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”, control que se verifica dentro y fuera del proceso.

²⁵⁸ Se considera en la STC 145/2005, de 6 de junio: “[...] la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.”

²⁵⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones...”, *cit.*, pág. 862.

²⁶⁰ STS 8288/2003, de 19 de diciembre: “Una vez más, citaremos los requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente para enervar la presunción de inocencia mediante prueba indirecta, indiciaria o circunstancial; tales son: 1.º) Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.”

compelido a explicar el enlace racional existente entre hecho-indiciante y hecho-indiciado²⁶¹.

Cabe añadir que la explicación de ese enlace se traduce en la exposición de las razones que han permitido al juzgador, a partir de la acreditación del indicio o indicios, concluir en el hecho-consecuencia, explicación que permitirá a las partes, a los tribunales superiores y, en general, a cualquiera que se entere del fallo, apreciar el grado de racionalidad de la inferencia²⁶².

El TC, desde las sentencias 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, ha hecho especial mención de la exigencia relativa a que el juzgador, cuando su convicción se funde en prueba indiciaria, exprese en la sentencia el razonamiento concreto que le ha permitido llegar, a partir de los indicios que estime probados, a la conclusión sobre la comprobación de hechos determinantes para afirmar la concurrencia de los elementos del tipo penal y la culpabilidad del acusado. Así, se considera en la STC 174/1985:

“[...] cuando el art. 120.3 de la Constitución requiere que las Sentencias sean ‘motivadas’, elevando así a rango constitucional lo que antes era simple imperativo legal, ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.”

Por su parte, en la STC 175/1985, referida también a la prueba indiciaria, de forma clara y contundente se explica:

²⁶¹ STC 169/1986, de 22 de diciembre: “Se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza razonándolo el nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada o, mejor dicho, no explicada o no explicitada por el Juzgador.” Así también, se indica en la STC 283/1994, de 24 de octubre: “[...] si el órgano judicial toma en consideración unos hechos meramente indiciarios, para que éstos puedan desvirtuar la presunción de inocencia se requiere que el juzgador exteriorice en la resolución su razonamiento sobre el necesario nexo causal existente entre tales hechos y la participación de una persona en el hecho punible [...], ya que sólo una válida inferencia lógica permite considerarlos como prueba de cargo.”

²⁶² STC 111/1990, de 18 de junio: “Por otra parte, hay que tener en cuenta que, como igualmente razona la propia Sentencia impugnada, cuando una actividad probatoria –como sucede en este caso– existe y, además, es considerada suficiente, ‘y se ha producido con plenitud de garantías es posible aunque la prueba no sea directa, la condena y si ésta se produce es constitucionalmente correcta siempre que se razone o pueda razonarse el correlato que existe entre los varios indicios, que han de ser consistentes y plurales, se fije su condición y naturaleza, y la ilación de la estructura de los fundamentos que conduzca a la condena sea lógica y razonada’.”

“En este caso surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva, cuestión a la que ha de darse una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta que la Constitución –como ha señalado reiteradamente el Tribunal– constituye un todo en el que cada precepto adquiere un verdadero valor y sentido en función de los demás. En efecto, debe señalarse, de una parte, que el art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito – art. 25.1 de la Constitución– no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia, y de otra, que ello es también una exigencia del art. 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios. La doctrina anterior, circunscrita a la denominada prueba indiciaria, no se opone al principio de libre valoración de la prueba, ni tan siquiera a su valoración en conciencia (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues, como ha reiterado el Tribunal en múltiples ocasiones, la legalidad vigente ha de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; y, por otra parte, valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir otros que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal.”

También el TS se ha ocupado en sus pronunciamientos de esta exigencia, como lo pone de manifiesto la sentencia 21015/1994, de 4 de octubre, en la que se acoge la doctrina consolidada por la jurisdicción constitucional al respecto:

“El artículo 120.3 de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el acusado ha realizado la conducta tipificada como delito –artículo 25.1 de la Constitución– no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia, siendo ello también una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, ni habría manera de que otro Tribunal determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, debiendo afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada [...]. La exigencia de motivación adquiere especial relieve tratándose de prueba indiciaria. Datos objetivos integrantes del hecho base han de llevar por vía de inferencia a la determinación del hecho consecuencia, a la conclusión inculpatoria que da paso a la condena. El nexo causal debe hacerse patente a los ojos de los interesados.”

De igual forma, la STS 131/2005, de 19 de enero, en la que de manera determinante se hace ver la relevancia de la exigencia bajo estudio, como elemento que posibilita el control sobre la racionalidad de la inferencia:

“Por ello, de una vez por todas es preciso contar con la prueba indiciaria sin desconfianzas ni complejos. [...] Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más porque el plus de motivación que exige para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho-base acreditado, al hecho-consecuencia, actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal *a quo* cuando el Tribunal Superior conoce del tema vía recurso, con lo que hay un mejor y más acabado control de la interdicción de la arbitrariedad [...].”

Como corolario, el razonamiento utilizado para inferir la afirmación presumida debe quedar plasmado en la resolución, lo que hace factible el control por parte de los interesados y los tribunales superiores, a efecto de determinar que la sentencia no resulta arbitraria y que, por el contrario, se apoya en criterios de racionalidad²⁶³.

En cuanto a la extensión de la justificación exigida en la resolución, refiere la citada STC 174/1985 que no es necesario que se detallen los distintos momentos del razonamiento, pero sí es menester que se expongan las líneas generales de éste²⁶⁴.

Pues bien, aunque no sea obligatorio describir en forma detallada el razonamiento empleado, el deber de motivación en los supuestos de condena con apoyo en prueba indiciaria, en atención a los derechos que podrían resultar vulnerados, requiere de especial cautela por parte del juzgador, pues además de identificar los indicios que estima probados, le es exigible explicar por qué a partir de éstos ha logrado concluir en la acreditación del elemento fáctico de la causa²⁶⁵.

²⁶³ STC 229/1988, de 1 de diciembre: “En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues –frente a lo que sostiene la Audiencia en el considerando segundo de su Sentencia–, que el órgano judicial explicita no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatare que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia [...]” Al respecto, destaca ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2011, pág. 346, que en la prueba indiciaria se hace necesario el control de la racionalidad judicial, precisamente, mediante la garantía de la motivación.

²⁶⁴ En igual sentido, la STS 2796/1987, de 21 de abril: “Con frecuencia, la prueba con que la presunción inicial se desvirtúa es prueba presuntiva, indiciaria o indirecta, en cuya virtud el Tribunal, a partir de unos hechos indiscutiblemente ciertos y a través de un razonable proceso deductivo, llega a estimar como probados otros hechos, no directamente conocidos, en los que basa su veredicto de culpabilidad. En estos casos al menos, el juzgador no sólo deberá expresar clara y terminantemente los hechos que estime probados, sino que deberá dar cuenta de las pruebas que le han conducido a su convicción y – como se indica en nuestra sentencia de 21 de noviembre de 1986– del *'iter'* formativo de la misma, esto es, del curso racional que enlaza los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, bien entendido que, como matiza la sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre, no será necesario que se detallen los diversos momentos del citado razonamiento sino únicamente sus líneas generales.”

²⁶⁵ Ello determina que se trate de un caso de “motivación reforzada”, en el que, según explica ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “Algunos supuestos controvertidos en la motivación de resoluciones judiciales”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7540 (4 enero 2011), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011], demanda “especial diligencia en cuanto al respeto de la garantía de motivación, que no puede

En el campo doctrinal, señala DELGADO GARCÍA que si la presunción de inocencia quedó destruida, tendrá el juez que decir qué pruebas fueron utilizadas para ello en cada uno de los extremos fácticos sobre los que se apoya la condena, particularmente los que hayan sido objeto de debate y, concretamente, cuando de prueba de indicios se trate, la motivación ha de servir para que el propio juzgador se asegure de que efectivamente hubo unos hechos básicos acreditados y una conexión lógica razonable, evitando condenar con base en sospechas o conjeturas más o menos difusas²⁶⁶.

Asimismo, refiere MARTÍNEZ ARRIETA que la motivación exigida responde al cumplimiento del precepto del artículo 120.3 de la CE, cuya inobservancia acarrea vulneración del derecho fundamental a un proceso con las garantías debidas; asimismo, dicha exigencia pretende asegurar el autocontrol del juez en la utilización de la prueba indiciaria, la que debe ser expresada con una especial motivación²⁶⁷.

A decir de GIMÉNEZ GARCÍA, el órgano jurisdiccional debe describir el razonamiento que, partiendo de los hechos-base, llega hasta el hecho-consecuencia, de forma que el proceso lógico aparezca no sólo razonado sino razonable conforme al canon de culpabilidad “más allá de toda duda razonable”²⁶⁸.

Se hace necesaria, como resalta MANZANARES SAMANIEGO, la “exposición expresa del proceso lógico” que conduce al tribunal, de los hechos probados a los hechos inferidos²⁶⁹.

relajarse so pena de incurrir en insuficiencia de la misma”. A ese respecto, en STC 116/1998, de 2 de junio, se indica: “[...] deben tenerse en cuenta los varios supuestos en los que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que exigencia directamente derivada de la Constitución. Tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/96, 170/1996, 175/1997 o 200/1997); cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de pruebas indiciarias (SSTC 174/1985, 175/1985, 160/1988, 76/1990, 134/1996 o 24/1997); [...]”

²⁶⁶ DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, *cit.*, págs. 385 y 386.

²⁶⁷ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, *cit.*, pág. 72.

²⁶⁸ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: “La prueba indiciaria...”, *cit.*, pág. 80.

²⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: “Sobre la presunción de inocencia”, en: *Actualidad Penal*, tomo 1 (1992), pág. 98.

Ahora bien, respecto del contenido de la motivación necesaria, RODRÍGUEZ RAMOS señala que la sentencia debe precisar cuáles son los indicios que se consideran probados, así como el razonamiento lógico que ha permitido al tribunal, a partir de aquellos indicios, concluir en la culpabilidad del acusado. Asimismo, indica que tales exigencias encuentran fundamento no sólo en el derecho a la presunción de inocencia, sino en los derechos a la tutela jurisdiccional y a la no indefensión²⁷⁰.

En definitiva, la exigencia de motivación debe observarse en toda resolución judicial, destacándose que en las sentencias condenatorias recaídas en el ámbito del proceso penal, además de responder a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación debe demostrar la existencia de prueba de cargo válida que sobre una base racional haya permitido comprobar tanto la existencia de la conducta ilícita, como la participación del sindicado en ésta, para así entender eficazmente enervada la presunción de inocencia que el texto constitucional garantiza²⁷¹.

Por su parte, en el caso de prueba indiciaria, el juez habrá de identificar en su resolución cuáles han sido los indicios que han logrado acreditarse en la causa, explicando el proceso mental en virtud del cual, conforme a criterios

²⁷⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "La prueba de indicios: comentarios a tres sentencias del Tribunal Constitucional", en: *La Ley*, nº 2 (1986), pág. 1237. En sentido contrario se expresa BELLOCH JULBE, Juan Alberto: "La prueba indiciaria", *cit.*, págs. 57, al indicar que lo esencial no es que en la sentencia se explicite el razonamiento, sino que entre indicios y conclusión exista un enlace preciso y directo que pueda apreciarse razonable; en tal sentido, no obstante compartir la postura del autor en cuanto a la trascendental importancia de la racionalidad del enlace, se reitera la exigencia de motivación como elemento determinante y necesario para verificar el carácter racional de dicho enlace.

²⁷¹ STS 303/2010, de 28 de enero: "El grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1, 169/2004 de 6.10, 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar 'desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables' (STC. 145/2005). Tal información constituye una garantía que ha de ser respetada con especial vigor en el marco de la prueba indiciaria, pero que también es exigible en la denominada prueba directa, pues ésta para ser conectada con los hechos probados requiere también en muchas ocasiones una interpretación o inferencia que, cuando no resulta evidente por sí misma puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación (STC. 5/2000, 249/2000)."; criterio que fue reiterado en la STS 6816/2010, de 2 de diciembre.

racionales, ha logrado inferir, a partir de aquellos indicios, la afirmación presumida²⁷².

De esa cuenta, de fundarse la convicción judicial en prueba indiciaria, la sentencia habrá de revelar no sólo la forma como se lograron acreditar los indicios, sino también el razonamiento que partiendo de éstos confluyó en la verificación de los datos fácticos contenidos en la acusación, haciendo mención de los motivos por los cuales se desecha cualquier otra inferencia alternativa²⁷³.

Por último, vale decir que la exigencia de motivación en la prueba indiciaria, esencial para apreciar la racionalidad del proceso intelectual que ha permitido al juez alcanzar la convicción sobre la destrucción de la presunción de

²⁷² En cuanto al incumplimiento de la exigencia, cabe citar las SSTC 124/1990, de 2 de julio: “El problema es si esos hechos indubitados pueden considerarse como una prueba indiciaria suficiente que permitiera desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, pues no basta constatar la existencia de un delito para en base de ese hecho inferir indiciariamente su imputación a una concreta persona, siendo necesaria una conexión lógica que partiendo de esos indicios indubitados, permita llevar a esa imputación, conexión lógica que además debe ser explicitada razonadamente en los casos de prueba indiciaria, para que la misma pueda desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada (SSTC 173 y 175/1985). Nada de ello se ha hecho en el presente caso en que el órgano judicial sólo razona por qué puede considerar como hecho indubitado el de la existencia del delito, pero no explicita ninguna razón por la que de ese hecho indiciario pudiera deducirse razonablemente la imputación del recurrente. [...] Los indicios presentados, incluso si estimados hechos probados indubitados, no permiten llevar, o al menos ello no se explicita en la motivación del órgano judicial, a una razonada conexión lógica que conduzca a un resultado inculpatario.”; 117/2000, de 5 de mayo: “En el presente caso existen una serie de hechos base debidamente probados y que se reflejan en el relato de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, aceptados y dados por reproducidos en la Sentencia de la Audiencia. Pero ninguna de las resoluciones que aquí se impugnan hacen referencia expresa a los medios de prueba concretos que sustentan cada uno de esos hechos de apoyatura lógica. Este defecto en el modo de efectuar el análisis de la prueba posee relevancia constitucional.”; y 340/2006, de 11 de diciembre: “Así, desde una perspectiva global, al no aparecer explicitado en la Sentencia condenatoria, siquiera sea concisamente, el proceso mental razonado y conforme con las reglas del criterio humano a través del cual a partir de los indicios se ha llegado a los hechos constitutivos del delito, se ha incumplido uno de los requisitos básicos de la prueba indiciaria, que permite distinguirla de las meras sospechas [...]. En este caso, por el contrario, según se ha puesto ya de manifiesto el órgano judicial se limita a afirmar irrazonadamente que el recurrente intervino en los hechos con pleno conocimiento de lo que hacía, prestándose voluntaria y conscientemente a la intervención en la operación delictiva mediante la sustitución del poder, pero no ofrece aclaración o justificación alguna del proceso mental seguido para obtener tal conclusión ni, por tanto, expresa su razonamiento en la resolución, por lo que, en definitiva, ha descuidado el deber de motivación cuya exigencia es particularmente rigurosa en casos como el presente en que el elemento subjetivo del delito ha de inferirse a partir de indicios [...]”, entre otras.

²⁷³ Expone DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: “La motivación del veredicto fundado en prueba indiciaria”, en: AGUIAR DE LUQUE, Luis; y VARELA CASTRO, Luciano (dirs.): *La ley del jurado: problemas de aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 408, que la doctrina jurisprudencial ha exigido que la motivación, como expresión de los razonamientos inferentes, debe abordar tanto las razones por las que se reputan probados los hechos básicos o indiciarios, como el engarce lógico que conduce a declarar probado el hecho-consecuencia. Aunado a ello, la motivación debe explicitar la exclusión de los juicios de probabilidad posibles menos racionales y, de existir base para conclusiones diversas, el razonamiento de por qué se elige la solución adoptada.

inocencia del acusado, además de garantizar la publicidad y el derecho de las partes de conocer el fundamento de la sentencia, posibilitando el ulterior control de los tribunales que conozcan de las impugnaciones correspondientes, asegura la autolimitación del propio juez, quien, a efecto de explicar la racionalidad de su decisión, deberá cerciorarse de la plena acreditación de los indicios y de que la inferencia que pueda operar se ajuste a las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, a las reglas del criterio humano²⁷⁴.

3.2) Criterios concretos sobre la eficacia de la prueba indiciaria en el proceso penal

Se presentan a continuación algunos criterios concretos relativos a la utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal, plasmados en diversas resoluciones judiciales. Con la exposición de estos criterios se pretende denotar, una vez más, la utilidad e importancia de la materia objeto de estudio en el proceso penal, además de servir como instrumentos para comprender de mejor forma su eficacia enervante de la presunción de inocencia que la Constitución garantiza.

3.2.1) La prueba de los elementos subjetivos del tipo penal

Como cuestión previa, es menester recordar que los tipos penales se componen de elementos objetivos y subjetivos²⁷⁵. Los elementos objetivos

²⁷⁴ Señala FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: "La motivación de las resoluciones...", *cit.*, pág. 862, que la motivación de las sentencias cumple una inestimable función preventiva, pues el juez, compelido a explicitar el material que fundamenta su decisión, así como la conexión lógica entre aquél y ésta, se verá en la necesidad de depurar su propio discurso, en una labor de autocritica, lo que constituirá la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia, a la vez que se torna importante para los efectos de eventuales impugnaciones. También GORPHE, François: *Las resoluciones judiciales...*, *cit.*, pág. 115, se refiere a la utilidad de la motivación de las resoluciones como instrumento de control del propio juez.

²⁷⁵ El concepto de tipo, afirma ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997 (impr. 2006), pág. 277, fue introducido por BELING. De esa cuenta, refiriéndose al delito-tipo jurídico penal, señala BELING, Ernst: *Esquema de Derecho penal: la doctrina del delito-tipo*, traducción de Sebastián SOLER, Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 42, que toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos previstos en la ley penal, los que pueden encontrarse en la faz externa (objetiva) o en la faz interna (subjetiva) de la acción.

hacen referencia, entre otras cuestiones, al sujeto activo del delito, a la concreta acción típica y, en su caso, a la descripción del resultado que la ley penal pretende evitar.

Por su parte, en el tipo subjetivo se ubica, como componente general, el dolo, es decir, el conocimiento (saber) y la voluntad (querer) de realizar aquellos elementos objetivos²⁷⁶, aunado a los componentes adicionales que puedan preverse en la norma²⁷⁷, es decir, tendencias o motivos especiales que, sin coincidir con el dolo, se exigen para constituir determinado tipo penal²⁷⁸ (v. gr., el ánimo de lucro en el delito de extorsión).

Ahora bien, puede ser que la ley sancione como delito una conducta imprudente²⁷⁹, recayendo una pena ante la infracción de un deber objetivo de cuidado que conduce, sin perseguirlo el autor, a la lesión del bien jurídico protegido²⁸⁰.

En todo caso, en congruencia con la garantía del derecho a la presunción de inocencia, en el proceso penal resulta imprescindible que se acredite la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, demostrando, en cuanto a estos últimos, que el acusado ejecutó con dolo, o al menos imprudentemente²⁸¹, la conducta que se le atribuye²⁸².

²⁷⁶ Se alude al concepto de dolo que ofrece el precursor de la teoría de la acción finalista en el Derecho penal: WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 95.

²⁷⁷ ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, *cit.*, págs. 304, 307 y 308.

²⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 79.

²⁷⁹ Artículo 12 del CP: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley."

²⁸⁰ ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, *cit.*, págs. 996 y 999. En cuanto al delito imprudente, explica CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 33, que la teoría lo ha caracterizado en sentido negativo, de la manera siguiente: "la acción punible no coincide con la conducta que hubiera llevado a cabo una persona cuidadosa y prudente en la situación del autor. Por el contrario, sin la infracción de la norma de cuidado, la acción causal del resultado queda al margen de la valoración negativa penal, esto es, no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado."

²⁸¹ A ese respecto, señala MIR PUIG, Santiago: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 67-71, que en un Estado democrático, el Derecho penal debe actuar sobre el proceso de motivación, es decir, intentando determinar la voluntad de los ciudadanos en el sentido de que no conduzca a acciones que puedan vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos; por ende, al dirigirse la prohibición penal a la conciencia del sujeto, sólo pueden prohibirse aquellas conductas que parten del conocimiento del peligro de producción de lesión al bien jurídico (dolo), aquellas en que se representa la posibilidad de esa lesión, aunque se descarte como probable (culpa consciente), y aquellas

No obstante, por tratarse de cuestiones que quedan inmersas a lo interno de la mente del agente, la prueba de la intención y el conocimiento respecto de la realización de los elementos objetivos del tipo resulta sumamente compleja²⁸³; en consecuencia, los tribunales han debido acudir a los juicios de inferencia para, a partir de datos externos debidamente acreditados, concluir en su constatación.

En cuanto a ello, se señala en la STS 4851/2009, de 14 de julio, lo siguiente:

“Es claro que los hechos subjetivos exigidos por el tipo legal deben quedar suficientemente probados para que la norma pueda ser aplicada al caso. Carece de trascendencia, en este sentido, que ordinariamente sea preciso acudir a la prueba indiciaria, de forma que la afirmación de la prueba del hecho subjetivo se construya sobre una inferencia. Es habitual que este mecanismo sea utilizado también cuando se trata de hechos objetivos. Recuerda el Tribunal Constitucional en la STC nº 340/2006, de 11 de diciembre, que ‘...ha de quedar asimismo suficientemente probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de éste último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado’, [...] Y añade que, en relación específicamente con los elementos subjetivos, ‘...debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial’, [...].”²⁸⁴

en las que existe conocimiento de la situación, ante la cual debería advertirse el peligro (culpa inconsciente). Añade el autor que en el caso de la imprudencia, el mecanismo de motivación penal no puede operar con la misma intensidad que en el dolo, pues en el primer caso el Derecho sólo puede dirigirse a un sujeto que no advierte la peligrosidad objetiva para el bien jurídico o que no cree probable que en su caso se realice la lesión a éste, lo que fundamenta la mayor gravedad del delito doloso y, por ende, determina una mayor severidad de la pena.

²⁸² Vale agregar, como explica MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Derecho penal, parte general: fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Dykinson, S.L., Madrid, 2004, págs. 124-126, que el principio de culpabilidad, en su función de límite al *ius puniendi* en un Estado democrático, condiciona la aplicación de una pena a la comprobación de que la conducta delictiva que la origina sea reprochable a su autor, exigiendo que exista dolo o imprudencia; asimismo, dicho límite configura, a la vez, los principios de personalidad de las penas (no se es responsable por delitos ajenos), de responsabilidad por el hecho (sólo se imponen penas por hechos o conductas, no por formas de ser o modos de vivir) y de imputación personal (el hecho ha de poder ser atribuido normalmente a su autor).

²⁸³ Señalan MUÑOZ CONDE, Francisco; y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 265, que la vertiente subjetiva del tipo penal, a diferencia de la objetiva, resulta mucho más difusa y difícil de probar, pues determina “una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar”. También BLANCO LOZANO, Carlos: *Tratado de Derecho penal español*, tomo I, vol. 2, J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 81, se refiere a la dificultad probatoria que suponen los elementos subjetivos del tipo.

²⁸⁴ Por su parte, se considera en la STC 267/2005, de 24 de octubre: “[...] no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de éste último sea difícil y, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria.”

En efecto, los elementos subjetivos, al ubicarse a nivel del intelecto y de la conciencia humana, revisten nociones psicológicas que escapan de la percepción o apreciación directa de cualquier persona ajena al propio agente.

Como apunta HASSEMER, conceptos como intención, dolo, voluntad o buena fe constituyen verdaderas complicaciones de la prueba en el proceso, al recaer sobre elementos que “están ocultos tras la pared”, concretamente, “en el cerebro de alguien”²⁸⁵; y es que, como refiere GONZÁLEZ LAGIER, nadie podría haber “visto” que un individuo tenía determinada intención, creencia o emoción²⁸⁶.

Es así como la prueba indiciaria adquiere singular relevancia para la acreditación de dichos elementos, constituyéndose en herramienta necesaria y única, ante la inexistencia de otros instrumentos probatorios que coadyuven en tal labor. A tales cuestiones se refiere la STS 131/2005, de 19 de enero, al considerar:

“Existen dos fuentes de conocimiento empírico de los hechos pasados: la prueba directa y la prueba de indicios o indirecta, en plano de igualdad, por ello, la prueba indiciaria no es una prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria. Es la única prueba disponible –prueba necesaria– para acreditar hechos internos de la mayor importancia como la prueba del dolo en su doble acepción de ‘prueba del conocimiento’ y ‘prueba de la intención’.”²⁸⁷

RUIZ VADILLO, entre otros autores, destaca que el contenido del pensamiento del hombre sólo puede estimarse acreditado mediante inducción o inferencia, valiéndose el juez de los datos objetivos que consten en la causa para inquirir “hasta dónde llegó el conocimiento del agente y cuáles fueron sus verdaderas

²⁸⁵ HASSEMER, Winfried: *Fundamentos...*, cit., pág. 227.

²⁸⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 50 (julio 2004), pág. 41. Con relación a ello, entre otros autores, señala Díez RIPOLLÉS, José Luis: *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*, B de F, Montevideo [etc.], 2007, pág. 285: “[...] como toda la doctrina se ha encargado de recordar, los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica.” Por su parte, BENÉYTEZ MERINO, Luis: “Juicio de valor y jurisprudencia”, en: *Poder Judicial*, nº 19 (septiembre 1990), pág. 14, expone: “Los elementos subjetivos son realidades que pertenecen al ámbito interno de la persona; son ontológicamente procesos del mundo espiritual consciente: pensamientos, deseos, sentimientos, emociones, impulsos, etc.; son funciones y actividades del recóndito de la conciencia humana, naturalmente inaccesible para los demás.”

²⁸⁷ Asimismo, se indica en la STS 8261/2009, de 29 de octubre: “En cuanto al elemento subjetivo del tipo, generalmente ha de ser inferido de otros elementos externos, a modo de prueba indiciaria.”

intenciones”, proceso de investigación psicológico que habrá de quedar debidamente reflejado en la sentencia²⁸⁸.

En consecuencia, será a partir de la conducta externa del sujeto y de las circunstancias en que se haya suscitado el hecho, que el tribunal estará en posibilidades de inferir aquellos elementos subjetivos; en otras palabras, se afirma que es dable determinar cuál ha sido la intención y el grado de conocimiento que sobre sus actos ha tenido la persona a quien se imputa la comisión de un delito, mediante un juicio de inferencia operado sobre la base de los datos objetivos (indicios) que deriven de su forma de proceder y de las características del hecho ocurrido²⁸⁹.

En ese sentido, el TS, en sentencia 7245/2009, de 30 de noviembre, consideró:

“[...] el elemento subjetivo de un hecho delictivo no puede ser acreditado a través de prueba directa, y deben utilizarse las inferencias resultantes de unos hechos objetivos que evidencian el elemento subjetivo. El ánimo de matar, de lesionar, el de destino ilícito de las sustancias tóxicas detentadas, etc., no suele ser acreditado por prueba directa, sino que son los hechos objetivos los que autorizan la inferencia acreditativa del mismo. Ahora bien, esa inferencia debe apoyarse en los indicios y en unos criterios racionales por aplicación de las reglas de la lógica, de la experiencia o de una ciencia que así lo permitan. Ese acreditamiento requiere que sea, por lo tanto racional.”

Asimismo, se expuso en la STS 918/2009, de 12 de febrero:

²⁸⁸ RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas consideraciones generales...”, *cit.*, pág. 201. Otros autores se refieren a la utilidad de la prueba indiciaria en esta materia; así, expone RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch, Barcelona, 1999, pág. 237, que “el medio de prueba por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confesión autoinculpatória del sujeto activo. La enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia práctica de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer medio de prueba: la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados juicios de inferencia”. Asimismo, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *La prueba en el proceso penal: selección de jurisprudencia*, Forum, Oviedo, 1991, pág. 35, hace cita de distintas sentencias en las que se alude a la necesidad de recurrir a la prueba indiciaria para determinar cuál era la intención del delincuente. También PAZ RUBIO, José María, *et al.*: *La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales*, Colex, Madrid, 1999, pág. 284, hace relación de la utilidad de la prueba indiciaria en la determinación de los elementos subjetivos del delito. De igual forma, PASTOR ALCOY, Francisco: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 32, expone que “la prueba de indicios es esencialmente hábil para dilucidar los elementos subjetivos del tipo penal, que de otra manera serían imposibles de determinar”; por último, se cita a JAÉN VALLEJO, Manuel: *La prueba...*, *cit.*, págs. 108 y 109, quien alude a la necesidad de utilizar la prueba indiciaria para averiguar los “hechos internos”.

²⁸⁹ Señala DÍAZ PITA, María del Mar: *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 72, que la deducción de los elementos subjetivos a partir del acontecer externo (punto en que coinciden doctrina y jurisprudencia) debe realizarse en cada caso concreto.

“Hasta la saciedad tiene dicho esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que el elemento subjetivo del delito, el dolo, es decir, el conocimiento de ejecutar una acción ilícita y la voluntad de hacerlo, debe ser acreditado por regla general mediante prueba indiciaria, de modo que sobre unos datos fácticos plurales y definitivamente acreditados, el Juez o Tribunal pueda realizar un análisis intelectual del que surja fluidamente y sin forzamiento, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia humana, el juicio de inferencia de la participación consciente y voluntaria del acusado en el hecho delictivo, que en la sentencia debe quedar debidamente explicitado con exposición del razonamiento que fundamenta la conclusión obtenida.”²⁹⁰

También el TC se ha pronunciado al respecto, pudiendo citar la sentencia 340/2006, de 11 de diciembre, en la que se indicó:

“[...] ha de quedar asimismo suficientemente probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de éste último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado [...]. En relación específicamente con los elementos subjetivos, debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial [...].”

Como corolario, la ineludible acreditación de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, por su especial naturaleza, denota la utilidad e importancia de la prueba indiciaria en el proceso penal, de forma que el tribunal, a partir de los datos objetivos debidamente constatados, logre concluir en la acreditación de tales elementos, velando siempre porque la inferencia que

²⁹⁰ El criterio ha sido acogido en distintas decisiones, pudiendo citar, además de las anteriores, las SSTS 5876/1990, de 20 de julio: “[...] la prueba de los elementos subjetivos del delito, como se ha expresado en numerosos precedentes jurisprudenciales, no requiere necesariamente basarse en declaraciones testificales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general.”; 7398/1995, 10 de marzo: “Se trata de escudriñar en el interior de cada mente, en lo más íntimo y profundo del ser humano, o ‘arcano de su conciencia’ para, con base en los acontecimientos anteriores, coetáneos y posteriores al delito, saber el objetivo perseguido por el delincuente. De ahí la íntima relación entre los juicios de inferencia o juicios de valor, el dolo criminal y la prueba indiciaria.”; y 8559/1995, de 5 de mayo: “[...] de ordinario habrá que deducir tal voluntad o ánimo, interno, subjetivo y personal, mediante una prueba indirecta o indiciaria a través de un juicio axiológico que tome en cuenta, pondere y valore todas las circunstancias concurrentes en la perpetración del hecho, [...] y así, a través de datos conocidos, externos y objetivos, debidamente acreditados por la prueba, iluminar las zonas de oscuridad y llegar a alcanzar la voluntad y el deseo escondidos en los pliegues de la conciencia porque, como recogió la sentencia de 8 de marzo de 1990, a diferencia de los elementos objetivos del delito referidos a realidades del mundo exterior que son apreciables sensorialmente, las pertenecientes al ámbito interno de la persona, requieren y precisan de una compleja operación mental, denominada juicio de inferencia, que conduce, a través de datos fácticos y mediante las reglas de la experiencia, a concluir en la certeza moral que el juicio penal demanda.”, entre otras.

resulte se fundamente sobre una base racional, alejada de toda arbitrariedad, en armonía con lo que se ha venido sosteniendo²⁹¹.

3.2.2) Homicidio en grado de tentativa y lesiones consumadas

Como ejemplos concretos de la utilidad de la prueba indiciaria en la acreditación de los elementos subjetivos del tipo, resaltan los casos en que, recurriendo a aquélla, se ha conseguido demostrar un determinado “ánimo” en el sujeto activo, cuestión que permite establecer cuál es la norma penal aplicable, en orden al delito cometido.

Así, un asunto que ha merecido un estudio exhaustivo en la jurisprudencia española es el que concierne a la diferenciación entre el delito de homicidio (o asesinato) en grado de tentativa y el delito consumado de lesiones.

En efecto, la complejidad del asunto expuesto radica en la similitud que presentan los hechos objetivos de uno y otro delito, situación que hace que sea la intención del autor el elemento distintivo entre ambos. De esa cuenta, corresponde a la parte acusadora acreditar cuál ha sido la intención del procesado al ejecutar el hecho, es decir, demostrar ante el tribunal que el encartado tuvo la intención de matar a la víctima (homicidio o asesinato en grado de tentativa, según sea el caso) o de lesionarlo²⁹².

A ello se refiere la STS 6202/1997, de 20 de octubre, al considerar:

²⁹¹ STS 344/2010, de 29 de enero: “El elemento subjetivo del delito se ha obtenido a base de prueba indiciaria. Para ello se necesita que los indicios tengan una inequívoca potencialidad reveladora de hechos o datos que sirvan para establecer una determinada relación entre el hecho punible y la persona a la que afectan los indicios disponibles. La convicción judicial obtenida debe estar a salvo de la existencia de cualquier duda razonable, y tiene que basarse en la fuerza inculpatória que se derive de los elementos indiciarios. Esta convicción debe estar asentada sobre un juicio de racionalidad, de tal naturaleza que no deje resquicio para conclusiones de signo diferente, que asimismo puedan estar firmemente basadas sobre una valoración acomodada a las reglas del criterio humano.”

²⁹² Indica BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de Derecho penal (parte especial): delitos contra las personas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1986 (imp. 1992), pág. 40, que la distinción entre lesiones consumadas y homicidio frustrado es más un problema de prueba que teórico, pues desde este último punto de vista la concurrencia del dolo de lesionar (*animus laedendi*) o del dolo de matar (*animus necandi*) determina, con claridad, la diferencia entre ambos. Añade el autor que el único método posible para la prueba del elemento subjetivo en estos casos, como en cualquier otro delito, es el recurso a la prueba de indicios.

“[...] desde el punto de vista externo y puramente objetivo, un delito de lesiones y un homicidio (asesinato o parricidio) frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el *animus laedendi* o como homicidio por existir *animus necandi* o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto.”

Con todo, al ser la intención un elemento subjetivo, inserto en el intelecto del individuo, el recurso a la prueba indiciaria, como se ha adelantado, deviene imprescindible.

Pues bien, para dar solución al problema, la jurisprudencia, con el devenir de los años²⁹³, ha logrado identificar ciertos datos objetivos (indicios) que, una vez comprobados en la causa y en orden a las circunstancias concretas del hecho, pueden ser útiles en la labor judicial. En tal sentido, entre muchas otras, en la STS 895/2010, de 5 de febrero, se hace acopio de dichos indicios, mencionando los siguientes: a) la dirección, el número y la violencia de los golpes –si fuere el caso–; b) el arma utilizada y su capacidad mortífera; c) las condiciones de espacio y tiempo; d) las circunstancias concurrentes; e) las manifestaciones del culpable y la actuación de éste antes y después de los hechos; f) las relaciones entre el autor del hecho y la víctima; y g) la causa del delito²⁹⁴.

Por su parte, en la STS 5233/2009, de 24 de julio, se especifican los elementos objetivos a tomar en cuenta en caso de que el agente utilice arma blanca al ejecutar la acción:

“Cuando se trata de una agresión producida por arma blanca o instrumento similar, en esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo venimos utilizando tres elementos de juicio, que suelen ser decisivos para

²⁹³ La STS 6901/1990, de 4 de octubre, alude al asunto en los términos siguientes: “El tema relativo a la distinción entre el delito consumado de lesiones y el frustrado de homicidio ha sido objeto de múltiples resoluciones de esta Sala, entre las que se pueden citar como más recientes las de 28 de febrero, 2 de marzo, 2 y 30 de abril y 8 de mayo, todas de 1990, según las que aquélla radica en el elemento intencional, el cual ha de extraerse partiendo de los datos extremos acreditados, entre los que adquieren singular significación la naturaleza del arma empleada, la región del cuerpo humano al que se dirigieron los golpes y la reiteración de éstos.”

²⁹⁴ Esos elementos han sido recogidos en múltiples pronunciamientos, pudiendo citar, a manera de ejemplo, las SSTS 613/1992, de 30 de enero; 8429/1993, de 7 de diciembre; 6788/1994, de 22 de octubre; 5644/1998, de 6 de octubre; 4837/2000, de 13 de junio; 5951/2001, de 9 de julio; 5898/2005, de 5 de octubre; 4337/2008, de 10 de julio; 2951/2009, de 30 de abril; 7333/2010, de 22 de diciembre, y 2853/2011, de 16 de abril, entre otras.

solucionar este problema: 1º. La clase de arma o instrumento utilizado para tal agresión. Para poder afirmar el dolo homicida ha de tratarse de un medio de comisión apto para producir la muerte, como lo son una navaja, un cuchillo o incluso, como en este caso, un vaso de cristal que al romperse deja unos peligrosos filos que pueden cortar alguna vena o arteria con pérdida abundante de sangre y fallecimiento por *shock* hipovolémico si no hay intervención médica inmediata. 2º. La zona del cuerpo humano contra la cual se ha producido esa agresión. Ha de tratarse de una zona vital, para que pueda hablarse de dolo en relación con el delito de homicidio o asesinato. Y zona vital son con seguridad la cabeza, el cuello, el tórax y el abdomen, por albergar elementos del cuerpo humano cuya afección puede producir el final de la vida del sujeto agredido. 3º. La intensidad del golpe, que ha de ser la necesaria para introducirse en esa zona vital hasta alcanzar ese lugar donde se encuentra el elemento físico cuya lesión puede ocasionar la muerte. La experiencia nos habla de algunos casos en los que deliberadamente el autor sólo ha querido arañar o rozar esas zonas vitales sin intención de penetrar lo suficiente en el cuerpo como para poner en peligro la vida, con ánimo únicamente de causar temor a la víctima.”

De esa cuenta, en distintos procesos, constatando la concurrencia de esos datos objetivos, los que constituyen verdaderos indicios, los tribunales han logrado inferir cuál ha sido la intención del agente al cometer el hecho, logrando determinar si ha existido ánimo de matar o, en su caso, únicamente de lesionar.

Entre múltiples casos, cabe citar la STS 2169/1999, de 29 de marzo, en la que se indica:

“Con arreglo a la jurisprudencia expuesta, se estiman correctas las inferencias hechas por el Tribunal de instancia para llegar a la conclusión de que el acusado no actuó en la ocasión de autos con dolo directo de matar. Los datos apreciados por la Audiencia de falta de penetración del arma, no incisión de la misma en órgano vital y asestamiento de una sola cuchillada, revelan que el propósito era sólo de herir. La poca profundidad de la herida demuestra que no se dirigió el cuchillo con fuerza contra el cuerpo de la víctima, y la zona corporal afectada fue la pleura derecha, sin llegar a ser herido el pulmón. [...] valorando los antecedentes y la causa de la agresión y las manifestaciones previas de [el procesado] expresivas de sus intenciones, tales datos revelan que el acusado fue sometido a una humillación –al ser expulsado de la casa de la hermana de la víctima– y que tal hecho provocó en él una reacción creciente de cólera y unos intensos deseos de venganza, que manifestó en la frase dicha a unos conocidos de ‘que se iban a acordar de él’, y que concretó en la agresión inferida a [la víctima] unas dos horas después de que fuese echado del domicilio de la hermana de éste, cuando [el acusado] regresó a dicha casa y [la víctima] le requirió para que le abandonase. De los extremos indicados, relatados en la narración histórica, cabe deducir que el acusado en la ocasión de autos actuó movido por deseos de venganza, pero no cabe inferir que obrase con propósitos homicidas, resultando más adecuado atribuir [al acusado] un ‘*animus laedendi*’, puesto que si ya era irracional este propósito de herir, en atención a la entidad de la ofensa que se le había causado, el dolo de matar resultaba totalmente desproporcionado; [...]”

También la STS 920/2009, de 29 de enero, en la que se estima lo siguiente:

“[...] para averiguar si en un determinado suceso hay dolo de matar o sólo de lesionar, hay que acudir al conjunto de circunstancias objetivas que rodean el caso para averiguar, a través de la correspondiente inferencia, basada en las normas de la lógica y de la experiencia (prueba de indicios), cuál fue el dolo que presidió la acción en la mente del sujeto. A esta cuestión se refiere la sentencia recurrida en la última parte de su fundamento de derecho 2º siendo correcta la conclusión a la que llega cuando afirma que hubo ánimo de matar en la acción del procesado realizada en la tarde-noche del 26.5.2005 en el domicilio de su esposa, cuando [el acusado], contrariado porque [la víctima] no quiso firmarle un determinado documento, se fue a la cocina, cogió un cuchillo, volvió al salón y allí dio a esta numerosos golpes con tal arma en distintas partes del cuerpo, la mayoría en el tórax, mientras

dicha señora las recibía abrazada a sus dos hijas a quienes así quería proteger. [La víctima] sufrió múltiples heridas, siendo las más graves, las que habrían producido la muerte de no haber existido una rápida intervención médica y quirúrgica, las cuatro que alcanzaron el tórax, dos en hemotórax derecho y otras dos en el izquierdo que produjeron hemoemotórax bilateral.”

Por último, se cita la STS 6067/2009, de 29 de septiembre, en la que se expone:

“El discurso argumental que lleva a la Sala de instancia a inferir que esa acción estaba presidida por el *animus necandi*, esto es, por un dolo homicida, se expresa en el FJ 1º en los siguientes términos: ‘...las lesiones de [la víctima] fueron ocasionadas por el golpe o golpes propinados con una barra antirrobo o instrumento semejante, y entendemos que la conducta es reveladora del *animus necandi*, a la vista de: a) el enfrentamiento previo del agresor y sus acompañantes con el agredido y el conductor del vehículo en el que viajaba; b) la evidente potencialidad lesiva del instrumento utilizado que, por su contundencia, dimensiones y peligrosidad posee capacidad suficiente para causar no solo graves lesiones sino también la muerte de otra persona; c) la zona del cuerpo donde se dirigió el ataque (el cráneo), en la que se encuentran órganos de carácter vital; d) el que no se prestara auxilio a la víctima después de la agresión’. Para motivar las razones que han llevado a la conclusión de la gravedad objetiva de las lesiones y, por tanto, el riesgo de muerte asociado a las mismas, la Audiencia Provincial se expresa en los siguientes términos: ‘...sobre la gravedad de las lesiones y su idoneidad para causar la muerte, hemos atendido a los informes emitidos por los médicos-forenses [...], oportunamente ratificados en el plenario, donde precisaron que el traumatismo craneoencefálico sufrido por la víctima (fractura craneal con fragmento desplazado y contusión hemorrágica que afecta a la sustancia cerebral, que hizo necesaria la aplicación de material de osteosíntesis) era necesariamente grave, que si en algún informe constaba que era leve debía tratarse de un error, que la muerte podría haberse producido de manera primaria, por fractura deprimida, o de manera secundaria, por complicaciones derivadas de esa fractura, aun cuando hubiera existido asistencia médica. Entendemos que no afecta a nuestra conclusión lo declarado por el cirujano que intervino al herido, [...], quien en todo momento valoró las lesiones como graves, y admite la posibilidad de fallecimiento en caso de que hubieran surgido complicaciones’. La lectura combinada de estos pasajes de la sentencia cuestionada pone de manifiesto que la estructura del razonamiento de los Jueces de instancia se acomodó a lo que nuestra jurisprudencia tiene declarado respecto del criterio de delimitación del ánimo homicida frente a la simple intención de lesionar.”

Ahora bien, la identificación por parte de la jurisprudencia de un listado de “indicios-tipo”, es decir, de ciertos datos objetivos previamente determinados a fin de guiar la actividad de los jueces ante supuestos específicos, como sucede con los elementos a tomar en cuenta para distinguir entre el ánimo de matar y el ánimo de lesionar, puede llevar al “automatismo” en las decisiones judiciales, haciendo que el tribunal pierda de vista las peculiaridades del caso sometido a su conocimiento²⁹⁵.

²⁹⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 133 y 136, luego de referirse a las ventajas de la elaboración jurisprudencial de ese listado de indicios-tipo, mencionando la facilitación en la construcción de hipótesis iniciales para la obtención de la prueba de cargo o su utilidad para fundamentar las máximas de la experiencia, critica que en ciertas resoluciones los tribunales pretendan deducir un determinado elemento subjetivo de la sola constatación de ese listado de datos objetivos; añade la autora que, al perder de vista las peculiaridades del caso concreto, los indicios-tipo, que sólo deberían orientar la búsqueda de los datos relevantes en el asunto para que opere la inferencia, se convierten en componentes de una premisa de la que arranca la deducción, es decir que con la sola constatación de aquellos datos, sin comprobar si poseen virtualidad probatoria en el caso concreto, se concluye en la acreditación del elemento necesitado de prueba.

De esa cuenta, el juez, lejos de supeditar su decisión a la sola concurrencia de los indicios referidos, debe analizar en cada caso concreto si conforme a los hechos constatados es factible alcanzar racionalmente la convicción sobre la intención que se atribuye al imputado.

El TS ha advertido esta situación en algunos de sus pronunciamientos, pudiendo mencionar la sentencia 4851/2009, de 14 de julio, en la cual, refiriéndose a las circunstancias objetivas enlistadas, se señala que su identificación “no sólo no supone una aplicación pseudoautomática de tales criterios a todo caso, sino que no excluye el examen de cuantas otras circunstancias puedan influir en la valoración de las pruebas disponibles para establecer la concurrencia de ese aspecto subjetivo”²⁹⁶.

Ante ello, vale indicar que aquellos indicios-tipo identificados por la jurisprudencia en auxilio a la labor judicial, no pueden sustituir el análisis y apreciación de las circunstancias concretas del asunto, debiendo el tribunal, en orden a los hechos que estime acreditados, determinar el fundamento racional que haga factible, a partir de aquéllos, alcanzar el convencimiento sobre la prueba del hecho delictivo y la culpabilidad del acusado; en otras palabras, deberá mantenerse cauteloso por que se cumplan los requisitos de validez de la prueba indiciaria.

3.2.3) Distinción entre dolo eventual e imprudencia

Resulta también interesante que mediante el recurso a la prueba indiciaria los tribunales han logrado concluir si una determinada acción ha sido ejecutada con dolo eventual o de manera imprudente²⁹⁷.

²⁹⁶ Asimismo, se indica en la STS 7472/2007, de 2 de noviembre: “Estos criterios que *ad exemplum* se describen no constituyen un sistema cerrado o *numerus clausus*, sino que se ponderan entre sí, para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con menos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos.”

²⁹⁷ Explican ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal: parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 524 y 525, que existirá dolo eventual, indirecto o condicionado,

En efecto, entre otros casos, en la STS 7036/1998, de 25 de noviembre, se resalta la concurrencia de dolo en las lesiones ocasionadas a la víctima por parte del acusado, conclusión a la que se arriba a partir de la constatación de dos indicios concretos: el objeto utilizado para causar las lesiones y la zona corporal en la que éstas se produjeron; así, se indica en la resolución:

“[...] hay dos datos concluyentes que nos obligan a no dudar de que hubo dolo en el comportamiento del acusado aquí recurrente: 1º. El hecho de golpear a la víctima con el vaso de cristal que tenía en la mano izquierda. 2º. El haberlo hecho contra una zona tan delicada del cuerpo humano como lo es la cabeza o el rostro, en relación con el instrumento de agresión utilizado. Deducir de tales datos que la voluntad del autor del hecho alcanza las lesiones que se produjeron, aunque sólo fuera a título de dolo eventual, no nos ofrece duda. Grave fue la acción porque recayó en la zona del ojo izquierdo, y más grave pudo ser aún si hubiera incidido en la sien, tan próxima al ojo, o si un golpe en el cráneo hubiera producido una hemorragia interna. Zona peligrosa para la salud y la vida humana, en la que un golpe fuerte con un vaso (la gran fuerza que afirma el relato de Hechos Probados puede inducirse de la gravedad de las lesiones sufridas), nos lleva a afirmar que la voluntad del agente abarcó ese resultado, al menos con previsión y aceptación del mismo (dolo eventual). [...] En conclusión, hubo prueba de indicios relativa a que, respecto de las lesiones producidas, [el acusado] obró, no con imprudencia, sino con dolo al menos eventual.”

Asimismo, en la STS 891/1999, de 11 de febrero, también con auxilio en prueba indiciaria se descarta la imprudencia de la acción delictiva; refiere la sentencia lo siguiente:

“En los Fundamentos de Derecho 1º y 2º de la sentencia recurrida se razona ampliamente que no hubo imprudencia, que existió una acción dolosa y que ese dolo no fue de lesionar sino de matar, fundándose en prueba de indicios [...]. Había una enemistad entre esposo y esposa legalmente separados, que motivó el que ésta, de repente, cuando iba en su coche, sin ningún plan previo al respecto, al ver a su marido sobre la acera, decidiera atropellarlo subiendo al bordillo, descartándose una maniobra evasiva derivada de las incidencias del tráfico porque no hubo huella alguna de frenada y por la velocidad que el coche llevaba cuando alcanzó a [la víctima], velocidad deducida de las graves lesiones de éste y de los daños que sufrió la farola contra la que luego se estrelló el vehículo. [...] Si a todo esto se une, como nos dice la propia sentencia recurrida, las reiteradas amenazas de la procesada contra su marido y contra otra mujer con la que parece que éste tenía relaciones, queda claro que la acción puede razonablemente considerarse como dolosa, con exclusión por tanto, de una responsabilidad criminal a título de culpa, que es lo que pretende la defensa del recurrente.”

De igual forma, la STS 7195/1993, de 27 de octubre, en la que se considera:

“La cantidad de golpes causados sobre la mujer por medio de un bastón de 80 centímetros de longitud, de los denominados ‘picha de toro’, que acaban en tope de metal, produjeron múltiples heridas en numerosas partes del cuerpo, con hematomas profusos y con lesión en dermis y epidermis, todas ellas causadas con ‘regular violencia’, en la cabeza, ojo izquierdo, tórax, hombro derecho, manos, abdomen, miembros inferiores, fosa ilíaca derecha y espalda (‘toda ella sembrada de erosiones y heridas’ dice el *factum*). La condición moral y las características personales del acusado, delincuente habitual con un amplio historial delictivo, la diversidad de los golpes, su contundencia reiterada y la situación de quien, entre la droga y la prostitución, hubo de soportar los golpes violentos

“cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para renunciar al proyecto de acción”, y, precisamente, esa posibilidad considerada distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente (en la que el sujeto confía que el resultado lesivo no se producirá), sin importar si se acepta de buena o mala gana aquel resultado, pues basta que exista conformidad con su producción.

durante toda una noche, hacen muy difícil excluir la existencia al menos del dolo eventual porque el acusado tuvo que representarse la posibilidad de la muerte, lo que, conforme a lo dicho, excluye la culpa consciente en la que no se llega a aceptar íntimamente las consecuencias del óbito porque éste simplemente, no se refleja en su mente ni siquiera como probabilidad.”

Sin embargo, en este último caso, al acudir el tribunal a los antecedentes delictivos del inculpado para averiguar el ánimo que determinó su actuar, alude a elementos propios del Derecho penal de autor, lo que deviene contrario a los principios del Estado de Derecho²⁹⁸; en todo caso, habría sido preferente tomar en cuenta únicamente el conjunto de datos objetivos, cuya valoración permitía inferir la conclusión acerca del dolo eventual con que actuó el inculpado²⁹⁹.

3.2.4) Delitos contra el patrimonio

En lo que respecta a los delitos contra el patrimonio, existen también algunos criterios jurisprudenciales de sumo interés para la investigación.

Por ejemplo, la prueba indiciaria ha resultado útil para acreditar los elementos subjetivos en delitos contra el patrimonio, como el ánimo de robar; conforme a ello, en la STS 7647/1996, de 30 de diciembre, se señala:

“De los distintos argumentos que utiliza la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 2º para considerar probado el ánimo de robar con que actuó el acusado, entendemos que algunos de ellos son válidos y reveladores de la existencia de una prueba de indicios, que es la ordinariamente utilizada para acreditar esta clase de elementos subjetivos del delito cuando su concurrencia se cuestiona. [...] Hay una pluralidad de datos que aparecen en los hechos de autos, todos ellos debidamente probados: 1º. [el acusado] aparece condenado por el hecho probado B), el aquí discutido, y por otros dos más, estos dos confesados por el propio reo en los que efectivamente llegó a apoderarse de dinero de las dos víctimas. 2º. Los tres hechos delictivos coinciden en tres circunstancias singularmente significativas: 1. Víctimas de las mismas características, mujeres ancianas de 84, 83 y 72 años. 2. Los tres hechos ocurren en el domicilio de las respectivas víctimas, aunque en el discutido hecho B) el autor no llegó a penetrar en el mismo, produciéndose la agresión con la navaja cuando la señora se disponía a entrar antes de que llegara a abrir la puerta. 3. Semejante modo de comisión: en los tres casos hubo agresión con arma blanca (cuchillo, navaja y estilete). 3º. Tales tres hechos ocurrieron en un breve espacio de tiempo, los ocho días comprendidos

²⁹⁸ Véase apartado 3.5.1 del capítulo I.

²⁹⁹ A ese respecto, apunta GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, fascículo 2 (mayo-agosto 1990), pág. 428, que “no porque una persona haya matado con anterioridad va a querer matar cada vez que empuña un arma, que lo decisivo, y lo que hay que demostrar, no es la intención con la que se obró en el pasado, sino aquella con la que se actúa en el presente”. Asimismo, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: “En el límite entre dolo e imprudencia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3 (septiembre-diciembre 1985), pág. 973, al analizar una sentencia similar a la citada, en la que el TS distingue entre dolo eventual e imprudencia, critica que se realice un juicio sobre la personalidad del autor, no así sobre los hechos por él cometidos.

entre el 8 y el 16 de marzo de 1.995. 4º. Se trata de un drogadicto que intenta conseguir dinero con que comprar la droga. 5º. El hecho negativo de que no aparezca ningún dato del cual pudiera deducirse la existencia de un ánimo de venganza u otro similar que pudiera servir de base para apoyar la postura del recurrente. B) De tal conjunción de datos sólo cabe obtener una solución razonable para el problema que nos ocupa: que también en el hecho B) [el acusado] quería obtener dinero de [la segunda víctima], lo mismo que lo obtuvo 7 días antes de [la primera víctima] y el día siguiente de [la tercera víctima] que es la que quedó sin vida. La mera coincidencia de los datos antes referidos entre las circunstancias que rodearon los hechos A) y C) con las del hecho B) es suficiente para asegurar con certeza que también en éste último hubo ánimo de lucro. Los dos últimos hechos básicos sirven para reforzar tal convicción.”

Por otro lado, ha sido reiterado el criterio relativo a que el solo indicio consistente en la posesión por parte del acusado de los objetos sustraídos no acredita, por si mismo, la comisión del delito de hurto o robo, según sea el caso. Así, se señala en la STS 7695/2001, de 9 de octubre: “Una reiterada doctrina de esta Sala, tiene declarado que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí sólo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquél, pues son compatibles varias versiones –entre ellas las de una receptación– y por ello no debe escogerse la menos favorable para el acusado.”³⁰⁰

Ahora bien, el indicio referido bien puede conducir a la declaratoria de culpabilidad si, a la vez, concurren circunstancias de tiempo y lugar que corroboren la comisión del ilícito por quien se halla en posesión de los bienes. En tal sentido, en la STS 1698/2002, de 11 de marzo, se considera:

“Con carácter general puede decirse que la posesión de los objetos sustraídos, o de parte de ellos, indica una evidente relación del acusado con la sustracción, pero no es suficiente para afirmar más allá de toda duda razonable que precisamente él haya sido el autor del apoderamiento. Para llegar a esa conclusión es necesario aportar otros datos que vinculen al acusado, no sólo a la tenencia de los objetos, sino al acto concreto de apoderamiento, como puede ser, por citar un ejemplo, la inmediatez temporal entre el acto contra el patrimonio y la detención del acusado y ocupación de los efectos.”³⁰¹

En aplicación de dichos criterios, la STS 3700/2005, de 8 de junio, entre otras, concluye en la racionalidad de la inferencia llevada a cabo para determinar la participación de los acusados en un delito de robo; en tal virtud, se expone en la resolución:

³⁰⁰ Agrega la sentencia: “El simple hecho de acreditar que una persona está en posesión de todos o parte de los efectos sustraídos puede constituir un indicio más o menos fundado de una posible adquisición irregular de los mismos, según las circunstancias concurrentes, pero por sí solo no puede acreditar la autoría de la sustracción.”

³⁰¹ Además de las resoluciones que se citan, recoge el criterio la STS 4548/2003, de 28 de junio.

“En efecto, tiene una gran potencia acreditativa el hecho de que a las pocas horas del robo efectuado en la oficina donde trabajaba la víctima, éstos [los acusados] vendieran a las dos mujeres con quienes compartían piso las tarjetas de telefonía prepago que allí fueron robadas. Ciertamente que la ocupación de efectos procedentes de robo no permite *sic et simpliciter* atribuir la autoría del mismo a los tenedores de tales objetos, pero en el caso de autos vista la secuencia cronológica sin fracturas: el robo de las tarjetas se produce a las 7:30 horas y unas doce horas más tarde el recurrente vende las tarjetas allí robadas, estimamos que se está en presencia de un indicio de singular potencia en favor de la autoría de ambos recurrentes [...]. Se está ante una inferencia lo suficientemente cerrada como para que su conclusión –la intervención de ambos en los hechos por los que han sido condenados– sea de una absoluta razonabilidad sin riesgo de duda razonable o apertura a otras hipótesis o decisión arbitraria, [...]. En conclusión, procede declarar, como resultado del examen verificado, que los recurrentes fueron condenados en virtud de prueba de cargo obtenida sin vulnerar los derechos fundamentales, que fue introducida en el Plenario de acuerdo con los principios de legalidad ordinaria exigibles, suficientes para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y que fue razonada y razonablemente valorada.”

De esa cuenta, es apreciable la utilidad de la prueba indiciaria para fundar un fallo de condena, siempre que revele un razonamiento alejado de toda arbitrariedad, es decir, respetando a cabalidad el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

3.2.5) Delitos de tráfico de drogas

Como se indicó en su oportunidad, la jurisprudencia del TS ha venido considerando que en delitos de posesión de drogas con intención de traficar con ellas, la prueba de este elemento subjetivo (la intención de tráfico) puede ser alcanzada a partir de un indicio único, como es la cantidad de la sustancia que se encuentre en posesión del imputado, en tanto exceda de la dosis habitual para el propio consumo³⁰².

Aunado a los pronunciamientos citados con anterioridad, en la STS 279/2010, de 27 de enero, recaída en un proceso incoado por delito contra la salud pública (posesión de drogas con la intención de traficar con ellas), se indica:

“Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando, como uno de los escasos supuestos en los que un único indicio puede llegar a constituir prueba de cargo suficiente para la acreditación de la comisión del delito, el hecho de que la cantidad de droga poseída sea de tal importancia que exceda de la que puede ser considerada como lógica provisión para el auto consumo del poseedor durante un número razonable de días.”

³⁰² Apartado 3.1.1 de este capítulo.

Así las cosas, la identificación de este indicio apareja la necesidad de determinar la cantidad a partir de la cual cabe entender que la droga de que se trate se destinará al tráfico.

Ante ello, distintas decisiones del TS, con base en informes de instituciones especializadas en el tema, así como de lo acordado en plenos no jurisdiccionales³⁰³, han logrado apreciar (aclarando que las cifras son meramente orientativas y que deben ser interpretadas siempre con flexibilidad³⁰⁴) las cantidades que pueden considerarse apropiadas para el auto consumo respecto de las distintas sustancias estupefacientes³⁰⁵, debiendo

³⁰³ Acuerdos que, a decir de MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (a propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], nº 10-02 (febrero 2008), <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf> [consulta: 30 junio 2009], constituyen “instrumentos útiles para una deliberación, sin fuerza vinculante y sin valor jurisdiccional que sólo se alcanza al incorporarse el contenido del Acuerdo a resoluciones motivadas.”

³⁰⁴ STS 1396/2002, de 27 de febrero: “Ahora bien, según se razona en las sentencias de esta Sala 461/97 de 12.4, 499/99 de 22.3 y en la de 22.6.2001, las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente al consumo y de la que puede considerarse destinada a la distribución a consumidores, fijan unas pautas o baremos orientativos basados en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la fijación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyadas en las enseñanzas de la experiencia y en los datos facilitados por organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga; y tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal de instancia, reconocida en el art. 741 de la LECrim., ni impedir por tanto que dicho órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.”

³⁰⁵ En lo que respecta a drogas como la cocaína, el hachís o la heroína, cabe hacer mención de algunos criterios sustentados jurisprudencialmente, citando las SSTS 7131/2009, de 26 de noviembre: “[...] según el ponderado criterio del Instituto Nacional de Toxicología, acogido en multitud de sentencias de esta Sala, la dosis de consumo diario del adicto a la cocaína tendría que situarse en torno a 1,5 gramos [...]”; 8109/2007, de 12 de noviembre: “[...] conviene no perder de vista una línea jurisprudencial consolidada – de la que las SSTS 657/2003, 9 de mayo y 99/1996, 12 de febrero, no son sino una elocuente muestra – con arreglo a la cual, tomando como parámetro 5 gramos de hachís como consumo medio diario, puede fijarse en cincuenta gramos el consumo medio durante diez días, cantidad a partir de la cual la posesión de hachís debe entenderse destinada al tráfico.”; y 959/2009, de 17 de febrero: “[...] respecto a la heroína, la cantidad media destinada al consumo diario, 0,6 gramos y el módulo determinante del autoconsumo, 3 gramos (STS. 415/2006 de 18.4) [...]”, respectivamente. Con todo, cabe indicar que para autores como LORENZO SALGADO, José María: *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, [1983?], pág. 128, la cantidad que haya de entenderse por provisión para el consumo no puede fijarse *a priori*, sino únicamente a la vista de las circunstancias del caso y de todos los elementos concurrentes; en igual sentido se pronuncian RODRÍGUEZ DEVESA, José María; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, S.L., Madrid, 1994, pág. 1075, quienes, refiriéndose a los límites que para el propio consumo de drogas se han fijado en diversas sentencias, resaltan que un consumidor no traficante puede llegar a adquirir cantidades muy superiores para su consumo, pues si es mayor el volumen de droga, se logrará un mejor precio, aunado a que es de la situación económica personal que depende cuánta droga se puede adquirir y que una importante cantidad evita los inconvenientes de estar buscando constantemente a los vendedores. Por el contrario, para PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio: *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 302, sería conveniente fijar, incluso legalmente, unos topes racionales de las cantidades de droga que pueden destinarse al consumo, conforme a la naturaleza de ésta, para así evitar que el

tomar en cuenta la clase de droga, su calidad y pureza, así como el grado de dependencia y la necesidad del presunto consumidor, entre otros elementos³⁰⁶.

Sin embargo, también la jurisprudencia ha recalcado la cautela con que debe valorarse este indicio único, en el sentido de que no por el solo hecho de comprobarse la existencia de una cantidad de droga superior a la que pueda destinarse al auto consumo es dable concluir, sin más, la intención de traficar con ella. El debate se centra en la necesidad de acreditar el referido elemento subjetivo, sin incurrir en la “extensión analógica” del tipo penal, sancionando la mera tenencia de una determinada cantidad de droga sin constatar, fehacientemente, la intención de tráfico, lo que ocurriría de aplicarse de forma mecánica aquel criterio.

En cuanto a ello, se señala en la STS 7242/2009, de 1 de diciembre:

[...] las SSTs. 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6, declaran que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más, su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc., a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. [...] Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo; y b) en segundo lugar, que la tenencia de cantidades inferiores a esos baremos orientativos –como serían las que fueron ocupadas al recurrente al ser detenido (3,48 gramos con pureza 42%)– no es obstáculo para la condena, si otras pruebas acreditan que el destino de aquellas sustancias era su distribución a terceros. No otra cosa acaece en el caso presente, en el que la sentencia impugnada, fundamentos de derecho III y V analiza las testificales de [...] en orden a las actividades del recurrente, así como la de [...] persona que trabajaba en un locutorio en Terrassa, sobre las remesas de dinero, entre 500 y 700 euros, que enviaba cada 15 días al extranjero, utilizando muchas veces otros nombres de terceras personas que ella misma le facilitaba; asimismo, valora las cantidades de dinero significativas carente de justificación en orden a su lícito origen, [...] lo que unido a la distribución en papelinas en número de nueve de la cocaína que portaba, aptas para su inmediata venta, y la ocupación en su domicilio de las mismas sustancias estupefacientes con lidocaína y fenacetina, así como de una caja de una báscula de precisión marca Tanita y diversos trozos de plásticos transparente recortados, normalmente utilizados para la confección de las papelinas, llevan a la Sala de instancia a inferir la finalidad de tráfico en el actuar del recurrente. Proceso deductivo que

traficante se oculte tras la protección de la ley e impedir, a la vez, que el simple consumidor sea considerado traficante.

³⁰⁶ REY HUIDOBRO, Luis Fernando: *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 35.

no puede considerarse irracional o ilógico o contrario a las reglas de experiencia, no apreciándose, por ello, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.³⁰⁷

De esa cuenta, aunado al elemento indiciario concerniente a la cantidad de droga, se ha logrado identificar otros datos objetivos, apreciando las circunstancias concurrentes, cuyo análisis conjunto puede coadyuvar en esa labor³⁰⁸.

Entre tales datos se ubican los siguientes: las modalidades de posesión de la droga, el lugar en que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados para traficarla, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor de esas sustancias³⁰⁹.

Conforme a ello, en la STS 7783/2009, de 14 de diciembre, se considera:

“[...] preciso es acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretendía darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra forma que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia. Y reiterada jurisprudencia de esta Sala viene induciendo el ‘fin de traficar’ con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pueden ser: las modalidades de la posesión, el lugar en que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados a ese fin, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada al producirse la ocupación, su condición o no de consumidor de tales sustancias. Acreditada la posesión de la sustancia estupefaciente, acompañada de alguna de las circunstancias expresadas, permite alcanzar la deducción razonable, según los casos, de que la tenencia del estupefaciente está destinada al tráfico.”³¹⁰

En efecto, datos como los mencionados permiten concluir, sobre una base racional, en el destino que el poseedor de la droga pretendía darle, pues, por

³⁰⁷ Asimismo, la STS 4199/2003, de 17 de junio: “Como dijimos en la STS 1262/2000, de 14 de julio, ‘la cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación’.”

³⁰⁸ Menciona MARTÍNEZ BUSTOS, César: *Las drogas ante la ley*, [s.n.], León, 1973, pág. 61, que debe operar a favor del toxicómano una “presunción sólida y razonable –la de que la droga en su poder está destinada al consumo propio–, en tanto no resulte contrariada”, para lo cual, puede hacerse uso de la prueba indiciaria.

³⁰⁹ JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, José María Bosch, Barcelona, 1999, págs. 199-204, se refiere a este “sistema de indicios”, haciendo notar su utilidad ante la dificultad que presenta la prueba de los elementos subjetivos.

³¹⁰ Son contestes, entre otras, las SSTS 7391/1996, de 20 de diciembre; 3855/1997, de 31 de mayo; 6254/1999, 11 de octubre; 6018/2002, de 21 de septiembre; 8106/2002, de 3 de diciembre; 1407/2005, de 8 de marzo; 6903/2006, de 30 de octubre; 6401/2007, de 21 de septiembre; 4003/2008, de 7 de julio; 7788/2009, de 11 de diciembre; 3878/2010, de 6 de julio; 6648/2010, de 10 de noviembre; 1809/2011, de 22 de marzo, y 3759/2011, de 15 de junio, por citar algunas.

ejemplo, entre los distintos datos identificados, la tenencia de las sustancias en papelinás podría revelar la intención de su posterior distribución, al contrario de lo que cabría apreciar en el caso de que la droga se mantenga en forma conjunta, circunstancia que se estima más apropiada para el autoconsumo. Esta situación es dable de apreciarse en la STS 1305/2010, de 18 de marzo, en la que se indica:

“[...]la recurrente] concretamente se refiere a que, dada la cantidad de droga ocupada y la condición de drogodependiente que se le reconoce por la propia Audiencia, no resulta acreditado que las drogas ocupadas tuvieran un destino diferente que el del ‘autoconsumo’. No obstante, ya han quedado expuestos distintos extremos (actitud ante la presencia policial, joyas y dinero poseído, anotaciones intervenidas, manifestaciones ante los funcionarios, etc.) que, junto con el nada desdeñable, a efectos indiciarios, del número de ‘papelinás’, setenta y nueve, permiten a la Sala de instancia alcanzar una convicción a este respecto plenamente fundada y razonable.”

No obstante, se reitera que la identificación de tales datos objetivos no implica, en forma alguna, descartar el análisis de todas las circunstancias concurrentes en el hecho de que se trate.

Pues bien, en diversos pronunciamientos se ha hecho aplicación de tales criterios, lográndose deducir, según las circunstancias concretas de cada caso, si ha existido o no el elemento subjetivo antedicho, cuya constatación deviene imprescindible para entender consumado el delito en referencia.

Por ejemplo, en la STS 959/2009, de 17 de febrero, se expone:

“[...] la Sala de instancia considera factores determinantes del destino preordenado al tráfico, la cantidad total de sustancias intervenidas (19,680 gramos de cocaína y 4,970 gramos heroína) y la balanza de precisión halladas en su domicilio, así como la conversación telefónica (folio 130) entre el coacusado [...] que ha reconocido los hechos de la acusación y la recurrente. La recurrente insiste en que la cocaína era para su consumo y la heroína para el de su madre que con ella convive. Esta alegación obliga a efectuar dos precisiones previas: Primera: que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el ser consumidor de la droga no excluye de manera absoluta el propósito de traficar (STS. 384/2005 de 11.3) y debe ponderarse la medida en que la droga aprehendida excede de las previsiones de un consumo normal, y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de su consumidor durante 5 días, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.2001 y ha fijado en relación a la cocaína, el consumo medio entre 1,5 y 2 gramos, presumiendo finalidad de tráfico en tenencia entre 7,5 y 1,5 gramos (SSTS 2063/2002 de 23.5, 1778/2000 de 21.10) y respecto a la heroína, la cantidad media destinada al consumo diario, 0,6 gramos y el modulo determinante del autoconsumo, 3 gramos (STS. 415/2006 de 18.4), cantidades ambas inferiores a las que fueron intervenidas a la acusada. Segunda: que no obstante lo anterior, según se razona en las SS. 411/97 de 12.4, 422/99 de 26.3, 2063/2002 de 23.5, las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a la distribución a terceras, fijan unas pautas o baremos orientativos basados en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyados en la enseñanza de la experiencia y en los datos facilitados por Organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga; y tales pautas orientativas no pueden coartar de una

forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento. [...] Siendo así la Sala tiene en cuenta y valora otros datos como son la propia variedad de sustancias intervenidas y la existencia de una balanza de precisión, instrumento adecuado para la elaboración o comercialización de dosis para su venta inmediata, que constituyen indicios racionales de que las sustancias estaban destinadas al tráfico, unido todo ello a las conversaciones telefónicas con otro de los acusados quien pregunta a la recurrente si tiene 'de lo blanco', a lo que responde que no, pero que lo puede conseguir. La interpretación de estas palabras en el contexto en que se producen, no admite duda razonable, por lo que el proceso deductivo de la Audiencia no puede considerarse irracional o ilógico."³¹¹

Por su parte, en la STS 7228/2007, de 15 de noviembre, el Tribunal, sobre la base de los datos objetivos referidos, concluye que en el caso bajo juzgamiento no concurre el ánimo de traficar la droga ocupada, señalando lo siguiente:

"[...] la modalidad de la posesión –el hachís estaba en una bola, lo que revela la necesidad de una ulterior manipulación no compatible con su venta inmediata–, el lugar en que se encontró la droga, simplemente entre la vestimenta del acusado y no especialmente oculta o camuflada; la carencia de útiles, materiales o instrumentos para la propagación, elaboración o consumo inmediato; el valor de la droga: 334,61 euros (de los que 304,51 euros corresponden al hachís) no revelador de una capacidad adquisitiva especialmente significativa; la no ocupación de dinero fraccionado alguno que pudiera indicar ventas anteriores: que llevan a que la racionalidad de la inferencia adolezca de notoria fragilidad."

Por otro lado, también en distintas oportunidades la jurisprudencia se ha mostrado renuente a considerar como indicio inculpatario capaz de desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, la sola convivencia en el mismo domicilio donde se encuentre la droga o el conocimiento que sobre la existencia de ésta se tenga, siendo necesario que se constate la participación efectiva en el ilícito³¹².

Aunado a ello, distintas sentencias han matizado que en el caso de cónyuges que viven juntos no es factible, por el hecho de imputarse a uno de éstos la comisión del delito, hacer corresponsable al otro, pues no existe entre

³¹¹ Asimismo, en la STS 6941/2005, de 15 de noviembre, se indicó: "Los elementos a partir de los que en este caso es posible inducir el propósito de traficar son la disposición de parte de la droga en dosis aptas para su venta al menudeo, la diversidad de drogas poseídas, la cantidad de la misma que supere lo necesario para ser consumido en dos o tres días, la posesión en el domicilio de cantidades de dinero desacostumbrados que permitan suponer clandestinidad del comercio."

³¹² STS 6941/2005, de 15 de noviembre, antes citada: "El conocer que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar con ella no implica por sí mismo ni participación en el delito del tráfico de drogas ni la obligación de denunciar tal hecho, así como tampoco permite afirmar la existencia de una posición de garante de que el tráfico no se va a producir. Por lo tanto, el conocimiento no permite fundamentar la coautoría de la acusada recurrente."

ellos posición de garante de que no se cometerá ilícito alguno ni obligación de denunciar al conviviente.

De esa cuenta, el criterio ha sido aplicado en distintos casos, haciéndose hincapié en la necesidad de probar la participación del acusado en el tráfico de la droga, mediante actos materiales distintos a la mera convivencia con aquel a quien se imputa tener a su disposición las sustancias estupefacientes³¹³.

En ese sentido, en la STS 4321/2000, de 29 de mayo, se considera:

“Esta Sala se ha pronunciado en bastantes sentencias sobre el alcance que tiene, a los efectos de indicios incriminatorios que pudieran contrarrestar el derecho de presunción de inocencia, el hecho de convivir en el mismo domicilio donde fueron halladas las drogas o que se tuviera conocimiento de su existencia. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 1999 se expresa que la doctrina de esta Sala viene declarando que no basta la convivencia en común para por este solo dato llegar a la culpabilidad de quien no se confiesa partícipe de la ilícita posesión (sentencias de 14 de octubre y 17 de junio de 1994; y 17 de mayo de 1996). Es necesario que saliendo de una mera actitud de pasividad se participe en alguna actividad que por su tendencia pudiera ser calificada de facilitación del tráfico o consumo (Sentencia de 16 de diciembre de 1994) sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa un delito (Sentencias de 15 de abril y 11 de febrero de 1997) ni tampoco basarse en el conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realice el otro pues no puede olvidarse que según el artículo 261.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra exento de la obligación de denunciar el cónyuge del delincuente (Sentencia de 11 de febrero de 1997). En este caso, la prueba practicada permite alcanzar la inferencia de que la recurrente estaba impuesta de que en el sofá en el que se tumbó se guardaba parte de la sustancia estupefaciente intervenida, pero nada hay que permita afirmar que tuviera disponibilidad sobre esa sustancia ni que hubiera intervenido en actos de tráfico, y ese conocimiento no es suficiente para su incriminación cuando en el tráfico resultan implicadas personas a las que está unida con vínculos sanguíneos a los que se refiere el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las que no está obligada a denunciar. En definitiva no hay prueba de cargo de sentido incriminador sobre la intervención de la acusada en actos de tráfico de sustancias estupefacientes, ni tampoco puede ello inferirse de la posesión de la droga por parte de familiares que vivían en la misma casa, aunque fuera conocedora de su existencia.”

Por último, se cita la STS 6002/2008, de 31 de octubre de 2008, en la que se expone:

“La cuestión gira en torno a la imputación de los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública, en tanto se les acusa de la posesión preordenada al tráfico y venta de sustancias estupefacientes, en el domicilio en el que habitan, [...]. En virtud de las investigaciones policiales oportunas, se tuvo conocimiento de tal proceder, acordándose judicialmente la entrada y registro de tal domicilio, que dio como resultado el hallazgo de una gran cantidad de sustancias estupefacientes, cocaína, heroína y hachís, plantas de marihuana, así como una balanza de precisión, recortes de plástico aptos para la confección de dosis individuales (papelinas), material para el corte de la droga,

³¹³ El criterio ha sido sostenido, entre otras, en las SSTS 629/2005, de 4 de febrero; 1543/2006, de 2 de marzo; 6966/2008, de 12 de diciembre; 5946/2009, de 24 de septiembre, y 6474/2010, de 1 de diciembre, en la que se consideró: “En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios. En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP, no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.”

una caja con polvo blanco (que debe entenderse como restos de tal confección), una importante suma de dinero en metálico y gran cantidad de joyas de ignorada procedencia, sin duda procedentes del pago de las dosis vendidas. Con este material, lo que debe ser determinada es la autoría de la venta en cuestión, pues sabido es que no basta la mera convivencia en el lugar de su expendición, sino la efectiva gestión de enajenación mediante precio de tales sustancias estupefacientes a terceros. [...] hemos de declarar que la Sala sentenciadora de instancia ha desenfocado el problema, pues no se trata de declarar probado si convive o no con su mujer en el domicilio en donde se halló la droga, sino si efectuó actos de venta, y para ello desde luego no es suficiente con el dato que es sustancial para los jueces *a quo* acerca de que se encontraba en dicho domicilio en el momento de practicarse la entrada y registro, sino cuál fue su actividad en el delito, de lo que no existe más prueba que la expresada presencia en tal domicilio (que por cierto fue tildada de esporádica por tal recurrente).³¹⁴

En conclusión, de lo que se trata es de asegurar la observancia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, siendo preciso probar, sin margen de duda y con fundamento en criterios de racionalidad, la comisión por parte de cada uno de los acusados de las conductas tipificadas en la ley penal como delictivas.

³¹⁴ Asimismo, las SSTS 2756/2000, de 4 de abril: “La Sentencia [recurrida en casación] considera como indicios de la intervención del recurrente: 1º) su convivencia con la acusada [...]; 2º) la dedicación de ésta al tráfico de estupefacientes; 3º) que se le intervinieran a [la acusada] unas bolas de cocaína en la riñonera que portaba; y 4º) lo que se encontró en el domicilio común, ya relacionado antes. En realidad los indicios segundo y tercero son uno solo, y ambos a su vez no añaden nada al dato consistente en la convivencia con persona dedicada al tráfico: si la convivencia con un vendedor de droga no basta para deducir la intervención en la actividad ilícita de éste, en nada se modifica ese insuficiente presupuesto por el solo mecanismo de dividirlo en partes diferenciadas, que es lo que la Sentencia hace al añadir al dato de la convivencia sin más, el de la posesión y tráfico de drogas por la persona con quien se convive. Por último, la localización de droga en determinados objetos encontrados en la vivienda común tal y como la Sentencia lo describe, no es incompatible con la exclusiva posesión de la droga por parte de la acusada; y por lo mismo no permite deducir como conclusión necesaria e ineludible racionalmente la codisponibilidad de la sustancia por parte de ambos. En conclusión: no se dan las exigencias de la prueba indiciaria para inferir la intervención del recurrente en el ilícito comercio practicado por su compañera. Finalmente la pertenencia al acusado del piso en que ambos vivían no se convierte por el solo hecho de conocer la actividad de ella en un acto de puesta a disposición de un elemento material a modo de cooperación al delito. Para ello sería preciso –y no consta en la Sentencia– que fuese ejecución material por parte del recurrente del papel individual asumido dentro de un plan conjunto, para la comercialización de la droga, y no simplemente el resultado propio de un acuerdo personal de común convivencia. De lo expuesto viene a resultar que no existe prueba objetiva de cargo de suficiente contenido incriminador contra el recurrente; vulnerándose así con su condena la presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española.”; y 3691/2008, de 12 de junio: “En el caso enjuiciado, se ha vulnerado tal derecho presuntivo, por cuanto la Sala sentenciadora de instancia al valorar los elementos incriminatorios que concurren contra la ahora recurrente, se refiere a la simple convivencia como prueba de cargo, señalando que aceptaba o conocía dicha actividad ilícita que llevaba a cabo su compañero, el otro acusado, añadiendo que, si bien no fue posible interceptar a ningún toxicómano que manifestara que había adquirido la droga a la acusada, ‘queda acreditada su intervención como coautora del delito de tráfico de drogas al tomar una actitud o conducta positiva y activa’, lo que no se explicita más; agregándose, en cambio, que es ‘lógico y creíble la explicación dada por la policía sobre la imposibilidad de interceptar un comprador de la acusada, dada la mecánica de la vigilancia’, sin mayores explicaciones. En suma, no existió prueba de cargo, por lo que el motivo deberá ser estimado.”, entre otras.

3.2.6) Receptación

El delito de receptación (arts. 298, 299 y 300 del CP), en su tipo básico³¹⁵, sanciona el auxilio que se preste a quien haya cometido previamente un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico para que se aproveche de los efectos de su conducta ilícita, así como la adquisición u ocultamiento de tales efectos.

Mucho se ha discutido sobre el bien jurídico protegido³¹⁶ en la receptación, pudiendo destacar, de manera más que sucinta, que se trata de un delito pluriofensivo, pues a la vez que se obstaculiza la investigación y el castigo de los delitos previamente cometidos, se contribuye a la promoción de futuros ilícitos³¹⁷.

Pues bien, dentro del tipo subjetivo de este delito se requiere que el receptor tenga conocimiento de que los efectos proceden de la comisión previa de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, así como el ánimo de lucro³¹⁸.

Para la acreditación de ambos elementos, conforme a distintos pronunciamientos del TS, debe acudir al empleo de la prueba indiciaria a fin de que, a partir de ciertos datos objetivos debidamente constatados (indicios), sea factible inferir su concurrencia.

³¹⁵ Art. 298.1 del CP: “El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

³¹⁶ El concepto de bien jurídico reviste un importante elemento en Derecho penal, como presupuesto ineludible de punibilidad de cualquier conducta. ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” traducción de Íñigo DE ORTIZ URBINA GIMENO, en: HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 448, define los bienes jurídicos como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”. Para el autor, con el concepto expuesto se persigue mostrar al legislador los límites de la punición legítima. En concordancia con ello, cabe afirmar que tan sólo las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos merecen ser reprimidas mediante el Derecho penal, pues éste configura la fórmula institucional más violenta –y, por tanto, última opción– de control social.

³¹⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 39 y 40.

³¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 534.

En efecto, diversas sentencias han afirmado que tanto el conocimiento sobre el origen ilícito de los bienes, como el ánimo de lucro, pueden ser apreciados mediante prueba indiciaria, a partir de determinados hechos-base³¹⁹.

Entre éstas, se cita la STS 609/2009, de 24 de febrero, en la que se estima:

"[...] ese conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de tal delito no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura (SSTS. 859/2001 de 14.5, 1915/2001 de 11.10). Conocimiento que no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el *nomen iuris* que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma que, como hecho psicológico es difícil que pueda ser acreditada por prueba directa, debiendo inferirse a través de una serie de indicios, como son la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios (SSTS. 8/2000 de 21.1, 1128/2001 de 8.6). Por ello, además del dolo directo, también podrá admitirse el eventual cuando el receptor realiza sus actos a pesar de haberse representado como probable, que los efectos tienen su origen en un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico (SSTS. 614/96, 389/97 de 14.3, a contrario *sensu*, 1070/2003 de 22.7, 1501/2003 de 19.12), o cuando pudo perfectamente imaginar la posibilidad de ellos (STS. 1138/2000 de 28.6) o cuando el origen ilícito de los bienes receptados aparezca con alto grado de probabilidad, dadas las circunstancias concurrentes (STS. 2359/2001 de 12.12)."

Asimismo, se señala en la STS 5601/2009, de 11 de septiembre, lo siguiente:

"En cuanto al ánimo de lucro, la reiterada jurisprudencia de esta Sala lo establece a través de datos objetivos. Uno de ellos es que la aportación del acusado esté encaminada, como sucede en el caso presente, a facilitar que los efectos procedentes de un delito contra la propiedad del que no es necesario conocer sus detalles queden a salvo de las pesquisas de los investigadores y con ello puedan beneficiarse en el momento oportuno. Por otro lado, no es necesario que el receptor se beneficie en una cantidad económica o que consiga para sí uno de los efectos robados. Es suficiente cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, aunque sean meramente contemplativos, incluso beneficios o la vanagloria de haber aportado un acto de apoyo que le permite recibir el reconocimiento de los beneficiados o su mayor integración en el grupo."

En tal sentido, dentro de los hechos-indicantes útiles para la constatación del conocimiento del origen ilícito de los bienes y el ánimo de lucro con que actúa el agente, pueden destacarse los siguientes: a) el precio vil de adquisición del objeto en relación con su valor real; b) la adquisición

³¹⁹ Se refieren a la utilización de la prueba indiciaria para acreditar los elementos subjetivos en el delito de receptación, entre otras, las SSTS 8210/2001, de 24 de octubre; 9732/2001, 12 de diciembre; 7414/2002, de 8 de noviembre; 7460/2002, de 11 de noviembre; 128/2004, de 19 de enero; 7224/2004 de 10 de noviembre; 3737/2005, 9 de junio; 6490/2005, de 25 de octubre; 6983/2005, de 17 de noviembre; 7808/2007, de 16 de noviembre; y 1539/2010, de 8 de marzo.

clandestina y al margen de los normales circuitos comerciales; y c) la ausencia de toda documentación o factura³²⁰.

Conforme a ello, en una apreciable cantidad de casos se ha hecho aplicación de los criterios referidos, logrando concluir en la constatación o no, según las circunstancias concretas, de aquellos elementos subjetivos, imprescindibles para entender consumado el delito bajo estudio.

Por ejemplo, en la STS 949/2002, de 13 de febrero, el Tribunal consideró:

“El bajo precio que dijo la acusada haber pagado por el ordenador –60.000 pesetas siendo su valor de 400.000– es prueba suficiente del ánimo de lucro con que el mismo fue adquirido e indicio fuerte, a la vez, de que se recibió a sabiendas de su ilícito origen, no siendo el ‘precio vil’, sin embargo, el único indicio de este conocimiento, al que apuntan otros datos a que se alude en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, como son la clandestinidad de la venta –el ordenador fue llevado a casa de la acusada sin documentación por una persona a la que aquella sólo identificó con su nombre propio– y el desconocimiento de la informática que demostró la acusada en el acto del juicio oral –del que era legítimo deducir que el ordenador había sido adquirido, como otros objetos, no en razón de su posibilidad de ser utilizada sino de su valor de cambio en permuta con sustancias estupefacientes– [...]”

Asimismo, se indica en la STS 5787/2002, 6 de septiembre, lo siguiente:

“El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, por entender que el relato de hechos probados, aún completado con la fundamentación jurídica, no permite, en relación con el principio de presunción de inocencia, inferir, como hace la sentencia de instancia, que el recurrente tuviese conocimiento del ilícito origen de la pulsera que cambió por droga, basándose la sentencia en una presunción en contra del reo –los drogadictos utilizan los bienes de ilícita procedencia para procurarse la droga en sustitución del dinero que generalmente no tienen– sin que el criterio del precio vil pueda ser acogido en este caso dadas las circunstancias –precio de la pulsera y drogadicción– porque precisamente en su condición de drogadicto y más bajo el síndrome de abstinencia como se declara probado que estaba, es capaz de desprenderse de cualquier cosa con tal de remediar su crisis.”³²¹

³²⁰ Entre otras, la STS 6712/2002, de 14 de octubre.

³²¹ Asimismo, las SSTS 4231/2002, de 11 de junio: “Al respecto, también esta Sala ha exigido certidumbre sobre el origen ilícito de los bienes, de manera que nunca bastaría la mera sospecha para integrar el supuesto típico; reconociendo que un indicador relevante para tal fin es el del ‘precio vil’, es decir, que el pagado para la obtención de aquéllos no correspondiera en modo alguno al real, ni siquiera aceptando en hipótesis el mayor margen de ganancia previsible. En el supuesto contemplado, hay constancia de que entre los objetos adquiridos por el que recurre estaba ‘un rosario de oro y azabache y una mosca con chispita de brillantes’, y que lo pagado por ellos en una transacción informal fue 3.500 ptas. De estas circunstancias, esto es, de la calidad de los componentes de esos bienes, y de la entidad del precio, la sala concluye que el ahora recurrente obró con conocimiento de la procedencia ilícita de los mismos, como única premisa que puede dar algún sentido económico a la operación.”; y 616/2009, de 2 de febrero: “El hoy recurrente se representó todos y cada uno de los elementos que definen el delito de receptación tipificado en el art. 298 del CP. Y lo hizo con la precisión necesaria para afirmar, más allá de cualquier duda, que conocía –no que sospechaba– el carácter ilícito de los objetos que se encargó de vender. A esa conclusión llega la Sala a partir de la prueba indiciaria, cuya ponderación se realiza de forma minuciosa en el FJ 2º de la sentencia cuestionada y a la que antes hemos hecho referencia. La mejor muestra de que [el acusado] se representó el origen ilícito de los bienes la ofrece el hecho cierto de que él mismo reconoció en su declaración haber llegado a sospechar acerca de la procedencia de los bienes, hasta el punto de que se lo preguntó a su proveedor, aceptando por respuesta lo que, en el fondo,

Por último, cabe agregar que también en procesos por receptación la jurisprudencia ha señalado que la convivencia o el mero conocimiento por parte de uno de los cónyuges sobre la actividad ilícita del otro no permite imputarle responsabilidad alguna por la comisión del delito, pues se requiere su participación mediante la ejecución de alguno de los actos tipificados en la ley penal.

Entre otras, en la STS 6498/2007, de 10 de octubre, se expone:

“En una reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 64/2003 de 21 de enero, hemos declarado que ‘aún admitiendo que la recurrente fuera conocedora de las actividades del marido, si no colaboró con ellas o realizó cualquiera de los actos típicos que establece el art. 298, no puede ser objeto de condena ya que a ésta no la afecta la obligación de denunciar al marido dada la relación parental o de convivencia que existe (art. 261 LECRim). Por lo tanto, la mera convivencia no permite la subsunción, siendo precisa una conducta causal a la realización del delito.”

Así las cosas, no cabe duda de la utilidad y eficacia de la prueba indiciaria en procesos instados por el delito de receptación, exigiéndose siempre el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez y, de esa manera, lograr destruir en forma legítima la presunción de inocencia del acusado.

3.2.7) Blanqueo de capitales

Un tema de gran interés en lo que a la prueba indiciaria se refiere, es el que concierne a la constatación de determinados elementos del tipo penal de blanqueo de capitales, existiendo una amplia jurisprudencia en este sentido³²².

Como punto previo, sin ánimo de desplazar la investigación al ámbito del Derecho penal material, sino con la pretensión de ilustrar de mejor manera los alcances que ha tenido la prueba indiciaria en esta materia, se considera pertinente destacar que la tipificación del blanqueo de capitales³²³ en la

no era sino una evasiva que actuaba como coartada de [...]. Este hecho, unido a la ausencia de facturas y garantías y, sobre todo, al desproporcionado margen de beneficio que obtenía, permiten inferir que el recurrente se representó, sin distorsión alguna, todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.”

³²² Vale destacar que este tema en concreto hizo surgir, en gran medida, el interés por la materia de investigación.

³²³ El término blanqueo de capitales o, mejor dicho, lavado de dinero (en inglés: *money laundering*), surgió en la época de las grandes mafias existentes en las ciudades estadounidenses de Chicago y Nueva York, destacando la figura de Alphonse CAPONE. En la década de 1920, los desórdenes surgidos a raíz de la

legislación penal de distintos países, surgió ante la alarma internacional que desde la década de los años ochenta del siglo pasado se produjo por la introducción, al tráfico económico, de dinero y demás bienes generados de conductas delictivas con el fin de aparentar un origen legal, para lo cual, las organizaciones criminales (centrándose tal preocupación en los grupos relacionados con el narcotráfico) hacían uso de variadas actividades comerciales, industriales y financieras³²⁴.

En tal sentido, distintos instrumentos internacionales hicieron eco de los problemas suscitados a raíz de la inserción de dinero de origen criminal (primero del tráfico ilícito de drogas y luego de cualquier conducta delictiva) en el contexto de las actividades económicas, reprochando, entre otras cosas, el favorecimiento que ello suponía para la realización de ulteriores delitos, así como la expansión de sus efectos perjudiciales más allá del territorio donde se hubiera cometido el hecho, al punto que se entendió que se trataba de un fenómeno de carácter transnacional³²⁵.

De esa cuenta, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de

prohibición del alcohol mediante la promulgación de la denominada “Ley Volstead”, desembocaron en el surgimiento de grandes industrias delictivas dedicadas a la preparación, destilación y distribución de cerveza y licor. CAPONE y sus socios, con el objeto de dar apariencia legal a las ganancias obtenidas de aquellos actos, invirtieron en negocios de lavandería y tintorería; de esta manera, el dinero que provenía de los ilícitos cometidos, a los que se sumaban el tráfico de armas, extorsiones y prostíbulos ilegales, era mezclado con los beneficios obtenidos del lavado y entintado de textiles, servicios que generalmente eran pagados en efectivo. Así, ante las autoridades fiscales se presentaban sumas de las que no era posible distinguir qué dinero provenía de una u otra actividad, es decir, qué dólares tenían una fuente lícita y cuáles no, logrando evitar, de esa forma, la aplicación de la ley, situación que por lo ilustrativo del término se denominó, en su traducción al español, lavado de dinero. Con información de: Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.: “El lavado de dinero y fraudes”, en: *Pauta*, nº 48 (mayo 2005), pág. 4.

³²⁴ A ese respecto, señalan COBO DEL ROSAL, Manuel; y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005, pág. 16, que el nacimiento de la regulación en materia de blanqueo de capitales surgió de la preocupación internacional que en la década de los ochenta supuso la gran cantidad de dinero, sin control alguno, proveniente del tráfico de drogas.

³²⁵ Entre dichos instrumentos cabe citar, en el plano europeo, la Recomendación R (80) 10, de 27 de junio de 1980, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal. Según apunta FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pág. 189, fue dicha recomendación, la primera iniciativa internacional sobre la materia, en la que se aconsejaba a los Estados que tomaran las medidas pertinentes para evitar la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, sin que se incluyera entre las recomendaciones la sanción a dichas conductas.

diciembre de 1988, resaltó la necesidad de que los Estados partes tipificaran en sus legislaciones penales los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, así como aquellas conductas tendentes a la “conversión, transferencia, ocultamiento o utilización, entre otras acciones, de los bienes provenientes de tales delitos” (artículo 3).

Por su parte, más de una década después, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada en Palermo en 2000, en congruencia con la Convención de Viena, reiteró el compromiso de los Estados de penalizar el “blanqueo” del producto del delito, constituyendo el primer instrumento que, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, empleara este término³²⁶; asimismo, dicha Convención no limitó el objeto material del blanqueo a los bienes originados del tráfico ilegal de drogas, sino que requirió su aplicación “a la gama más amplia posible de delitos determinantes” (artículos 2.h) y 6).

Fue así como, en virtud de los compromisos internacionales previamente adquiridos, distintos Estados procedieron a incorporar a sus legislaciones

³²⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.): *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 186, denota la conveniencia de utilizar, para la denominación legal del delito, en lugar de las palabras “blanqueo” o “lavado” de capitales, términos más técnicos como “regularización”, “reconversión”, “naturalización” o “normalización” de capitales de origen delictivo. Asimismo, refiere RUIZ VADILLO, Enrique: “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español: perspectiva actual y futura”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1641 (15 julio 1992), pág. 4290, que sería preferible el término “legalización”, para referirse a actividades de blanqueo. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, al emitir informe sobre el anteproyecto de Código penal, consideró que no debía incorporarse al texto legal el término “blanqueo”, añadiendo que, en el caso de no encontrar una más adecuada, bastaría referirse a “la receptación y otras conductas afines”, como finalmente se hizo; cabe mencionar que el CGPJ señaló en su informe: “Parece que ha de rechazarse la incorporación al Código de un término como el de ‘blanqueo’, que no es sino puro argot.” España. Consejo General del Poder Judicial: *Anteproyecto del Código penal 1992 e informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pág. 245. En tal sentido, expone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 319, que el empleo del término “blanqueo de capitales” no entraña incorrección lingüística; por el contrario, la no inclusión en el Código penal de 1995 de una denominación propia del delito, habiéndose utilizado un recurso perifrástico como “otras conductas afines a la receptación”, induce a confusión, pues el blanqueo de bienes no constituye una mera conducta receptora. Con todo, según señala FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, cit., págs. 49, 50 y 247, haciendo hincapié en que el tema del nombre no merece mayor atención por tratarse de una cuestión estrictamente formal, la Real Academia Española ha definido, desde hace algún tiempo, el verbo blanquear como “ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables”, lo que puede apreciarse de la simple consulta al Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española [Madrid]: voz “blanquear”, *Diccionario de la Lengua Española*, cit., pág. 325. Cabe agregar que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, varió la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II del Código, el que quedó de la siguiente forma: “De la receptación y el blanqueo de capitales”.

penales la tipificación de las conductas enunciadas en los instrumentos citados –blanqueo de capitales o lavado de dinero, entre otras denominaciones legales conferidas³²⁷– como respuesta ante una forma de criminalidad que, si bien sus antecedentes históricos superan en tiempo a los pronunciamientos internacionales sobre la materia³²⁸, la conciencia global sobre sus efectos y repercusiones es relativamente reciente, debido, principalmente, a la dimensión del perjuicio causado, el que ha alcanzado niveles nunca antes estimados en su proporción y expansión.

Ahora bien, respecto del bien jurídico protegido mediante la tipificación del blanqueo de capitales, la doctrina actual destaca el carácter pluriofensivo del delito, afirmando que con su comisión se atenta contra el orden socioeconómico³²⁹, al dificultar la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, a la vez que se lesiona la administración de justicia, pues se incluyen dentro de sus modalidades, el encubrimiento del origen ilícito de los bienes y el auxilio prestado al autor del delito previo para eludir su responsabilidad³³⁰.

³²⁷ Por ejemplo, en España, si bien el Código penal, previo a la reforma de 2010, no contenía expresamente una denominación del delito, sino únicamente la regulación de las conductas que conforman el tipo, determinada normativa sí recoge, desde antes, el término específico de “blanqueo de capitales”, como la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, que establece algunas medidas administrativas, incluidas sanciones de tal carácter, dirigidas a la prevención de este ilícito.

³²⁸ Explican ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2007, pág. 15, que, sin importar la época histórica, quienes delinquen siempre han procurado ocultar los resultados de sus acciones, bajo la suposición de que el descubrimiento de éstos por la autoridad conduciría, consecuentemente, al descubrimiento de los delitos que los han generado.

³²⁹ Según BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; y BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 19-21, es el orden económico el objeto de protección en el Derecho penal económico –dentro del cual se ubica el blanqueo de capitales–; en tal sentido, es en la Constitución económica, como conjunto de normas básicas destinadas a establecer el marco jurídico fundamental relativo a la estructura y funcionamiento de la actividad económica en el Estado, donde se disponen los bienes jurídicos que son objeto de protección por el Derecho penal económico, parte de los cuales se ubica entre los denominados intereses colectivos difusos, cuya defensa, por lo general, se origina a partir de la necesidad de proteger la función social conferida a intereses individuales como la propiedad o la libertad de empresa.

³³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 1463 y 1464. Se refieren al carácter pluriofensivo del delito, entre otros: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo...*, *cit.*, pág. 238; PALMA HERRERA, José Manuel: *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 298; y FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995”, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI (1998), págs. 128 y 129.

En lo que concierne al tipo penal de blanqueo de capitales, específicamente al tipo objetivo, la conducta del sujeto activo consiste en adquirir, convertir, transmitir, poseer o utilizar bienes de origen delictivo³³¹; así como realizar “cualquier otro acto” dirigido a ocultar o encubrir la ilícita procedencia de los bienes o a ayudar a quien haya participado en el delito previo a eludir las consecuencia legales sobrevinientes (artículo 301.1 del CP)³³².

Asimismo, se sanciona la “ocultación y el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o su propiedad” (art. 301.2 del CP).

En todo caso, para los efectos de la investigación, interesa resaltar que el tipo objetivo exige que los bienes sobre los que recae la conducta tengan su origen en la previa comisión de un delito³³³; de igual forma, resulta oportuno acotar que el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo, es decir que no es accesorio del delito precedente del cual provienen los bienes que le sirven de objeto material.

En efecto, a pesar de que el ilícito bajo estudio reflejó en un inicio la preocupación internacional ante la perpetración de conductas especialmente graves, como el tráfico ilícito de drogas, la lesividad de las conductas contenidas en el tipo penal de blanqueo debe ser valorada con total

³³¹ Los verbos “poseer” y “utilizar” fueron adicionados por la citada Ley Orgánica 5/2010. Al respecto, señalan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7535 (27 diciembre 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011], que tal adición “aproxima peligrosamente ciertas conductas demasiado cercanas a la receptación al ámbito del blanqueo de capitales; comportamientos que, por su propia naturaleza, nada tienen que ver con los efectos socio-económicos que caracterizan al blanqueo”, y agregan que lo que en realidad hizo el legislador fue tipificar expresamente “ciertos casos que los Tribunales han castigado al amparo de la preocupante cláusula general –que, por lo demás, permanece en el precepto– conforme a la cual puede recaer en el tipo el que ‘realice cualquier otro acto’ de finalidad encubridora”.

³³² Como anota CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Algunos aspectos críticos del blanqueo de bienes: legislación y jurisprudencia”, en: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (dir.): *Las últimas reformas penales II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 77, la amplitud de la expresión “cualquier otro acto” no responde a la seguridad jurídica, certidumbre y taxatividad exigidas en la estructura de los tipos penales, según el principio de legalidad constitucionalmente reconocido, a la vez que hace factible la comisión del delito mediante acción u omisión.

³³³ Sin importar cuál sea éste, como se desprende de las legislaciones penales de países como España, a diferencia de ordenamientos que establecen un cuadro de delitos específicos de los que pueden provenir los bienes objeto de blanqueo.

independencia del delito antecedente, pues no reviste una prolongación o continuación de éste³³⁴.

Señala en ese sentido ABEL SOUTO, que si bien es *conditio sine qua non* la previa comisión de un delito para que concurra el blanqueo de capitales, éste no se encuentra por ello vinculado a aquél de forma accesoria; en cambio, se trata de un delito independiente que exige, para ser sancionado, “la presencia de un hecho previo en el que concurren, al menos, tipicidad y antijuridicidad”³³⁵.

De esa cuenta, no se requiere, para sancionar el blanqueo de capitales, la condena previa del ilícito que dio origen a los bienes que sirven de objeto material a aquél, elemento que determina, a plenitud, su carácter autónomo³³⁶.

A ello se refiere la STS 3932/2007, de 4 de junio, en la que de forma determinante se expresa:

“En definitiva, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (SSTS. 19.9.2001, 19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (STS. 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la practica la aplicación del tipo de blanqueo.”

En cuanto al tipo subjetivo, es importante subrayar que se requiere que el autor tenga conocimiento o suponga la procedencia delictiva de los bienes (al

³³⁴ CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Análisis sustantivo del delito (I): prevención y represión del blanqueo de capitales”, en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 269. Agrega el autor que el carácter autónomo del delito es lo que determina que la pena prevista no se encuentra supeditada a los límites mínimos o máximos del ilícito penal del que provienen los bienes que son objeto de blanqueo.

³³⁵ ABEL SOUTO, Miguel: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, págs. 213 y 219. Cabe indicar que el artículo 300 del CP regula: “Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.”, con lo que, según VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Delitos contra el patrimonio...”, *cit*, pág. 1450, se trata de un delito de referencia –como sucede con la receptación–, por cuanto, de lo que se trata es de aprovechar los efectos de un delito cometido, entendiendo este concepto en sentido incompleto, es decir, “requiriendo exclusivamente que se halla conocido el respectivo hecho antijurídico, sin que se exija, además, la culpabilidad del autor”; por ende, rige el principio de accesoriadad limitada.

³³⁶ SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.): *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, SEPIN, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2006, pág. 1656.

igual que en el delito de receptación), deviniendo excesivo requerir un conocimiento exacto y preciso de dicha procedencia³³⁷.

Este elemento cognoscitivo es exigido específicamente por la norma penal al incluir los términos “a sabiendas”³³⁸ o “sabiendo”³³⁹ en relación, claro está, con el origen delictivo de los bienes.

En cuanto a ello, señala la STS 3932/2007, de 4 de junio (antes citada):

“Respecto al conocimiento del origen ilícito viene indicado en las expresiones ‘sabiendo’, ‘para’ y ‘a sabiendas’ que usa el art. 301 en sus párrafos 1 y 3. [...] En definitiva en el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito [...]”

Se trata, en principio, de un delito cometido por dolo, actuando dolosamente quien se decida a “blanquear” bienes a sabiendas de su origen delictivo³⁴⁰. De esa cuenta, para consumar el delito de blanqueo de capitales, el autor ha de tener conocimiento de que los bienes tienen su origen o proceden de un actuar sancionado penalmente, no bastando simples sospechas o conjeturas, aunque tampoco es necesario que conozca la correcta calificación jurídica o los detalles y circunstancias concretas de la conducta ilícita previa³⁴¹.

³³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “De la receptación y otras conductas afines (arts. 298 a 304)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); y MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 946.

³³⁸ Artículo 301.2 del CP. En sentido similar los arts. 3.1, incisos b) y c), de la Convención de Viena de 1988 y 6.1 de la Convención de Palermo de 2000.

³³⁹ Artículos 301.1 del CP.

³⁴⁰ El delito admite su comisión en forma imprudente (art. 301.3 del CP), de manera que aquellas personas sobre las que recae un deber objetivo de cuidado en lo que a la prevención del blanqueo de capitales se refiere, serán responsables penalmente en caso de faltar a ese deber. Así, afirma ZARAGOZA AGUADO, Javier: “Análisis sustantivo del delito (II): cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en derecho comparado” en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión...*, cit., pág. 306, lo siguiente: “Con esta figura culposa se vislumbra la posibilidad de que los directivos o empleados de entidades financieras respondan penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar al objeto de prevenir la utilización del sistema financiero como habitual instrumento para el blanqueo de fondos de origen criminal, siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada.”

³⁴¹ DEL OLMO GÁLVEZ, Juan: “El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor”, en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión...*, cit., pág. 226. En cuanto al conocimiento del origen ilícito de los bienes, señala PÉREZ MANZANO, Mercedes: “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.): *El encubrimiento...*, cit., pág. 231, que se exige una mínima

En orden a las cuestiones expuestas, se señala en la STS 7842/2004, de 2 de diciembre, lo siguiente:

“Respecto a ese conocimiento tiene igualmente declarado la Sentencia 1070/2003, de 22 de julio, que este elemento subjetivo no requiere que se conozca con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave [la actual regulación no requiere la consideración de gravedad del delito previo], de manera general, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad. Y en esa misma línea, en la Sentencia 1501/2003, de 19 de diciembre, se declara que no se exige un conocimiento preciso y detallado del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal [...]”

Así las cosas, es menester resaltar que para la aplicación del tipo penal de blanqueo de capitales, como sucede con cualquier otro delito, es menester que la parte acusadora acredite ante el órgano jurisdiccional la constatación de la conducta prohibida contenida en la norma penal, así como la concurrencia de los demás elementos que ésta exige, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva.

En el caso específico del delito de blanqueo de capitales, según apunta ZARAGOZA AGUADO, son, precisamente, los elementos destacados con anterioridad, es decir, el origen delictivo de los bienes objeto de la acción y el conocimiento de ese origen delictivo por parte del autor, las dos cuestiones esenciales –quizá de mayor dificultad probatoria– para la debida construcción del tipo penal y, con ello, para lograr su efectiva acreditación y sanción³⁴².

En ese sentido, cabe apuntar que ciertos autores, con apoyo en una sólida construcción jurisprudencial sobre la materia, se han referido a la utilidad de la prueba indiciaria como herramienta eficaz para la constatación de los elementos enunciados³⁴³.

valoración jurídica sobre el delito precedente, es decir, que el autor tenga conocimiento de su contenido de significación social.

³⁴² ZARAGOZA AGUADO, Javier: “Análisis sustantivo del delito (II)...”, *cit.*, pág. 295. El autor señala que la aplicación efectiva de la norma penal depende de la interpretación que los tribunales realicen de estos dos elementos, los que califica como “extraordinariamente relevantes”, tanto para la construcción del tipo, como para alcanzar el fin perseguido mediante las labores de investigación.

³⁴³ Se refieren a dicha construcción jurisprudencial y, con ello, a la utilidad de la prueba indiciaria en el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, entre otros, los siguientes autores: DEL OLMO GÁLVEZ, Juan: “El blanqueo desde la perspectiva del juez...”, *cit.*, pág. 228; CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Análisis sustantivo del delito (I)...”, *cit.*, pág. 279; PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis: problemas de investigación y prueba”, en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.*: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario: delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, págs. 263 y ss.; CALDERÓN CEREZO, Ángel; y CHOCLÁN

A la vez, es preciso hacer mención de lo establecido en determinados instrumentos internacionales al respecto, como es el caso de la Convención de Viena de 1988, cuyo artículo 3.3 se refiere a la posibilidad de “inferir de las circunstancias objetivas del caso” determinados elementos exigidos en el tipo penal, como el conocimiento específico del origen delictivo de los bienes, así como la finalidad e intención perseguidas por el sujeto³⁴⁴.

Por su parte, la Convención de Palermo de 2000 se expresa en términos similares en su artículo 6.2.f)³⁴⁵.

Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990), alude en su artículo 6.2.c), en términos parecidos a los instrumentos anteriores, a la “deducción” que puede resultar de las “circunstancias fácticas objetivas”, como medio útil para la acreditación de los elementos del tipo³⁴⁶.

Por último, la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo de las Comunidades Europeas, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, en su artículo 1 señala la

MONTALVO, José Antonio: *Derecho penal: parte especial: adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 998; ORTIZ BERENGUER, Enrique; y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Compendio de Derecho penal: (parte general y parte especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 626; SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.): *Código penal...*, cit., págs. 1656 y 1657; JIMÉNEZ RAMOS, Mario: “El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública”, en: CIMAS GIMÉNEZ, María del Carmen (dir.): *Delitos contra la salud: novedades jurisprudenciales: nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 178 y 179; ROBLES, Ricardo: “Delitos contra el patrimonio (III)”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.); y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.): *Lecciones de Derecho penal: parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 251 y 252; MOLINA MANSILLA, María del Carmen: *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 280 y 281; y GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: “La prueba en el delito de blanqueo de capitales: aspectos prácticos”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7177 (19 mayo 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 18 mayo 2010].

³⁴⁴ Artículo 3.3 de la Convención de Viena de 1988: “El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.”

³⁴⁵ Artículo 6.2.f) de la Convención de Palermo de 2000: “El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

³⁴⁶ Artículo 6.2.c) del citado Convenio: “[...] el conocimiento, la intención o el propósito exigidos como elementos del delito previsto en dicho párrafo [párrafo 1 del mismo artículo 6, que se refiere al compromiso de los Estados de tipificar el blanqueo de capitales] podrán deducirse de circunstancias fácticas objetivas”.

posibilidad de establecer los elementos del tipo en cuestión con base en “circunstancias de hecho objetivas”³⁴⁷.

En tal sentido, entre distintos pronunciamientos judiciales, se expone en la STS 4188/2009, de 22 de mayo:

“Es indudable, y nuestra doctrina reiteradamente así lo ha venido reconociendo, la importancia que la prueba indirecta, o de indicios, tiene siempre para alcanzar la suficiente acreditación de la concurrencia de los elementos integrantes de delitos como el presente, habida cuenta de que nos encontramos con dos aspectos esenciales, cuales son el origen ilícito de los bienes objeto de blanqueo y el conocimiento por parte del autor de la infracción de esa circunstancia, extremos ambos de tan difícil acreditación por medios directos. Efectivamente, tanto la acreditación de que unas determinadas cantidades de dinero en metálico o de otros concretos elementos patrimoniales sean ilícito producto lucrativo de la comisión de infracciones penales precedentes, que obviamente no pudieron ser objeto del correspondiente comiso con el enjuiciamiento de aquéllas, como el conocimiento de quien lleva a cabo las operaciones de blanqueo acerca de ese espurio origen de los bienes con los que opera, son extremos que por sus propias características, en la práctica totalidad de los supuestos, no se revelan a través de medios probatorios de naturaleza directa y requieren para la correspondiente probanza en juicio acudir a datos indiciarios a partir de los cuales pueda inferirse, con la certeza siempre exigible en nuestro procedimiento penal, su concurrencia.”³⁴⁸

Pues bien, resulta evidente que en el caso de España, ha sido la jurisprudencia la responsable de reconocer en la prueba indiciaria un instrumento eficaz para la acreditación de aquellos elementos del tipo de blanqueo de capitales³⁴⁹, habiendo logrado identificar los datos objetivos, referidos a indicios determinados, sobre cuya base puede el juez, en orden a las circunstancias concretas, concluir en la constatación de dichos elementos.

Como indica ZARAGOZA AGUADO, distintas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han logrado configurar el tipo penal de blanqueo de capitales sobre la base de tres hechos-indiciantes bien delimitados, los que revelan

³⁴⁷ Artículo 1 de la Directiva: “[...] El conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades mencionadas en el presente guión [referido al blanqueo de capitales] podrán establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas”.

³⁴⁸ A ese respecto, señala PÉREZ MANZANO, Mercedes: “El tipo subjetivo...”, *cit.*, pág. 237, que el conocimiento por el autor del origen delictivo de los bienes, es decir, el dolo con que actúa, como elemento psicológico que es, presenta variados problemas probatorios, a los que la actividad jurisdiccional en España, y a la cabeza el Tribunal Supremo, han dado respuesta apoyándose en la prueba indiciaria, logrando deducir dicho elemento de los hechos exteriorizados.

³⁴⁹ STS 57/2006, de 13 de enero: “Desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, señala la sentencia núm. 1637/2000, de 10 de enero, que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de ‘lavado’ del dinero procedente de aquella, por lo que la prueba indirecta será la más usual [...]”.

manifiestamente la importancia de la prueba indiciaria en este tipo de procesos³⁵⁰.

De esa cuenta, entre otras muchas, en la STS 3613/1997, de 23 de mayo, después de hacer relación de los requisitos formales y materiales exigidos para reconocer validez a la prueba indiciaria a efecto de destruir la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, se mencionan los indicios que conducen al tribunal a tener por acreditados los referidos elementos del tipo, en tanto los capitales objeto de blanqueo provengan, específicamente, del tráfico de estupefacientes.

En concreto, el TS, en la sentencia citada, identifica como indicios determinantes los siguientes: a) el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y c) la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas³⁵¹.

Asimismo, dada la tipificación del delito de blanqueo de capitales, cuyo objeto material puede no provenir del narcotráfico, los indicios en mención han sido igualmente empleados para la constatación de los elementos especificados aun cuando los capitales blanqueados no tengan su origen en esa concreta actividad delictiva. Conforme a ello, se han identificado otros datos objetivos que pueden ser de utilidad para tales efectos, entre los que resalta la existencia de “sociedades pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas cuya licitud haya sido acreditada³⁵².

³⁵⁰ ZARAGOZA AGUADO, Javier: “Análisis sustantivo del delito (II)...”, *cit.*, pág. 298.

³⁵¹ Dicho criterio ha sido reiterado, entre otras, en las SSTS 2434/1998, de 15 de abril; 8509/1999, de 28 de diciembre; 16/2000, de 10 de enero; 1379/2003, de 28 de febrero; 131/2005, de 19 de enero; 1280/2006, de 2 de marzo; 3932/2007, de 4 de junio; 1692/2008, de 8 de abril; 7277/2008, de 16 de diciembre; 962/2009, de 26 de febrero; 8300/2009, de 28 de diciembre; 4707/2010, de 17 de septiembre; 6025/2010, de 11 de noviembre, y 1645/2011, de 10 de marzo.

³⁵² En tal sentido, las SSTS 590/2008, de 25 de enero; 4188/2009, de 22 de mayo, 551/2010, de 28 de enero, entre otras.

En consecuencia, distintos pronunciamientos judiciales han hecho aplicación de estos criterios, dando como resultado que, en observancia del derecho a la presunción de inocencia, se haya logrado concluir en la comprobación de los elementos, objetivo y subjetivo, del tipo penal y, con ello, de la comisión del delito de blanqueo de capitales.

Por ejemplo, en la STS 3202/2006, de 22 de mayo, se señala:

“En el caso presente, los hechos básicos o indicios usados en la sentencia recurrida para condenar fueron los siguientes (los habituales en esta clase de hechos delictivos): 1º. El incremento inusual del patrimonio del acusado puesto de manifiesto por la adquisición de las dos embarcaciones mencionadas [...]. 2º. La inexistencia de ocupación laboral, negocios u otras actividades por parte del acusado, que pudieran justificar los ingresos que se necesitan para realizar tales adquisiciones. 3º. Vínculo o conexión del acusado con actividades de tráfico de estupefacientes. 4. Aquí han quedado acreditados estos tres hechos básicos: A) El primero, por las propias manifestaciones del acusado que así lo ha reconocido. B) El segundo, por los documentos aportados por la Agencia Tributaria y por el Instituto de Empleo (INEM) que obran a los folios 40 a 45. C) El tercero, por los siguientes datos: 1º. La embarcación llamada Mondongo, una de las dos adquiridas a nombre del acusado, fue intervenida en Estepona (Málaga) el día 2 de abril de 2001 con 1.400 kg. de hachís a bordo. 2º. Tres personas que patronearon la referida Mondongo también patronearon otras embarcaciones que tuvieron asimismo implicación en hechos relativos al transporte de hachís, tal y como lo indica la sentencia recurrida en su página 6. [...] En cuanto al segundo elemento propio de la prueba de indicios, la conexión lógica entre los hechos básicos y el hecho consecuencia, partimos de que los dos primeros hechos básicos (el incremento inusual del patrimonio y la inexistencia de actividades justificadoras de ese incremento) tienen una fuerte significación en pro de la procedencia ilícita de los bienes. La presencia de tales dos indicios nos deja sólo por precisar la clase de ilicitud, para lo cual nos sirve la concurrencia de este otro, el 3º: la mencionada conexión con el mundo de la droga, que nos permite excluir las otras alternativas que nos propone el recurrente en sus escritos de formulación y de réplica a la impugnación del Ministerio Fiscal, el contrabando o el transporte de inmigrantes.”

Respecto de esta sentencia, se resalta que la prueba acerca de la inexistencia de actividades o negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial se obtiene mediante informes de instituciones cuya función se relaciona con los ingresos percibidos por el acusado (administración tributaria y empleo), con lo que, en concordancia con la presunción de inocencia, no se traslada a éste la carga de demostrar el origen no delictivo de aquél³⁵³.

³⁵³ Es, precisamente, la imposibilidad de trasladar al acusado la carga de la prueba, por acarrear contravención al derecho a la presunción de inocencia, lo que determina la inaplicabilidad de la regulación contenida en los artículos 5.7 de la Convención de Viena de 1998: “Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.”, y 12.7 de la Convención de Palermo de 2000: “Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.” No obstante, la reforma introducida al art. 127.1 del CP, mediante la Ley Orgánica 5/2010, introduce una presunción en contra del acusado, en cuanto al origen de los bienes propiedad de éste, para los efectos de declarar el decomiso; así, señala dicha norma lo siguiente: “[...] El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes

Asimismo, se cita, de nueva cuenta, la STS 3613/1997, de 23 de mayo, en la que se considera:

“Por lo que se refiere al primero de los elementos indiciarios que es necesario constatar en estos supuestos de blanqueo de capitales (incremento inusitado de patrimonio u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas) consta acreditado, como resalta el Ministerio Fiscal, que el ahora recurrente, abrió el 5 de enero de 1.993 la cuenta bancaria [...] en la que ingresó, hasta el 28 de enero de 1.993, en que fue cancelada, 46 millones de pesetas, en ingresos fraccionados, en metálico, adquiriéndose cheques bancarios cifrados en liras italianas y dólares americanos, para pagos de importaciones que nunca se efectuaron. Consta acreditado también, que la anterior cuenta fue cancelada el 28 de enero de 1.993, traspasándose el saldo existente de 30.865.615, a la cuenta [...], habiéndose llegado a alcanzar un saldo, en ella, de 275.951.855 pts. [...]. Consta, asimismo, acreditado que el dinero que ambos coacusados ingresaban en las anteriormente referidas cuentas, lo transportaba en maletas el acusado [...] al domicilio de su hermano [...]. Tanto por la importancia de las cantidades, como por la dinámica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operaciones absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo. Por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones. Y, por último, en lo que se refiere a la existencia de relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes, el propio recurrente ha declarado que realizó todas las referidas operaciones dinerarias por encargo de su hermano coacusado [...], cuya vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes aparece plenamente acreditada en la sentencia.”

Por último, se hace relación de la STS 962/2009, de 26 de febrero, en la cual, haciendo aplicación de los criterios expuestos, se indica:

“En el caso presente la sentencia impugnada, Fundamento de Derecho tercero, recoge los elementos indiciarios fundados en hechos objetivos probados: la carencia absoluta de justificación sobre el origen o procedencia de la notable cantidad de dinero –casi 14.000.000 ptas– que fueron halladas en su poder, estando el acusado en situación de ruina y sin trabajo, que evidencia un aumento del patrimonio absolutamente desproporcionado [...]. Y con respecto a la existencia de un vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes y con personas o grupos relacionados con las mismas, la Sala destaca la propia implicación del recurrente en otros procedimientos por tráfico de drogas, habiendo sido incluso condenado por un delito contra la salud pública por un Tribunal Francés y su estrecha relación con una persona condenada con anterioridad, 21.1.94, y posterioridad, 27.2.2004, por el mismo tipo de delito y con informes policiales (folio 280) en el que se reseña que formaba parte de una organización que fue desarticulada, tras ser frustrada una importante transacción de cocaína.”

Como corolario, la prueba indiciaria ha resultado especialmente útil para el enjuiciamiento de determinados delitos, entre los que destaca el blanqueo de capitales, debiendo siempre observarse con rigor los distintos requisitos necesarios para su validez, cuya concurrencia hace viable la emisión de un

de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.”

fallo de condena que declare legítimamente enervada la presunción de inocencia que la Constitución garantiza.

CAPÍTULO III

CONTROL DE LA PRUEBA INDICIARIA Y TUTELA DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

De poco serviría el reconocimiento de un derecho fundamental si no existieran mecanismos para garantizar su eficacia; de igual forma, se vislumbraría infructuosa una construcción jurisprudencial que ha logrado identificar exigencias concretas de ineludible cumplimiento para la formación de la convicción judicial con apoyo en prueba indiciaria si, a la postre, no se contemplaran vías específicas para controlar la validez de ésta, es decir, para fiscalizar el cumplimiento de aquellas exigencias, con la consecuente imposibilidad de verificar si en el caso concreto se ha observado o no el derecho a la presunción de inocencia.

1) Presunción de inocencia y tutela jurisdiccional

A lo largo de la investigación se ha reiterado que la presunción de inocencia del acusado sólo puede ser desvirtuada mediante una actividad probatoria constitucionalmente válida, practicada sin vulnerar derechos fundamentales y, esencialmente, en el juicio oral, que pueda considerarse de cargo y con apoyo en la cual el tribunal, llevando a cabo un juicio racional, logre convencerse, sin margen de duda, de la existencia del delito y la participación del inculpado en su realización.

Así las cosas, la garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia en el plano jurisdiccional determina la necesidad de verificar si en el proceso respectivo se han practicado verdaderos actos de prueba, válidamente obtenidos y de evidente signo incriminatorio, como presupuestos esenciales para la emisión de una sentencia condenatoria.

En otras palabras, es esa función de verificación o control, ejercida por la jurisdicción ordinaria y, eventualmente, por la constitucional, el instrumento

necesario para asegurar que el derecho fundamental ha sido observado por el juez o tribunal que ha dictado sentencia declarando la culpabilidad del acusado e imponiéndole la pena respectiva¹.

En tal virtud, si a partir de esa verificación se concluye que la presunción de inocencia del inculpado no ha sido genuinamente enervada (en orden a las exigencias enunciadas en el capítulo anterior), devendrá imperativo restablecer al agraviado en el goce de su derecho.

En iguales términos, en lo que al objeto de estudio concierne, la aptitud reconocida a la prueba indiciaria para formar el convencimiento del juzgador en un proceso penal, determina también la posibilidad de someter a control los elementos con apoyo en los cuales el juzgador ha pronunciado su fallo (inferencias operadas a partir de indicios debidamente constatados); así, en estos casos, la garantía de la presunción de inocencia se centra en verificar el cumplimiento de los requisitos inexcusables para reconocer validez enervante de esa verdad interina a aquella concreta actividad intelectual desarrollada por el juzgador².

Pues bien, la especial configuración del proceso penal, en el que rigen las exigencias del principio acusatorio (inmediación, oralidad y contradicción, entre otras), denota importantes cuestiones que deben observarse para hacer efectivo el control respecto de la actividad probatoria y, por ende, de la prueba

¹ STC 56/1982, de 26 de julio: “La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia no implica simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2 de la Constitución) y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.”

² En virtud de la materia de investigación, el trabajo elaborado se centra en el control de la prueba indiciaria en cuanto determine el fundamento de una sentencia condenatoria, la cual, dada la configuración del proceso penal, sólo es factible si ha logrado destruirse, en forma válida, la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente al acusado. Ahora bien, aunque excede del objeto principal de estudio, cabe referir que las partes acusadoras también están en posibilidades de impugnar los fundamentos de un fallo absolutorio, aunque en este caso, por su propia naturaleza, no será la presunción de inocencia el derecho cuya protección se reclama, sino el relativo a la tutela judicial efectiva, en caso de que dicho derecho haya resultado vulnerado ante un “error determinante de la decisión adoptada”, así se señala en la STC 141/2006, de 8 de mayo, en la que, además, se agrega lo siguiente: “Si el acusador impugna el razonamiento judicial que ha conducido a la constatación de tales hechos [que fundamentan la absolución], la perspectiva constitucional que puede ampararle es la del derecho a la tutela judicial efectiva, y lo hará si tal razonamiento resulta arbitrario o manifiestamente irrazonable o, significativamente en este ámbito de lo fáctico, si incurre en un error patente.” Tales cuestiones serán abordadas oportunamente.

indiciaria. En efecto, en aras de asegurar el cumplimiento de dichas exigencias, la jurisprudencia ha perfilado límites concretos que el órgano encargado de aquel control no puede soslayar.

Más aun, en el caso de la jurisdicción constitucional, la naturaleza de su función impide que pueda inmiscuirse en tareas que incumben, con exclusividad, a los órganos del Poder Judicial³.

Por el ámbito de la investigación, interesa analizar los mecanismos de control de la prueba indiciaria, intentando determinar las vías establecidas para ello, las facultades que en tal sentido corresponden a los órganos competentes y, a la vez, los efectos que podría conllevar el acogimiento de alegaciones por vulneración del derecho a la presunción de inocencia mediante la utilización de aquélla, entre otras cuestiones de singular importancia en esta materia.

Resta sólo acotar que si bien el estudio a desarrollar pretende centrarse en el control de la prueba indiciaria, este concepto se encuentra íntimamente ligado, como se evidencia en las líneas que preceden, al control de la actividad probatoria, de la que forma parte. En tal virtud, la dirección a seguir intentará incardinarse hacia el logro de los objetivos trazados, haciendo alusión a ese otro concepto en tanto determine el alcance de dicho fin.

1.1) Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales

La presunción de inocencia es un derecho fundamental, afirmación que ha sido reiterada con insistencia⁴. Así, al hablar de derechos fundamentales, se hace alusión directa de un conjunto de facultades y libertades inherentes al concepto de dignidad humana, que el Estado está compelido a respetar y

³ A ese respecto, en la STC 80/1986, de 17 de junio, se considera: “[...] las pruebas en el proceso penal están sometidas a la libre apreciación del Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo el resultado de esta apreciación irrevisable en la vía constitucional de amparo al ser obtenido en ejercicio de una facultad perteneciente a la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 de la Constitución atribuye en exclusiva a los Jueces y Tribunales.”

⁴ En el capítulo anterior (nota a pie de página número 37) se hizo relación, citando a DIEZ-PICAZO, de las concepciones, tanto formal como material, que intentan explicar la naturaleza de los derechos fundamentales –aunque no es cuestión a discutir en este trabajo–, concluyendo que de ambas participa, indiscutiblemente, la presunción de inocencia.

garantizar⁵, y que en caso de inobservancia, su titular puede exigir su efectiva protección, para lo cual, el orden jurídico, desde la Constitución, establece mecanismos concretos e instituye órganos a los que, dotándoles de específicas facultades para ello, encomienda su tutela⁶.

PECES-BARBA define los derechos fundamentales, desde un punto de vista subjetivo, como “aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades que el Ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”⁷.

Interesa destacar con la definición anterior, además del papel esencial que tienen los derechos fundamentales en la vida del ser humano, y la concreta obligación de respetarlos que compete al Estado e, incluso, a los particulares, la posibilidad de pretender su protección ante situaciones de contravención, es decir, la garantía de su plena observancia⁸.

En efecto, una de las características particulares de los derechos fundamentales consiste, precisamente, en la existencia de medios destinados a

⁵ Al concebir los derechos fundamentales como inherentes a la dignidad de la persona humana, se reconoce el carácter instrumental del Estado, cuyo fin no es otro que la protección de esos derechos y la promoción de un bienestar generalizado.

⁶ La constitucionalización de los derechos fundamentales, afirma PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 111, si bien no es requisito de su existencia jurídica, sí es requisito de su existencia como obligaciones estatales.

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 42. Señala el autor que desde un punto de vista objetivo, los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman parte de la norma básica material y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada que legitima al Estado Social y Democrático de Derecho.

⁸ Al respecto, indica BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 64, que el problema cada vez más urgente de los derechos no es el de su fundamento, sino el de su garantía.

hacer efectiva su garantía⁹. En tal sentido se expresa el profesor PECES-BARBA, quien sostiene que un derecho puede considerarse como fundamental dentro del ordenamiento sólo si se muestra resistente frente a otros poderes, concepto que adquiere sentido desde los diversos mecanismos de protección de los derechos¹⁰.

Al hablar de las garantías de los derechos fundamentales, es decir, de los instrumentos establecidos para su protección, se entienden inmersas distintas categorías. Así, entre otras clasificaciones que brinda la doctrina, cabe referirse, con PÉREZ LUÑO, a tres concretas: a) las garantías normativas; b) las garantías jurisdiccionales; y c) las garantías institucionales; siendo las segundas las que más interesan para este trabajo.

Las garantías normativas, en primer lugar, aluden a las disposiciones de la Constitución dirigidas a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitando su modificación y velando por la integridad de su sentido y función¹¹. Es así como dentro de esta categoría encuentran cabida, entre otros, el principio de rigidez constitucional que asegura la inalterabilidad del catálogo de derechos y libertades, estableciendo, según sea el caso, un procedimiento agravado de reforma de los preceptos que reconocen aquéllos, así como el principio de reserva de ley que garantiza que el estatuto de libertades es materia exclusiva del legislador, sustraída de la injerencia del gobierno¹².

Por su parte, las garantías institucionales se refieren, especialmente, al control que ejerce el Parlamento con relación a la actividad gubernamental,

⁹ Refiere MARTÍN SANTOS, María del Pilar: "La Constitución de 1978...", *cit.*, pág. 72, que "la importancia del reconocimiento de un derecho va pareja con la importancia que tienen los mecanismos de tutela y defensa que hagan posible su reposición".

¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 501.

¹¹ Sobre el valor normativo de la Constitución, se considera en la STC 9/1981, de 31 de marzo: "La Constitución es una norma –como se ha señalado–, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico."

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 66-79.

función que incide en la salvaguardia del sistema de derechos y libertades, y a la institución del *Ombudsman*¹³, en su papel de comisionado del Congreso para la defensa de los derechos fundamentales¹⁴.

Por último, las garantías jurisdiccionales aluden a los instrumentos de protección de los derechos fundamentales que pueden instarse ante los tribunales de justicia¹⁵. Estas garantías procesales, a decir de PÉREZ LUÑO, ocupan un lugar destacado, evidenciando la relevante función que corresponde a los órganos de la jurisdicción en la salvaguardia de las libertades¹⁶.

Las garantías jurisdiccionales revisten un elemento de primer orden en la configuración de los derechos fundamentales, denotando el papel de garantes de su respeto que corresponde a los tribunales de justicia en un sistema democrático.

A ese respecto, PRIETO SANCHÍS identifica como condición de la verdadera existencia de un derecho fundamental, que el ordenamiento reconozca a su titular la posibilidad de exigir a los órganos de la jurisdicción “la satisfacción de

¹³ El *Ombudsman*, de origen sueco, reviste una figura protectora de los derechos de los ciudadanos en su relación con los poderes públicos que aspira a proteger la dignidad de la persona en el más amplio sentido de la palabra; en el desempeño de su función, se ocupa de las denuncias presentadas por los ciudadanos por violaciones a sus derechos, pudiendo investigar, criticar y hacer públicas las acciones de la administración, aunque carece de facultades para revocarlas. CORCHETE MARTÍN, María José: *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, págs. 16 y 17. La institución es conocida de distintas formas en el ámbito internacional: *Ombudsman* en países como Suecia, Finlandia, Dinamarca o Noruega; Defensor del Pueblo en España, Colombia, Argentina o Perú, y Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, entre otras denominaciones; sobre la situación de la institución en España y América Latina puede consultarse: ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.): *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, cit., págs. 93-104.

¹⁵ Como destaca PERIS GÓMEZ, Manuel: *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, pág. 169, la última instancia jurídica de la validez y eficacia de un derecho se concreta siempre ante la institución judicial, pues el último reducto del ciudadano es acudir ante un juez en demanda de justicia. Por su parte, resalta ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre la garantía judicial de los derechos”, en: *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 68, un asunto de suma importancia en esta materia: la independencia judicial, haciendo notar que para que el juez se erija en garante de los derechos es imprescindible que él mismo se encuentre lo suficientemente garantizado en su independencia.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, cit., págs. 79 y 80. Según CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en: ARAGÓN REYES, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001, pág. 226, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales es aquella encomendada a los jueces y tribunales por medio de la función que de manera exclusiva les ha sido atribuida.

la obligación incumplida”, es decir, una “reacción jurídica adecuada” ante su violación¹⁷.

De esa cuenta, la garantía jurisdiccional constituye la “piedra angular”¹⁸ de la protección de los derechos fundamentales, o sea, su “garantía natural”¹⁹.

Esta garantía se encuentra a cargo, en primer lugar, de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que son los órganos del Poder Judicial, haciéndola efectiva mediante la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, entre los que se encuentran, claro está, los derechos fundamentales²⁰.

Así, la posibilidad de reclamar la garantía jurisdiccional reviste, a la vez, un derecho fundamental propiamente dicho²¹: el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a toda persona para exigir, ante los tribunales de justicia, la protección de sus derechos, libertades e intereses²².

A ello alude expresamente CRUZ VILLALÓN, quien de manera explicativa afirma que “la garantía judicial de los derechos fundamentales es ella misma

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis: “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2 (1983), págs. 369 y 370.

¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pág. 513. Añade el autor que sólo cuando el derecho fundamental puede ser alegado ante un tribunal de justicia, es posible hablar realmente y en un sentido integral de protección. Asimismo, acota CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El juez como garante de los derechos fundamentales”, en: HERNANDO SANTIAGO, Francisco José, et al.: *Constitución y Poder Judicial: XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 38, que “donde no hay remedio judicial, donde no hay acción, no hay derecho. No hay derecho, en otras palabras, que no sea el derecho judicialmente garantizado.”

¹⁹ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2005, pág. 566. Para el autor, esa es la razón por la cual el artículo 53.2 de la CE no menciona expresamente la garantía jurisdiccional de los derechos, dándola por supuesta.

²⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 43.

²¹ Apunta TORRES DEL MORAL, Antonio: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (con Vicente GIMENO SENDRA, et al.), cit., pág. 596, que la Constitución ha elevado las garantías jurisdiccionales a la categoría de derechos públicos subjetivos, pues existe una compleja cadena en la que los derechos y libertades están dotados de unas garantías, entre las que se ubican las jurisdiccionales, las que han sido proclamadas como derechos, estando tuteladas por otras garantías.

²² Es, en palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 33, “el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”; asimismo, según el concepto de FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 51, es el derecho que se reconoce a toda persona para que, ante una violación, pueda acudir a un órgano estatal que le atienda y que haga efectivos sus derechos, en el caso de que lo juzgue procedente.

expresión de un derecho fundamental, del derecho genérico a la tutela judicial efectiva”²³.

La CE reconoce expresamente este derecho en su artículo 24.1, en el que dispone: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”²⁴.

Ahora bien, a la tutela judicial mediante los procedimientos ordinarios, las normas constitucionales adicionaron una tutela judicial específica, perfilada en un procedimiento sumario y preferente de garantía de los derechos fundamentales, los que por sus especiales características demandan una singular rapidez en su protección²⁵.

Por último, ante la eventual ineficacia de la jurisdicción ordinaria, también se previó la tutela ante la jurisdicción constitucional por medio del amparo, como vía subsidiaria de protección de los derechos fundamentales²⁶.

²³ CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El juez como garante...”, *cit.*, pág. 37.

²⁴ El TC se ha referido en múltiples oportunidades al precepto constitucional. Entre otras muchas, cabe citar la STC 13/1981, de 22 de abril, en la que se expuso: “El art. 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas –todas las personas– tienen derecho a ‘obtener una tutela efectiva’ de dichos Tribunales ‘sin que’, como se dice textualmente en el referido artículo, ‘en ningún caso, pueda producirse indefensión’.”; asimismo, se considera en la STC 22/1982, de 12 de mayo: “El art. 24 de la Constitución, según pone de manifiesto su propio tenor literal, consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado, que el precepto referido llama tutela efectiva de Jueces y Magistrados, pero que, en definitiva, se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses se abra y sustancie un proceso y un proceso en el que se cumpla y observen las garantías que el propio precepto enumeró.” Señala al respecto PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: *Introducción al Derecho procesal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, pág. 280, que el art. 24.1 de la CE “se ha convertido en el punto de referencia esencial en la construcción, tanto doctrinal como jurisprudencial, del derecho a la jurisdicción.”

²⁵ GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial...*, *cit.*, págs. 43 y 44. Refiere el autor que el primer mecanismo concreto de protección de los derechos fundamentales consiste en acudir “ante los Jueces y Tribunales ordinarios en virtud de las acciones ordinarias y de acuerdo, también, con los procedimientos ordinarios”; sin embargo, esta tutela, que debería bastar, presenta el grave inconveniente de la tardanza y las complicaciones asociadas a dichos procedimientos.

²⁶ Asimismo, aunado a la protección de los derechos en el orden interno, el art. 96.1 de la CE posibilita que la tutela de éstos sea reclamada ante los órganos establecidos en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado sea parte, entre los que resalta el TEDH, instituido en la CEDH con el fin de asegurar el respeto de los compromisos adquiridos por las partes contratantes (art. 19). SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: “La protección de los derechos”, en: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 85 y 86.

1.2) Tutela jurisdiccional del derecho a la presunción de inocencia

Como se aprecia, la CE contempló un sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales articulado en forma compleja, pues, además del papel de garantes que por naturaleza corresponde a los jueces, coexisten el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y la vía subsidiaria del amparo ante el Tribunal Constitucional. Se trata de una “verdadera protección privilegiada”²⁷ de determinados derechos²⁸.

En efecto, dispone el artículo 53.2 de la CE lo siguiente:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

De esta manera, el derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 de la CE (sección primera del Capítulo II), está garantizado, en primer lugar, por la acción de los órganos del Poder Judicial y, en el caso de que la tutela del derecho no sea satisfecha por éstos, puede el agraviado instar la respectiva protección, mediante amparo, ante la jurisdicción constitucional²⁹.

Con las notas anteriores se ha pretendido resaltar que por su condición de derecho fundamental, la presunción de inocencia, conforme a las normas constitucionales, encuentra mecanismos concretos de protección³⁰, siendo los tribunales ordinarios los primeros llamados a tutelarla. Así se hace ver en la STC 56/1982, de 26 de julio, en la que se considera:

²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios...*, cit., pág. 220.

²⁸ Como explica JIMÉNEZ CONDE, Fernando: “Nociones básicas”, en: JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.): *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, DM, Murcia, 2002, págs. 15, en el caso español no todos los derechos que contempla la Constitución merecen la consideración de fundamentales a efecto de merecer el tratamiento de protección reforzada, sino que únicamente los consagrados en los artículos del 14 al 29 y 30.2 de la ley fundamental, de acuerdo a lo establecido en el artículo 53.2 del mismo texto.

²⁹ Artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.”

³⁰ Señala al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba...*, cit., pág. 233, que la protección y el control de la aplicación de la presunción de inocencia por los tribunales es una exigencia fundamental en todo sistema democrático.

“Como derecho fundamental, el de ser presumido inocente mientras la culpabilidad no sea probada es de los encomendados al amparo de este Tribunal, como ya han declarado reiteradas Sentencias y muy en especial la de 28 de julio de 1981, dictada en el recurso de amparo 113/81 (‘Boletín Oficial del Estado’ del 13 de agosto). La vulneración de este derecho, como la de cualquier otro de los que consagra la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, sólo puede ser denunciada ante este Tribunal, sin embargo, cuando se han agotado infructuosamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1, a, de la LOTC) pues la protección de los derechos corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio, sólo pueden otorgarla cuando se busca a través de instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas.”

Como bien se indica en dicha decisión, sólo si la tutela ante los órganos de la jurisdicción ordinaria ha resultado infructuosa es dable reclamar su protección ante el Tribunal Constitucional, el que despliega su acción al instarse la demanda de amparo, cuestión que, desde antes, ponía de manifiesto la STC 31/1981, de 28 de julio (varias veces citada), en la que se destacan los límites a que está sometida la jurisdicción constitucional en esta materia:

“[...] la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter *iuris tantum* ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso.”

Con todo, la garantía de este derecho ante la jurisdicción ordinaria tiene una particularidad, al igual que acontece con otros derechos que despliegan su efectividad en el ámbito del proceso, y es que su protección queda a cargo de los propios órganos que conocen de la causa penal en la que pudo haberse ocasionado su vulneración³¹.

Para ello, quien se considere agraviado deberá hacer uso de los respectivos medios de impugnación establecidos por las normas procesales, a efecto de que sean los tribunales competentes para conocer de éstos los que provean la

³¹ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 41. Asimismo, apunta MESTRE DELGADO, Esteban: “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3 (septiembre-diciembre 1985), pág. 729, que la garantía jurisdiccional del derecho a la presunción de inocencia radica en el juez ordinario, y su control se realiza en el proceso judicial. Por su parte, BELDA, Enrique: “Sobre el derecho a la presunción de inocencia...”, cit., págs. 2726 y 2727, refiriéndose al procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 de la CE, señala que por la naturaleza del derecho, no es viable que se inste un proceso de protección independiente del propio proceso penal, pues al producirse la vulneración en el contexto de éste último, la apertura de un proceso paralelo queda sin sentido.

protección requerida³²; la anterior situación se evidencia de mejor forma en el caso de sentencias condenatorias, ante las cuales es preciso reclamar la protección del derecho al promover el recurso pertinente³³.

Por su parte, el tribunal competente para resolver la impugnación, como se ha adelantado, se verá compelido a determinar la base sobre la cual se ha emitido el fallo de condena, verificando si ha existido una actividad probatoria válida en términos constitucionales, incluyendo el control sobre el cumplimiento de las exigencias de la prueba indiciaria, función que cada órgano desarrollará en concordancia con la naturaleza de la impugnación promovida y el ámbito de su propia competencia³⁴.

Por último, se recalca que ante la ineficacia del recurso instado en la jurisdicción ordinaria para la protección del derecho, puede el agraviado promover amparo ante la jurisdicción constitucional³⁵.

En tal virtud, resulta imprescindible ahondar en las vías específicas de control de la prueba indiciaria, tanto en la jurisdicción ordinaria, como en la constitucional, teniendo presente las distintas exigencias que la propia jurisprudencia, conforme a una ardua tarea de interpretación de la Constitución y las normas procesales, ha configurado para reconocer en aquélla eficacia

³² Indica PRIORI POSADA, Giovanni F.: "El proceso en el Estado constitucional", en: TARUFFO, Michele, *et al.*: *Constitución y proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho procesal llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de septiembre de 2009*, Ara Editores, Lima, 2009, pág. 350, que al ser el proceso el instrumento por el cual se ejerce la potestad jurisdiccional, se debe asegurar que, por su medio, la jurisdicción cumpla su cometido constitucional, lo que determina que el principio central que ha de regir al proceso es, precisamente, el de la tutela judicial efectiva.

³³ Por el ámbito de la investigación, no se abordan las vulneraciones que puedan ocasionarse al derecho a la presunción de inocencia en su contenido como regla de tratamiento del procesado.

³⁴ STS 7914/1989, de 30 de junio: "Alegada ahora la presunción de inocencia, conviene recordar que esta es una presunción *iuris tantum*, que puede considerarse desvirtuada por prueba en contrario. No convierte la casación en apelación, ni permite suplantar la convicción del Tribunal por la versión fáctica del recurrente. Esta Sala no tiene por qué hacer una nueva valoración de la prueba, sino solamente constatar si ha habido en la causa actividad probatoria suficiente de cargo [...]."

³⁵ También la jurisdicción constitucional tiene facultades para verificar el fundamento probatorio de la sentencia; a ese respecto, se considera en la STC 22/1988, de 18 de febrero, lo siguiente: "[...] el problema queda reducido exclusivamente a determinar si se ha vulnerado o no el principio de la presunción de inocencia o, dicho de otro modo, si se ha practicado con las garantías procesales determinadas legalmente, la mínima actividad probatoria de cargo que permita desvirtuar la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, ha sido consagrada por el art. 24.2 de la Constitución."

enervante de la verdad interina que afirma la inocencia del inculpado en tanto no se demuestre lo contrario.

2) Control de la prueba indiciaria por la jurisdicción ordinaria

Como ha sido indicado, la tutela del derecho a la presunción de inocencia mediante el control de la prueba indiciaria o, mejor dicho, mediante la fiscalización de su utilización para fundar una sentencia condenatoria, compete en primer término a los órganos del Poder Judicial que conocen y resuelven los recursos previstos en el ordenamiento procesal para impugnar una decisión en tal sentido.

De esa cuenta, deviene oportuno dedicar unas cuantas líneas para abordar, aunque someramente, el estudio del derecho al recurso y, con ello, la discusión acerca de la exigencia o no de la doble instancia en el proceso penal, lo que determinará el alcance de la función que corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en este campo.

2.1) Derecho al recurso en el proceso penal

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva abarca, además de los derechos de acceso a los tribunales³⁶, a obtener una resolución fundada en Derecho³⁷ y a la efectividad de las resoluciones judiciales³⁸, el de promover los recursos que la ley prevé.

³⁶ STC 54/1997, de 17 de marzo: “[...] el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar una actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión del Juez y esta posibilidad de dirigirse a uno de ellos en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la Ley Suprema.”

³⁷ STC 101/1997, de 20 de mayo: “Este precepto supone, como regla general, que cualquier persona que acuda ante los órganos judiciales debe obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho respecto a las pretensiones planteadas ante los mismos. No obstante, este derecho no es absoluto ni condicionado, sino que debe someterse al cumplimiento de los requisitos procesales que legalmente se impongan. Ello supone que la tutela judicial efectiva se ve también satisfecha cuando la respuesta obtenida consiste en la negativa a entrar en la cuestión de fondo planteada, siempre que esta negativa se encuentre justificada de manera motivada y razonable en la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para acceder a las distintas acciones y recursos previstos por el ordenamiento procesal [...]”

En efecto, el derecho al recurso, a pesar de no estar expresamente reconocido en el artículo 24 de la CE, debe considerarse incluido en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva, revistiendo, como acertadamente afirma VARELA GÓMEZ, “uno de esos instrumentos para la defensa de los propios derechos e intereses legítimos”³⁹.

A ese respecto, se indica en la STC 110/1985, de 8 de octubre, lo siguiente:

“El derecho al recurso procesal legalmente establecido supone, dentro de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., el derecho a la formulación y admisión ante nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el Tribunal *a quo*, con mayor o menor amplitud de conocimiento, pues tal norma contiene un mandato positivo a su reconocimiento [...]”

Así las cosas, en el supuesto de que el legislador regule un determinado recurso, la facultad de promoverlo se entenderá comprendida en aquel derecho fundamental, impidiendo que se hagan valer limitaciones arbitrarias al respecto⁴⁰ y haciendo recaer en el tribunal competente el deber de emitir una resolución sobre el fondo del asunto, salvo que determinadas circunstancias legalmente previstas hagan inviable una decisión de esa índole, como el incumplimiento de los presupuestos o requisitos contemplados para ello. A tal cuestión se refiere la STC 37/1995, de 7 de febrero, en la que se considera:

“[...] una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial, tal y como se regula en ellas y por tanto puede resultar menoscabada si se impide el acceso a las instancias supraordenadas arbitrariamente o con fundamento en un error material (SSTC 55/1993 y 28/1994). Tal respuesta, por otra parte, ha de recaer en principio sobre el aspecto sustantivo de la controversia, lo que en el lenguaje forense suele llamarse el fondo de la cuestión, aun cuando también pueda consistir, según los casos, en una resolución sobre los aspectos extrínsecos o formales de la pretensión, como su admisibilidad o la extinción del proceso, que impida llegar a ese fondo. Ahora

³⁸ STC 119/1988, de 20 de junio: “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiendo configurado la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1 de la Constitución. El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho [...]”

³⁹ VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: “El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *Justicia*, nº 1 (1991), pág. 38. Asimismo, señala LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho: organización judicial y principios rectores del proceso*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 1563, que en conjunción con el término “recurso” surge la idea de llevar a cabo una crítica técnica del enjuiciamiento realizado en la instancia procesal *a quo*, poniendo en duda la autoridad de la cosa juzgada recogida en la resolución que pone término a dicha instancia; en tal sentido, en la medida en que el recurso puede neutralizar esa autoridad, constituye una “garantía del acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) mediante un Tribunal distinto”.

⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 80-83.

bien, 'esto sólo puede ocurrir cuando la inadmisión se funde en razones establecidas por el legislador, que deba al mismo tiempo considerarse como proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales pretenden atender' (STC 43/1985)."

A partir de lo anterior, cabe acotar que el derecho al recurso es de configuración legal, en tanto que son las normas ordinarias las que determinan los medios de impugnación que pueden plantearse en los distintos procesos y ante cada decisión judicial, así como los requisitos específicos que habrán de cumplirse para acceder a éstos⁴¹; con todo, su connotación de derecho fundamental –garantizado por los mecanismos de protección del derecho a la tutela judicial efectiva⁴²– determina la necesidad de que los órganos de la jurisdicción interpreten las normas concernientes a los recursos en el sentido más favorable a su efectividad, en especial, en lo que atañe a las formalidades exigidas para su interposición y admisión⁴³.

No obstante, si bien el legislador ordinario tiene la potestad de establecer en cada uno de los procesos, en orden a razones de política legislativa⁴⁴, el régimen de recursos que estime pertinente, esta libertad encuentra un límite en el proceso penal, derivado de los instrumentos internacionales que elevan al rango de derecho humano la posibilidad de someter ante un tribunal superior la sentencia que declare la culpabilidad del acusado y le imponga la pena prevista como consecuencia del ilícito cometido⁴⁵.

⁴¹ STC 58/1987, de 19 de mayo: "[...] el derecho garantizado en el art. 24.1 de la Constitución consiste en obtener de los órganos judiciales competentes, a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones formuladas ante ellos. Pero el derecho a recurrir, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización."

⁴² En tal sentido, anota SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada: "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva", en: *Justicia*, nº 1-2 (2010), pág. 186, que se infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva ante la inadmisión del recurso fundada en una causa inexistente, sin que se indicaran las razones de ello o mediante una interpretación irracional, absurda o rigurosa de la norma procesal, impidiendo con ello un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación promovida.

⁴³ En tal sentido, entre otras, la STC 102/1984, de 12 de noviembre.

⁴⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio: *Los recursos ordinarios en el proceso penal*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs. 121-123.

⁴⁵ En el proceso civil, según apunta ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil, cit.*, págs. 485 y 488, el fundamento de los medios de impugnación no tiene su base en una norma constitucional, de forma que la mera falta de previsión de éstos en la ley no genera inconstitucionalidad; sin embargo, existen razones de política legislativa que justifican su regulación, entre las que puede mencionarse la posibilidad de errores por parte del juzgador en la aplicación de las normas procesales y materiales o en los juicios de

Es éste el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en cuyo artículo 14.5 se dispone: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”⁴⁶

En orden a la exigencia contenida en dicho instrumento internacional en materia de derechos humanos, cuya vinculación al ordenamiento interno está fuera de toda duda⁴⁷, es evidente el reconocimiento del derecho fundamental al recurso en el proceso penal, el que, como se ha afirmado, se encuentra inmerso en el derecho a la tutela judicial efectiva. En ese orden de ideas, se considera en la STC 37/1988, de 3 de marzo:

“[...] el derecho a una tutela judicial comprende no sólo el de acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el art. 14.5 del Pacto citado [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], según el cual ‘toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley’. ‘Este mandato – como dijimos en la STC 42/1982– no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes’, pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art. 24 C.E. se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14. 5 del Pacto (‘...conforme a lo prescrito por la ley’).”

Por ende, como afirma GIMENO SENDRA, en el caso español, la constitucionalización del derecho al recurso en el proceso penal es el resultado de la doctrina sostenida por el TC, el que lo ha entendido implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva y como consecuencia de la suscripción por

hecho, así como el fin de unificación de la jurisprudencia, que es lo que determina el objeto del recurso de casación.

⁴⁶ Asimismo, señala el artículo 2.1 del Protocolo nº 7 al CEDH: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.” Por su parte, en el plano americano, la CADH regula en su artículo 8.2.h) lo siguiente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

⁴⁷ Establece el artículo 10.2 de la CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.”; asimismo, el artículo 96.1 del texto constitucional dispone: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”

el Estado de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁴⁸, como el PIDCP y el Protocolo número 7 al CEDH.

Se trata, entonces, de una verdadera “garantía del proceso penal”⁴⁹, en el sentido que existe un derecho fundamental a impugnar la sentencia condenatoria, pudiendo instar el agraviado el respectivo recurso ante el tribunal superior que corresponda, derecho que se encuentra tutelado por los mecanismos de protección constitucionalmente establecidos para la salvaguardia de la tutela judicial efectiva, de la que forma parte integral.

En cuanto al titular del derecho, de la interpretación literal del artículo 14.5 del PIDCP se entiende que se refiere únicamente al condenado, extrayendo de la facultad de recurrir a las partes acusadores y deviniendo por ello inviable el recurso promovido contra sentencias absolutorias⁵⁰.

Así lo sostuvo el TC en la sentencia 33/1989, de 13 de febrero⁵¹, en la que expuso:

“[...] el derecho reconocido por el art. 14.5 del Pacto de 1966 [...] se atribuye a ‘toda persona declarada culpable de un delito’, sin que exista precepto alguno de rango constitucional o integrado en la Constitución a través del art. 10.2 que reconozca ese derecho a acudir ante un ‘Tribunal superior’ a quienes lejos de ser declarados culpables, sean acusadores, tanto públicos como privados.”⁵²

⁴⁸ GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 151. Asimismo, según expresa CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pág. 186, la vinculación del PIDCP impone el reconocimiento de la existencia, en el ámbito penal, de un derecho fundamental no sólo a los recursos previstos, sino a que la ley los prevea expresamente.

⁴⁹ RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuesta de reforma*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 73.

⁵⁰ Son partidarios de este criterio, entre otros, VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: “El derecho al recurso...”, *cit.*, pág. 53; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 595; VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, *cit.*, pág. 197; BORRAJO INIESTA, Ignacio; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 43; y TODOLÍ GÓMEZ, Arturo: “Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos graves”, en: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* [en línea], nº 19 (enero-junio 2007), http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/na/19-27.pdf [consulta: 20 enero 2010].

⁵¹ Según CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La segunda instancia penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 176, consideraciones como las contenidas en esta sentencia constituyen la excepción, manteniendo el TC, en la mayoría de ocasiones, el reconocimiento del derecho al recurso en igualdad de condiciones para las partes intervinientes en el proceso penal. En igual sentido, MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos en el proceso ante el tribunal del jurado*, Comares, Granada, 1996, pág. 26; y RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos...*, *cit.*, pág. 76.

⁵² Asimismo, los AATC 80/1983, de 23 de febrero, y 353/1988, de 16 de marzo.

Autores como MONTERO AROCA sostienen una postura distinta, pues señalan que al regir en el proceso el principio de igualdad de las partes, es inadmisibles la existencia de impugnaciones privilegiadas⁵³. Conforme a este punto de vista, el derecho al recurso debe reconocerse, por igual, a todas las partes procesales, sin limitarlo a quien resulte condenado o al sentido del fallo que se asuma.

Vale anotar que el TC también ha compartido este último criterio, como lo puso en evidencia, entre otras, en las sentencias 27/1985, de 26 de febrero⁵⁴, y 19/1986, de 7 de febrero, habiendo indicado en ésta última lo siguiente: “El derecho a apelar se reconoce a quienes hayan actuado en el proceso como partes, bajo cualquiera de las denominaciones que se recogen en la Ley procesal [...]”

Ahora bien, ante una posible controversia a este respecto, es menester reiterar que el derecho recogido en el PIDCP asiste únicamente al condenado, según la regulación que expresamente recoge el mencionado artículo 14.5. Tal situación, como sostiene PÉREZ MANZANO, bien puede generar cierta desigualdad procesal, pero ello se justifica en las especiales necesidades de tutela del acusado –de las que no es ajeno el Pacto, como se evidencia de la lectura de su artículo 14, párrafos 2, 3, 6 y 7⁵⁵–, pues un fallo de condena

⁵³ MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos...*, cit., pág. 26. En igual sentido se expresa MORENO CATENA, Víctor (dir.): *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3147.

⁵⁴ Se consideró en la sentencia, refiriéndose al artículo 24 de la CE, que “exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir y, por lo tanto, que, una vez creado un recurso en nuestro ordenamiento –en este caso el recurso de casación–, tal garantía procesal haya de estar a disposición de todas las partes”.

⁵⁵ Artículo 14.3 del PIDCP: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.” Art. 14.6: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a

puede significar lesión a su libertad y “una injerencia ilegítima en sus derechos fundamentales”⁵⁶.

No obstante, la circunstancia anterior no impide que las partes acusadoras en el proceso penal sean también titulares del derecho al recurso, pero no de aquel implícitamente reconocido en el citado instrumento internacional y, por ende, garantizado por el ordenamiento constitucional, sino del que se encuentra integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, una vez que la legislación procesal disponga el recurso procedente y confiera legitimación a aquéllas para su interposición⁵⁷. Es decir que estando prevista por el legislador la posibilidad de que las partes acusadoras promuevan los recursos respectivos contra las decisiones que consideren agraviantes, el derecho a la tutela judicial también les garantiza su ejercicio.

El anterior es el criterio que últimamente ha sostenido la jurisdicción constitucional, como se advierte del contenido de la STC 120/2009, de 18 de mayo, en la que se indica:

“[...] no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador [...]. Sin perjuicio de lo cual también hemos reiterado que una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal [...].”

Otro aspecto del derecho a recurrir en el proceso penal que amerita atención, es el relativo a la situación en que se ubica quien, habiendo sido absuelto en el juicio, resulta condenado en virtud del recurso promovido por la

menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.” Art. 14.7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

⁵⁶ PÉREZ MANZANO, Mercedes: “La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6566 (9 octubre 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

⁵⁷ PÉREZ MANZANO, Mercedes: “La reforma de la Ley...”, *cit.* Añade la autora que el legislador podría no prever recurso para el acusador, sin que ello acarree infracción constitucional alguna.

parte contraria, pues en ciertos supuestos no se establece en el ordenamiento, ulterior impugnación a su favor⁵⁸.

La solución a tal situación, conforme a la doctrina del TC, hace necesaria la aplicación del art. 2.2 del Protocolo nº 7 al CEDH, que regula excepciones específicas en cuanto al derecho a recurrir por quien “haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución”⁵⁹, así se indica en la STC 120/1999, de 28 de junio:

“[...] este Tribunal ha sostenido también que ‘(n)o existe privación del derecho al recurso, aun cuando la condena haya sido pronunciada precisamente por el Tribunal que conocía de la causa en grado de recurso (... dado que), como este Tribunal observó en su STC 51/1985, fundamento jurídico 3., hay determinados supuestos en que la garantía que ofrece el sometimiento del fallo condenatorio a un Tribunal superior puede ser debidamente satisfecha sin necesidad de que exista, como tal, un recurso autónomo’ (ATC 154/1992, fundamento jurídico 2.); conclusión ésta que cabe entender ‘reforzada por lo dispuesto en el art. 2 del protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos [...]: dicho precepto recoge el derecho plasmado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo influjo ha sido decisivo en esta materia (STC 42/1982). Pero el Protocolo no deja de introducir ciertas excepciones; concretamente, en lo que aquí interesa, una de ellas se refiere a los casos en los ‘que el interesado ‘haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución’ [...], pues ‘desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando (...) las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podrá hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo (...)’ [...].”⁶⁰

Como corolario, de acuerdo al criterio de la jurisdicción constitucional española, no existe vulneración del derecho a recurrir al no existir medio alguno de impugnar la sentencia condenatoria emanada del tribunal superior que ha conocido del recurso contra un primer fallo absolutorio⁶¹, conclusión que se

⁵⁸ El condenado en apelación sin posibilidades de promover casación, por ejemplo.

⁵⁹ Señala el art. 2.2 del Protocolo nº 7 al CEDH: “Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.”

⁶⁰ En igual sentido la STC 41/1998, de 24 de febrero, en la que también se indica: “Que el Tribunal de casación pronuncie condena no es, en sí mismo, contrario al art. 24 de la Constitución. Desde la STC 124/1983, fundamento jurídico 1.o, nuestra jurisprudencia mantiene que la discrepancia entre dos órganos judiciales, acerca de si los acusados deben ser absueltos o condenados, debe ser zanjada por el superior, que puede imponer su criterio dentro de los márgenes del proceso (art. 12.2 L.O.P.J.)”

⁶¹ Asimismo, el TC ha declarado que no se viola el derecho a recurrir del aforado que habiendo sido condenado en única instancia por el TS se ve impedido de promover ulteriores recursos, pues “la especial protección y particulares garantías que ello comporta compensan la falta del segundo grado jurisdiccional” (STC 33/1989, de 13 de febrero). En tal sentido, se considera en la STC 51/1985, de 10 de abril: “[...] en el presente caso, sucede que, contra la Sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo, no cabe recurso de casación, por prohibirlo explícitamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y hay que añadir que si en el presente caso ha ocurrido así, ha sido porque el solicitante del amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que sin duda como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia. Además, es de tener en cuenta que,

funda, en primer término, en que tal decisión contraria al acusado ha sido asumida por el órgano superior que, conforme al PIDCP, es el competente para conocer de los recursos que se planteen, incluso por el propio condenado⁶²; aunado a que el Protocolo antes citado introduce excepciones concretas al respecto, específicamente en situaciones como la que se aborda⁶³.

Como cuestión adicional, trascendental en esta materia, cabe agregar que la existencia de los recursos en el proceso y, a la vez, del derecho a acceder a éstos, tiene por objeto evitar el error del juzgador (derivado de su condición humana), más aún, impedir que el error dé cabida a una resolución injusta⁶⁴.

De esa cuenta, el fundamento del recurso en el proceso no es otro que la finalidad última de obtener justicia⁶⁵; en otras palabras, como puntualmente explica GARCÍA PÉREZ, el derecho del justiciable a impugnar las decisiones judiciales se manifiesta “como medio reforzado de sus garantías de defensa al estar encaminado a obtener, en su caso, la corrección de la injusticia o ilegalidad de aquellas resoluciones”⁶⁶.

en supuestos como el que nos ocupa, la necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el ‘órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales’ (art. 123.1 de la Constitución), está impuesta por el art. 71.3 de la Constitución. Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.” Esta concreta situación también encuadra en los casos de excepción del art. 2.2 del Protocolo nº 7 al CEDH.

⁶² CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La segunda instancia penal*, cit., pág. 176.

⁶³ El Protocolo nº 7 al CEDH fue ratificado por España mediante instrumento de 28 de agosto de 2009, publicado en el BOE el 15 de octubre de 2009 y con vigencia, conforme al art. 9 del mismo Protocolo, a partir del 1 de diciembre de ese año.

⁶⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal”, en: *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 328 y 329. A ese respecto, apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: “Teoría general de los recursos en materia penal y la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.): *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 13, que la ilegalidad, perjuicio o injusticia de la resolución judicial es lo que legitima la pretensión de nulidad, rescisión o sustitución de aquélla.

⁶⁵ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: *Derecho al recurso en el proceso penal: nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 124-129; según el autor, el valor Justicia, como finalidad última del recurso, aglutina cualquier otra explicación acerca del fundamento de éste, incluido el objetivo de unificación de la jurisprudencia.

⁶⁶ GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: “Proceso penal y doble instancia”, en: *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 647.

En definitiva, el derecho al recurso se reconoce y garantiza en el proceso a fin de asegurar el cumplimiento del valor superior justicia⁶⁷, imprescindible en un Estado de Derecho y que deviene incompatible con el yerro judicial, máxime si se trata de errores que pueden desembocar en condenas penales equívocas en cuanto a la existencia del delito, su calificación jurídica o la participación del procesado en su comisión, es decir, tanto en el juicio de hecho como en el de derecho.

2.2) Doble instancia en el proceso penal

Asunto de sumo interés ha sido el debate sobre si el derecho al recurso, conforme al contenido del art. 14.5 del PIDCP, se garantiza con la mera previsión legal de aquél, cualquiera que sea, o si, por el contrario, se hace necesario configurar una segunda instancia propiamente dicha⁶⁸, es decir, posibilitando que el tribunal superior lleve a cabo una revisión íntegra de la sentencia impugnada, pudiendo controlar, por completo, la decisión asumida en la instancia anterior⁶⁹.

Al hablar de doble grado o doble instancia, según apunta MONTERO AROCA, se hace alusión a una concreta estructura del proceso en la que se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo, mediante la

⁶⁷ La CE en su artículo 1.1 dispone: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político." Respecto de esta norma, explica PECES-BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 51, que la voluntad del Constituyente fue "señalar los objetivos máximos a realizar por el Derecho".

⁶⁸ Si bien la apelación tiene estrecha relación con la segunda instancia, no es dable confundir ambos conceptos, pues aquella únicamente da cabida a ésta cuando se promueve contra una sentencia o resolución definitiva, en concordancia con la materia que es objeto de estudio.

⁶⁹ El término "instancia", según anota MIGUEL Y ROMERO, Mauro: *Derecho procesal teórico (procedimientos judiciales)*, tomo II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, pág. 390, deriva del latín *instare*, que significa "la acción y efecto de instar"; en tal sentido, el autor señala que en Derecho procesal se denomina "instancia" a "la serie o conjunto de actuaciones practicadas en el proceso, ante cada grado de la jerarquía judicial llamada a conocer del mismo". Más adecuada para los fines de este trabajo se aprecia la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, en tanto se refiere al conocimiento, en distinto grado jurisdiccional, tanto de las cuestiones de hecho como de derecho: "Cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia." Real Academia Española [Madrid]: voz "instancia", *Diccionario de la Lengua Española*, tomo II, *cit.*, pág. 1285.

intervención de dos órganos jurisdiccionales distintos, de forma que el pronunciamiento del segundo prevalece sobre el del primero⁷⁰.

Señala este autor que la apelación, como se encuentra concebida en los órdenes civil y penal en España, no da lugar a una verdadera segunda instancia, pues si bien el tribunal superior realiza un nuevo examen de la cuestión, lo hace sobre el material fáctico y probatorio de que ha dispuesto el tribunal de primera instancia, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o pruebas –salvo determinadas excepciones–; de esa cuenta, las normas procesales establecen una apelación limitada, frente a la apelación plena que permitiría un nuevo juicio⁷¹.

Pues bien, sin dejar de lado lo anterior, el debate se centra en determinar si el citado instrumento internacional alude a la obligación de los Estados de establecer una segunda instancia, admitiendo la apelación (aunque sea limitada) de las decisiones de condena, o si, por el contrario, se cumple aquella normativa al permitir que se recurra el fallo solamente mediante casación, es decir, instaurando un sistema de “única instancia”⁷², en el que la revisión de la resolución se circunscribe a determinados y concretos aspectos que, en

⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos...*, *cit.*, pág. 31.

⁷¹ MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos...*, *cit.*, págs. 32 y 33. Según GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: “Proceso penal...”, *cit.*, págs. 648 y 647, la segunda instancia, en el sentido de un nuevo juicio, implica la admisibilidad de la apelación plena; en tanto que la mera revisión, examen o crítica de lo actuado en primera instancia no merece la denominación de doble o segunda instancia, sino, más bien, de sistema de alzada.

⁷² Según GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal*, tomo II (con Víctor MORENO CATENA, *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 82, un ordenamiento procesal está informado por el principio de única instancia cuando, con independencia de los recursos especiales y extraordinarios, la sentencia no puede impugnarse mediante apelación. Asimismo, MIGUEL Y ROMERO, Mauro; y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos: *Derecho procesal práctico*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1967, pág. 190, señalan que conforme al principio de instancia única no se admite en el proceso un ulterior grado jurisdiccional, de forma que el litigio se resuelve en su totalidad en la “primera y única etapa procedimental”. Cabe agregar que en estos casos, aun procediendo la casación, por la naturaleza del recurso, no existe una segunda instancia propiamente dicha. A decir de MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal: control de la presunción de inocencia*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 28, el juicio oral de única instancia encuentra justificación en la vigencia del principio acusatorio, en la libre valoración de la prueba e, incluso, en la participación popular mediante el Jurado; señala el autor que aunque el Jurado no se instauró en forma definitiva, el sistema en el que se sustentaba sí pervivió. Con todo, es nuevamente GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, *cit.*, pág. 155, quien resalta que el mito jurídico de la única instancia en el proceso penal amerita ser revisado, debiendo tomar en cuenta la aparición de modernos medios que permiten la protocolización del juicio oral y su respectiva reproducción ante el tribunal *ad quem*, así como la evolución que la propia institución del jurado anglosajón ha tenido, posibilitando, incluso, la motivación fáctica de la decisión.

principio, se mantienen ajenos a la apreciación de la prueba y la fijación de los hechos⁷³.

Las conclusiones resultantes de esta discusión devienen útiles⁷⁴, sobretudo en sistemas procesales que, como el español, establecen el recurso de casación como única vía para impugnar la sentencia condenatoria en determinados supuestos⁷⁵.

⁷³ Puede pretenderse en casación la modificación de los hechos mediante la invocación del motivo previsto en el art. 849.2 de la LECr (introducido por reforma de 1933 y adaptado en su versión actual en 1985): “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: [...] 2. Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.” Para VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 186-189, el motivo introduce, de hecho, una regla legal de prueba contraria al principio de libre valoración, pues “no otra cosa cabe deducir de un precepto que considera que el juzgador que se aparta, en el relato fáctico de la sentencia, de lo que resulta del contenido de un documento comete una infracción de ley”, por lo que aboga por su eliminación. En sentido contrario se manifiesta VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal: el modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 109, quien alude a la pertinencia del motivo citado, en tanto, lejos de incorporar una regla legal de prueba, permite el control de la racionalidad del juicio histórico, garantizando la sujeción del tribunal a las reglas del criterio humano. Cuestión distinta es la referida por ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., págs. 66-68, en cuanto a la poca utilidad del motivo, derivado de la interpretación restrictiva que ha llevado a cabo la jurisprudencia, reconduciendo el término “documento” a “prueba documental”, con exclusión, salvo específicas excepciones, de las actuaciones llevadas a cabo en el propio proceso, y exigiendo que el error sea “indubitado y evidente”, elementos que no se incluyen en la norma. Por último, para BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada ‘doble instancia’)”, en: *Actualidad Penal*, tomo 1 (2002), pág. 281, la razón de la poca trascendencia práctica del motivo deviene de la falta de inmediación del Tribunal de Casación con otras pruebas que desmientan el contenido de las constataciones de hecho documentadas.

⁷⁴ Cabe indicar que la misma discusión ha surgido en el plano americano ante el precepto de art. 8.2.h) de la CADH que reconoce el derecho a recurrir el fallo ante tribunal superior. A ese respecto, MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, cit., págs. 513 y 515, resalta que la regla del referido instrumento regional se satisface al prever la ley procesal un recurso contra sentencia, aun limitado en sus motivos, como el de casación; refiere el autor que la CADH no rechaza la única instancia sobre el mérito de la prueba y, por ende, sobre la fijación de los hechos, bastándole que exista un recurso que controle la corrección de la sentencia en sus aspectos formal y material. Por el contrario, para BIDART CAMPOS, citado por CAFFERATA NORES, José I.: “*In dubio pro reo* y recurso de casación contra la sentencia condenatoria”, en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 237, la CADH “enfoca una vía de apelación amplia, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa revocar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente”.

⁷⁵ Ello es así en procesos cuya fase de juicio oral haya sido conocida por un tribunal colegiado (art. 847 de la LECr), casos en los que la propia ley los denomina “de única instancia”, referidos al procedimiento ordinario, por el que se enjuician los delitos más graves, cuya pena sea superior a nueve años de prisión (art. 757). Por su parte, la LECr dispone la apelación contra las sentencias dictadas por juzgados unipersonales en el procedimiento abreviado (790.1), en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (803.1), en el juicio de faltas (976.1) y en el proceso ante el Tribunal del Jurado, aunque en este último caso el recurso debe fundarse en alguno de los motivos expresamente establecidos en la ley (846 bis a y 846 bis c). Para GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, cit., 152, resulta contradictorio que en el ordenamiento procesal penal “el carácter garante del recurso sea inversamente proporcional a la gravedad de la pena”, lo que se muestra diferente en el proceso civil, donde a mayor suma de dinero, se concede mayor posibilidad de promover recursos; se refieren también a esta situación, entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., págs. 518 y 519; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El razonamiento...*, cit., pág. 21, y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 396, quien califica la situación de “insostenible y sarcástica”, pues cuentan con mayores oportunidades de revisión y control los

Conforme a lo expuesto, cierto sector doctrinal sostiene que el PIDCP no persigue que el legislador establezca una verdadera segunda instancia en el proceso penal, sino que, por el contrario, deja en manos de aquél la regulación del recurso que considere conveniente; así las cosas, según este punto de vista, el recurso de casación, como se encuentra previsto en el ordenamiento procesal, excede las exigencias de lo que el legislador está obligado en atención al contenido del citado instrumento internacional⁷⁶.

Refiere LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA que una recta interpretación del citado art. 14.5 llevaría a concluir que las exigencias del PIDCP se satisfacen al permitir al condenado impugnar la sentencia aduciendo cualquier violación de Derecho procesal o material, “sin que sea necesario incluir también en él la posibilidad de sustituir por otro el enjuiciamiento de los hechos que se haya efectuado por el Juez *a quo*”; de esa cuenta, para la autora, el instrumento internacional no obliga a garantizar el derecho al doble grado⁷⁷.

Asimismo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala que el recurso de casación puede resultar conforme al Pacto, en tanto se permita el examen de la declaración de culpabilidad a partir del juicio de inferencia (es decir, partiendo de las bases fácticas que fije el tribunal, revisar la operación lógica que le ha llevado a asumir sus conclusiones), así como la revisión de la producción de aquellas bases, determinando la legalidad de la prueba obtenida⁷⁸.

procesados por delitos leves y faltas, en contraposición a quienes son enjuiciados por delitos graves. Por último, resalta MADRIGAL, Consuelo: “Casación o unificación de la doctrina: el futuro del Tribunal Supremo”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 63 (noviembre 2008), pág. 3, que se hace urgente la reforma del proceso penal dirigida a la generalización de la segunda instancia ante la incoherencia de un sistema que prevé la apelación sólo para las faltas y delitos de menor entidad punitiva, reservando para el resto de delitos una desnaturalizada casación, sin razón que justifique tal dualidad.

⁷⁶ MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos...*, cit., págs. 34-36. También RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos...*, cit., pág. 79, apoya el criterio acerca del margen de libertad que el PIDCP dejó al legislador nacional para definir el recurso procedente.

⁷⁷ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia en el proceso penal: doctrina y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000, pág. 37; en sentido similar, VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., pág. 199, en quien se apoya la autora.

⁷⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 235, 236 y 262. También VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en: *Poder Judicial*, nº especial II (1987), págs. 113 y 114, considera que la casación, al permitir aducir violaciones de Derecho material y procesal, cumple las exigencia del Pacto.

Otra parte de la doctrina se muestra contraria a tales criterios; por ejemplo, RUIZ VADILLO afirma que la articulación del recurso de apelación determinaría el cumplimiento riguroso de lo establecido en el Pacto, agregando que sólo dicho medio de impugnación “satisface de verdad las exigencias de una impugnación en el sentido de revisar el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena”, y que la única instancia, sin importar el órgano al que se le encomiende, ofrece graves riesgos en el terreno penal, los que deben ser evitados⁷⁹.

Para VARELA GÓMEZ, el art. 14.5 del PIDCP postula la necesidad de que exista un recurso de apelación en el proceso penal, por cuanto la revisión del fallo y la pena exige un recurso que permita volver a conocer, en mayor o menor medida, los hechos, lo que no es propio de la casación, que se limita a revisar la aplicación del derecho⁸⁰.

En igual sentido, GIMENO SENDRA afirma que es el recurso de apelación el implícitamente contenido en el Pacto, señalando que es el que mayores garantías ofrece a las partes, pues por su medio es dable denunciar todos los errores o vicios, materiales y formales, en que se haya incurrido en la sentencia⁸¹.

Asimismo, según ASENCIO MELLADO, la normativa internacional exige la revisión de la sentencia penal condenatoria mediante un recurso que posibilite al tribunal superior entrar en el conocimiento de los elementos que han resultado decisivos para la condena, es decir, un recurso que permita fiscalizar la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia, cuestión que la casación no cumple, ya que por su vía no es factible una verdadera revisión de aquellos elementos⁸².

⁷⁹ RUIZ VADILLO, Enrique: “Hacia una nueva casación penal (la Constitución, punto central de nuestra reflexión)”, en: *Estudios de Derecho procesal...*, cit., págs. 395-397. En igual sentido, señala CHAMORRO BERNAL, Francisco: *El artículo 24 de la Constitución. Tomo I: el derecho de libre acceso a los tribunales*, Lura editorial, Barcelona, 2005, pág. 412, el peligro que supone la instancia única.

⁸⁰ VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: “El derecho al recurso...”, cit., págs. 49 y 50.

⁸¹ GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, cit., 152. Reitera este autor que una política legislativa respetuosa del mandato del PIDCP debiera instaurar la segunda instancia en cualquier caso.

⁸² ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., págs. 54 y 55.

De esa cuenta, aunado a los anteriores puntos de vista doctrinales, el Comité de Derechos Humanos, establecido para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto (arts. 28 y ss.)⁸³, ha emitido distintos dictámenes respecto de la regulación en España de los recursos en el proceso penal.

En el primer dictamen del Comité en este sentido, emitido el 20 de julio de 2000 (caso Gómez Vázquez contra España⁸⁴), al estudiar la denuncia de violación al derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP en un caso concreto, entre otras cosas, se afirmó:

“11.1. En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 de Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denominó un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo cinco, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”⁸⁵

⁸³ Artículo 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966): “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado, y que aleguen ser víctimas de una violación, por este Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. [...]”

⁸⁴ Una relación del caso puede verse en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El doble examen en la jurisdicción penal”, en: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 17 (marzo 2001), págs. 107 y ss, haciéndose hincapié en que el dictamen del Comité analizó el caso concreto, sin examinar la concordancia entre el sistema de recursos en España y el art. 14. 5 del Pacto. Reitera esa noción IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *El Comité de Derechos Humanos, la casación española y el control del razonamiento probatorio*, Civitas, Madrid, 2004. Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Apresurado comentario al ‘informe’ o ‘exposición’ del Comité...”, *cit.*, págs. 591 y ss., realiza una crítica al dictamen; con todo, el autor señala la conveniencia de establecer el recurso de apelación en el proceso penal ordinario, para lo cual recuerda la primera reunión que en marzo de 1965 sostuvieron los Catedráticos españoles de Derecho procesal en Sevilla, en la que se adoptó una conclusión en tal sentido, dada la “necesidad de un doble examen de los asuntos graves y leves; examen completo, incluida la parte probatoria”. Al respecto, puede verse: I Jornada de Catedráticos de Derecho Procesal de las Universidades de España: “Conclusiones”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº II (abril-junio 1965), págs. 23 y ss.

⁸⁵ Consultado en: “El derecho al ‘doble examen’ o ‘doble instancia’ en el proceso penal español y el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitido según el párrafo cuarto del artículo quinto del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos denunciando la inexistencia en España del derecho al ‘doble examen’ o ‘doble instancia’ en el proceso penal español”, en: *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*, nº 3 (2000), págs. 805 y 806. Cabe agregar que a este dictamen se aunaron, en el mismo sentido, dos de 19 de septiembre de 2003 (casos

El dictamen finaliza aludiendo a la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas⁸⁶.

Pues bien, la persona que formuló la denuncia al Comité de Derechos Humanos promovió ante el TS la “nulidad de la condena que, de acuerdo con el dictamen del Comité, no debe mantenerse, por no existir legislación que estructure el derecho de una revisión acorde con el párrafo 5 del art. 14 del Pacto”.

Joseph Semey contra España y Manuel Sineiro Fernández contra España); y otros de 15 de noviembre de 2004 (caso José María Alba Cabriada contra España) y 25 de mayo de 2005 (caso Antonio Martínez Fernández contra España). El Comité varió su criterio ante denuncias posteriores (casos Bertelli Gálvez contra España y Luis Cuartero Casado contra España, 16 de agosto de 2005, entre otros), considerando que en los casos concretos, mediante la intervención del TS y del TC, según procediera, sí se había efectuado una revisión a fondo de la sentencia condenatoria. Por otro lado, en años siguientes el Comité emitió otros dictámenes contrarios al régimen de recursos en el proceso penal español, aunque ahora referidos a la falta de revisión de la condena impuesta por sentencia que resuelve el recurso promovido contra aquella absolutoria (entre otros, se cita el dictamen de 28 de agosto de 2005, caso Gomariz Valera contra España), así como a la inexistencia de recurso procedente en enjuiciamientos en única instancia de aforados (dictamen de 8 de agosto de 2006, caso Luis Olivero Capelladas contra España). GARRIDO LORENZO, María Ángeles: “Hacia la reforma de la segunda instancia penal: los recursos de apelación y casación a examen”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal...*, cit., págs. 450 y ss. Resulta interesante que los motivos de estos dos últimos dictámenes contra España se refieren, precisamente, a los casos de excepción contemplados en el art. 2.2 del Protocolo nº 7 al CEDH.

⁸⁶ Situaciones similares se han suscitado en el contexto americano. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuyas decisiones son vinculantes para los Estados que hayan reconocido su competencia, art. 62 de la CADH) emitió la sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica), dentro de un proceso instado por denuncia de violación del art. 8.2.h) de la CADH, declarando la violación del precepto por el Estado de Costa Rica, en cuyo ordenamiento procesal penal se establece la casación como único recurso procedente contra el fallo condenatorio. En su sentencia, la Corte consideró: “161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. [...] 165. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. [...] 167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores [...] contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2.h de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado. 168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.” Por último, en el apartado de reparaciones indicó: “198. Por otro lado, este Tribunal considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma.”

El TS, mediante auto 8958/2001, de 14 de diciembre, no accedió a lo solicitado, indicando que “el Pacto no da lugar a un recurso particular que pueda afectar a resoluciones firmes”. Asimismo, en cuanto a la compatibilidad de la casación, como se encuentra regulada en España, con el PIDCP, se consideró en dicha resolución lo siguiente:

“[...] el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88). Esta jurisprudencia constitucional ha indicado, asimismo, que, de todos modos, el derecho a un recurso de casación se debe entender de la manera más favorable al acusado. Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos.”

Como bien se indica en el auto del TS, la jurisdicción constitucional se había pronunciado ya, previo al dictamen del Comité, sobre el ámbito del control en casación y el contenido del art. 14.5 del PIDCP. De esa cuenta, en la STC 37/1988, de 3 de marzo, se expuso:

“De la lectura del art. 14.5 del Pacto ‘se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia’, sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto. Ahora bien, la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone varias consecuencias ineludibles. Es la primera que la casación penal ‘no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable’ (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no solo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, ‘inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 de la Constitución’ (STC 76/1982). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal superior, el Tribunal Supremo, ‘juzgando en casación’; ‘recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria’ (STC 60/1985).”⁸⁷

⁸⁷ Al dictar esta sentencia se emitió un voto particular por uno de los Magistrados, al que se adhirieron otros tres, mostrando su desacuerdo con el criterio de la mayoría, en el sentido que la casación no cumple a cabalidad con las exigencias del PIDCP, ante lo cual hicieron ver la conveniencia de establecer la apelación como recurso procedente contra los fallos condenatorios. Se expone en el voto: “Es comprensible que, al amparo del art. 14.5 del Convenio de Nueva York, se intente aplicar la exigencia en todos los casos de la doble instancia en materia penal: Sometimiento al Tribunal superior, entendiendo que la casación cumple esos fines, lo que no es enteramente cierto, porque ese recurso es extraordinario, tasado, sujeto a requisitos especiales que no todos los recursos pueden cumplir, resultando así que no todos los recurrentes tienen acceso a ese peculiar medio de impugnación, cuyo fin primero, no se olvide,

También con posterioridad al pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, el TC se ha manifestado al respecto, sosteniendo la compatibilidad entre el recurso de casación y las exigencias del Pacto⁸⁸, como se evidencia en la sentencia 70/2002, de 3 de abril, en la que consideró:

“Ciertamente, el art. 14.5 PIDCP, ratificado por España y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal [...]. También es cierto que existe un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de fecha 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, según el cual España habría vulnerado el art. 14.5 del Pacto. La queja, en aquel asunto, se sustentaba básicamente en que el recurso de casación no permite la revisión del fallo condenatorio y la pena en el sentido del citado art. ya que sólo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el Tribunal de casación efectúe una nueva valoración de las pruebas. [...] Conviene, no obstante, realizar alguna precisión adicional respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados. Y ello para poder responder a la cuestión de si existe o no la posibilidad de una ‘revisión íntegra’ del fallo condenatorio y la pena impuesta, entendiéndose por tal la que permite, junto a la revisión de los aspectos formales o legales de la Sentencia (lo que, conforme al Dictamen del Comité, por sí solo no cumple con las garantías derivadas del Pacto), la revisión de los hechos probados en los que se fundamenta el fallo condenatorio. Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que no es correcto afirmar, como pretende el recurrente, que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. Actualmente, en virtud del art. 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la ‘revisión íntegra’, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.”⁸⁹

es el de la unificación de la jurisprudencia para uniformar, dentro de la igualdad, los criterios de los Tribunales de instancia. Lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales (hoy solo para faltas y delitos menores), tarea, por supuesto, del legislador, puesto que el sistema español siempre ha sido de única instancia en materia de delitos.”

⁸⁸ STC 50/2008, de 26 de mayo: “[...] existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado.”

⁸⁹ En cuanto a las competencias del Comité de Derechos Humanos y los efectos de sus dictámenes, se señaló en la sentencia: “[...] ha de tenerse en cuenta que las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo

Una vez llegado a este punto, vale hacer unas breves consideraciones al respecto.

En primer término, es menester señalar que el PIDCP no determina un recurso concreto que deba ser adoptado por el ordenamiento interno de cada Estado; en cambio, si bien reconoce el derecho del condenado a someter a un tribunal superior la sentencia y la pena, deja en manos del legislador la configuración del mecanismo que, en orden al contenido del derecho, sea idóneo para hacerlo eficaz⁹⁰.

Ahora bien, el mecanismo por el que se opte debe responder al objeto del Pacto –hacer realidad el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, según se desprende del contenido del preámbulo– y, por ende, a la finalidad del reconocimiento del derecho al recurso. De este modo, la posibilidad de someter la sentencia y la pena a un tribunal superior –conforme a la regulación del art. 14.5– refiere el derecho de quien resulte condenado a que un órgano distinto al que ha emitido la sentencia, cuya decisión prevalecerá sobre la de éste, se ocupe del examen del fundamento de la declaración de culpabilidad y de la pena impuesta.

Ese examen, para asegurar el respeto de los derechos que el propio Pacto reconoce, debe dirigirse a hacer efectiva la estricta observancia de la

facultativo le otorgan tal competencia. Por tanto, si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte ‘conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión’. No obstante, las ‘observaciones’ del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto. Ciertamente, se afirma en el párrafo 13 la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas, pero tales disposiciones no han de consistir en una reforma legislativa, pues –como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal– una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un Tribunal superior derivadas del art. 14.5 del Pacto.”

⁹⁰ Lo que puede afirmarse también respecto de la CADH.

presunción de inocencia, así como el resto de garantías reconocidas al acusado en el proceso penal.

Pues bien, cabe recordar que aquella verdad interina precisa, para ser enervada, que se pruebe fehacientemente la culpabilidad del inculpado, lo que abarca tanto su participación en la comisión del delito, como la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de éste, requiriendo de verdaderos actos de prueba en cuya práctica y valoración se hayan cumplido las exigencias que deriven de las normas de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

De esta manera, el recurrente ha de estar facultado para reclamar del órgano revisor una respuesta concreta y justificada acerca del fundamento de su condena, es decir, si con base en los elementos de convicción tenidos en cuenta por el tribunal que lo condenó puede concluirse en la existencia de prueba cierta, suficiente y legítima del hecho y de su participación en éste.

Así las cosas, es evidente que el derecho contenido en el PIDCP exige que se instituya un recurso que faculte al tribunal superior a verificar la calificación jurídica que el inferior otorgó al hecho probado, así como la existencia de una actividad probatoria válida conforme a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, pero, además, que le permita ejercer una verdadera censura sobre la determinación del elemento fáctico y el valor conferido a las pruebas incorporadas a la causa.

En fin, el medio de impugnación que se establezca debe hacer viable un segundo examen de la declaración de culpabilidad en toda su extensión, posibilitando que el condenado denuncie cuantos errores advierta en la sentencia que refuta, tanto respecto del juicio de hecho, como del de derecho, de forma que prevalezcan las conclusiones que el tribunal superior logre deducir del propio análisis que lleve a cabo sobre tales cuestiones, es decir, de su propio conocimiento y apreciación de los elementos que consten en el proceso⁹¹.

⁹¹ Distintos autores, además de los que han sido citados, expresan la necesidad de que el recurso contra la sentencia de condena garantice un doble conocimiento de todos los aspectos de la decisión. Por

Como corolario, se hace necesario establecer un recurso contra la sentencia condenatoria cuyo planteamiento dé lugar a una segunda instancia propiamente dicha⁹².

En esta discusión no puede dejarse de lado que la interpretación que se haga debe hacer prevalecer, sobre cualquier otra cuestión, la eficacia del derecho y, con ello, las garantías de un proceso justo. Lo anterior, tomando en cuenta que se trata de la revisión de una decisión que puede afectar, incluso arbitrariamente, la libertad, los bienes o el honor de una persona⁹³.

ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: "Apresurado comentario al 'informe' o 'exposición' del Comité...", *cit.*, pág. 607, indica que la revisión del fallo de condena hace necesario un doble examen completo, incluida la parte probatoria. LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Materiales para una necesaria y urgente reforma...*, *cit.*, pág. 172, hace eco de la necesidad de que una futura LECr adopte el principio de doble examen jurisdiccional que haga factible el enjuiciamiento, en dos instancias distintas, de la causa penal. De igual forma, ARANGÜENA FANEGO, Coralia: "Proceso penal y doble instancia", en: *Justicia*, nº 1 (1994), págs. 42 y 45, afirmando que el derecho al doble grado de jurisdicción forma parte del derecho al debido proceso, advierte que si se toma como punto de partida la existencia de un derecho del condenado a que su causa sea reconsiderada en toda su extensión, se hace necesario posibilitar una revisión y valoración de la actividad probatoria realizada en la instancia. VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 99, señala que la revisión del fallo condenatorio y de la pena, al tenor del art. 14.5 del PIDCP, exige un recurso que permita volver a conocer de los hechos. Asimismo, para CEDEÑO HERNÁN, Marina: "Algunas cuestiones...", *cit.*, pág. 213, derivado del Pacto existe un derecho a favor del inculcado a ser condenado únicamente sobre la base de un doble convencimiento.

⁹² Para MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal...*, *cit.*, pág. 41, la segunda instancia en el ámbito penal es absolutamente necesaria, pues posibilita que una condena se sustente en el doble conocimiento de órganos jurisdiccionales con plenitud de la prueba practicada. Asimismo, resalta GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Manuel: "Los recursos en el procedimiento abreviado", en: *La reforma del proceso penal...*, *cit.*, pág. 53, que las reformas procesales deben tender a regular la doble instancia penal para garantizar la observancia del PIDCP. En igual sentido, CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal", en: *Justicia*, nº 1 (1990), pág. 75, señala que pese a la posición de la jurisdicción constitucional, se cumpliría de mejor forma la exigencia del Pacto si se generalizara la doble instancia, reconduciendo la casación a su auténtico papel de recurso extraordinario unificador de criterios en la aplicación de la ley. Indica LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 207 y 208, que el Pacto exige la doble instancia, la que califica de garantía del justiciable, resaltando que la casación no cumple las funciones renovatorias necesarias para hacer efectiva aquélla. Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: "La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales", en: MORENO CATENA, Víctor, *et al.*: *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 82, la doble instancia en el proceso penal es necesaria para salvaguardar, de modo efectivo, el derecho de todo condenado por delito a recurrir la sentencia ante un tribunal superior, en armonía con el PIDCP. Para MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 628, pese al criterio mantenido por el TC, la segunda instancia es la única solución que se ajusta plenamente al precepto internacional. También ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 284, afirma que la normativa internacional garantiza un derecho que se concreta en la necesaria existencia de la doble instancia penal. Por su parte, afirma COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal...*, *cit.*, pág. 783, que en el ámbito del proceso penal, al negarse al condenado el derecho a la segunda instancia y, con ello, el derecho a un recurso efectivo en un Estado de Derecho, se vulnera de forma manifiesta la normativa internacional, producto de un "escaso, exiguo, incompleto y deficiente sistema normativo jurídico-procesal".

⁹³ Se hace acopio de las palabras de CAFFERATA NORES, José I.: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1994, pág. 116, al expresar que la función de juzgar "es quizás la más divina de las actividades humanas, porque pone a un hombre por encima de otros hombres

Si la finalidad del recurso en el proceso es obtener una resolución justa, exenta de error, se hace necesario posibilitar la impugnación que permita corregir cualquier equivocación, sea jurídica o fáctica, lo que exige el pleno conocimiento por el órgano superior de ambos aspectos de la decisión recurrida⁹⁴.

De esa cuenta, en principio, es el recurso de apelación el medio de impugnación adecuado para hacer efectivo el derecho reconocido en el citado instrumento internacional, en tanto permite al tribunal superior una revisión íntegra de la resolución objetada, es decir, un segundo examen en todos los aspectos de la declaración de culpabilidad: el jurídico, el fáctico y el probatorio⁹⁵.

En cuanto al recurso de casación, a efecto de determinar si resulta o no acorde con las exigencias del Pacto, deviene pertinente hacer relación de algunas cuestiones concretas.

Así, es indudable que en la concepción tradicional del recurso, fuera de las facultades que en materia de valoración probatoria y determinación del elemento de hecho están comprendidas en el motivo de error en la apreciación

para enjuiciar sus actos, decidiendo sobre su libertad, su fortuna, su honor, sus bienes”, debiendo agregar también la vida, en aquellos Estados que aun contemplan la pena de muerte.

⁹⁴ Para BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones...*, cit., pág. 268, el “principio de control” en el proceso penal hace factible que un juez de grado superior al que ha dictado la sentencia controle la correspondencia o no de la decisión impugnada con la voluntad de la Ley; en tal sentido, dado que esa falta de correspondencia puede depender de equivocaciones en la fijación del hecho o en la valoración jurídica de ese hecho, el control ha de dirigirse tanto al elemento fáctico de la decisión, como al jurídico. Agrega el autor que en un régimen político abierto, el control del hecho y del derecho debe admitir la posibilidad de que un segundo juez reexamine la decisión del juez inferior. Asimismo, ALONSO SALAZAR, Luis: “El mérito –especie fáctica– de la sentencia penal en el recurso de casación”, en: *Revista de Derecho Procesal*, n° 3 (2000), pág. 561, indica que la importancia de que el tribunal superior revalore el mérito del fallo, es decir, el conjunto de pruebas y razones que sirven al juez para asumir su decisión, radica en que son los hechos los que gobiernan la aplicación del derecho, “si aquéllos están mal fijados o erróneamente calificados, la solución final resultará siempre equivocada”.

⁹⁵ Como afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal* (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor MORENO CATENA), cit., pág. 707, es la apelación el medio de impugnación normal que debe regularse para atacar cualquier sentencia penal, derivado de que por su vía se busca un nuevo conocimiento de la causa, lo que no sucede con la casación. También FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba...*, cit., pág. 252, advierte no cabe duda de que el recurso de apelación es la vía adecuada a efecto de llevar a cabo una revisión con todas las garantías de la apreciación de la prueba practicada en primera instancia, de acuerdo con el PIDCP. De igual forma, resalta CALDERÓN CUADRADO, María Pía: “La generalización –*rectius*, desaparición– del doble grado de jurisdicción en el proceso penal español”, en: *Revista de Derecho Procesal* (2006), pág. 635, que “el doble grado viene siendo considerado como uno de los mecanismos mejores para la protección judicial de los derechos e intereses legítimos deducidos en juicio”.

de la prueba (art. 849.2 LECr), el ámbito de actuación del tribunal competente (TS) se limitaba al conocimiento de las cuestiones de derecho⁹⁶.

Sin embargo, asociada a la consagración en la CE del derecho a la tutela judicial efectiva, la afirmación sostenida por la jurisdicción constitucional de que la casación satisface la garantía del sometimiento del fallo de condena ante un tribunal superior recogida en el PIDCP, ha determinado una verdadera transformación del medio de impugnación.

En efecto, a partir de una interpretación amplia de las normas que regulan los motivos del recurso y las facultades del TS (a lo que debe agregarse que conforme a la regulación vigente es factible promover la impugnación mediante la invocación de infracción de precepto constitucional, arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr), se ha posibilitado a aquél un control que se extiende más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas, pues con el fin de tutelar el derecho a la presunción de inocencia se ocupa de verificar que en el proceso haya existido prueba de cargo válida, practicada en observancia de las normas de la Constitución y el ordenamiento procesal, y que la decisión de condena, a partir del razonamiento expuesto en la sentencia, no resulte arbitraria sino racionalmente fundada en las pruebas obrantes en la causa⁹⁷.

En la STS 8428/2009, de 30 de diciembre, se explican con detalle las facultades del tribunal de casación ante denuncias de infracción del derecho a la presunción de inocencia, señalándose también los límites del control que ejerce:

“Una denuncia de esta naturaleza en sede casacional supone la verificación de un triple examen por esta Sala: a) En primer lugar, debe analizar el ‘juicio sobre la prueba’, es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad

⁹⁶ STS 6444/1989, de 16 de noviembre: “[...] el recurso de casación en el fondo constituye un puro juicio de legalidad que consiste en determinar, a la vista de los hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador (que han de acatarse en toda su integridad, orden y significación), si la ley ha sido infringida o no por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación al subsumir en ella aquellos hechos [...]”

⁹⁷ Esta ampliación del ámbito de revisión del órgano de casación no ha estado exenta de críticas sobre la desnaturalización del recurso o la saturación de trabajo en el TS; en tal sentido se expresa VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, cit., págs. 102 y 103. De igual forma, autores como MARTÍN GARCÍA, Pedro, et al.: *Los recursos penales*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pág. 238, abogan por devolver al recurso de casación su objeto propio, es decir, de “unificador e interpretador de la ley”.

constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario; b) En segundo lugar, se ha de verificar 'el juicio sobre la suficiencia', es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia; y c) En tercer lugar, debemos verificar 'el juicio sobre la motivación y su razonabilidad', es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia [...]. En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, [...]. No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar."

Como se aprecia, el recurso de casación no se limita ya a un mero juicio de legalidad, sino que supone un control de la actividad probatoria en la que se apoye la decisión condenatoria.

No obstante, el propio tribunal de casación reconoce que no le compete llevar a cabo una ulterior valoración de la prueba, la que queda en manos de los órganos de instancia, sino que su labor abarca hasta la constatación respecto del cumplimiento de las exigencias de la actividad probatoria apta para destruir la presunción de inocencia (prueba de cargo válida, lícita y racionalmente valorada), fuera de lo cual no ejerce tarea de control alguna, es decir, como se indica en la propia sentencia, no le corresponde "decidir ni elegir".

Tal situación no debe pasar desapercibida, pues en tanto aprecie el cumplimiento de aquellas exigencias, el ámbito de actuación del órgano de casación en esta materia no puede incidir en la decisión del caso concreto, incluso discrepando de la asumida en la resolución impugnada⁹⁸.

⁹⁸ En la citada STS 8428/2009, de 30 de diciembre, se alude a esta situación, la que también repercute en el control de la prueba indiciaria. Así, se indica en la resolución que en sede casacional "no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena", situación que, como podrá apreciarse, determina una diferencia sustancial con el control en apelación.

Es precisamente en este punto que la casación encuentra un límite frente a la apelación, pues no abre una segunda instancia que permita un doble conocimiento de los hechos y de la prueba en toda su extensión. En efecto, el conocimiento y resolución de este recurso extraordinario no determina una instancia propiamente dicha, lo que resulta claro al tomar en cuenta que dejando de lado el motivo de error en la apreciación de la prueba de documentos, ninguna vía habilita al tribunal para valorar, de nueva cuenta, la prueba existente en el proceso ni para modificar los hechos declarados como probados a consecuencia de una distinta valoración.

Así, la evolución jurisprudencial del recurso de casación no ha sido tal que haya alcanzado su total desnaturalización –sin que con este término se pretenda demeritar tal transformación en pro de la tutela de los derechos ante la falta de regulación en el ordenamiento procesal de la segunda instancia para determinados supuestos, lo que lejos de reproches merece elogios–, respondiendo aun a su función de control “extramuros”, es decir, sin que la propia apreciación o juicio del tribunal de casación, en lo que a la prueba y los hechos se refiere, pueda llegar a sustituir al del órgano de instancia.

Vale agregar que la ampliación del objeto de este recurso a tales aspectos determinaría una equiparación con la apelación, diferenciándose ambos medios de impugnación únicamente en cuanto a sus elementos formales: el órgano competente o el procedimiento a seguir, entre otros.

Como corolario, la imposibilidad actual de abrir una segunda instancia al promover la casación, elemento que distingue al recurso con relación a la apelación y que indudablemente conlleva mayores garantías para el condenado que objeta la sentencia⁹⁹, hace que se continúe optando por ésta

⁹⁹ La jurisprudencia del TS alude también a la mayor garantía de la segunda instancia, como se aprecia en la STS 913/2010, de 22 de febrero: “[...] es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un *desideratum* hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal.”; asimismo, en la STS 2555/2010, de 20 de mayo, se hace referencia a la necesaria ampliación del control casacional, aun en detrimento de la naturaleza del recurso, precisamente, ante la inexistencia de la segunda instancia: “Las consideraciones anteriores permiten al tribunal de casación adentrarse en la formación del relato fáctico, que aunque, ajeno a la formulación más clásica de la casación, forma parte de nuestro ordenamiento desde la instauración del recurso, sin perjuicio de que este Tribunal de casación ejerza facultades de valoración en aquellos extremos no sujetos a la intermediación, es decir, en lo referente a la lógica y racionalidad de la convicción que aparece reflejada en la necesaria motivación de toda resolución judicial.

última a efecto de determinar cuál medio de impugnación satisface plenamente las exigencias de la normativa internacional¹⁰⁰.

Con lo anterior, se ha expuesto a grandes rasgos el estado del debate de una cuestión que si bien no comprende el objeto central de estudio, sí repercute directamente en el control de la actividad probatoria y, por ende, de la prueba indiciaria, en tanto incide, como cabe apreciar, en el alcance que dicho control pueda tener derivado del concepto que se tenga de la exigencia de revisión por el tribunal superior, aunado a que permite vislumbrar cuáles han de ser las perspectivas a futuro sobre el tema¹⁰¹.

Aunque este motivo supone, realmente, una quiebra de la casación, en su sentido más clásico, en cuanto posibilita una revisión del hecho probado a realizar por quien no ha presenciado la prueba y, por ende, no debe poder valorarla, cumple una función importante en nuestro sistema penal que al carecer de una segunda instancia debe cumplimentar las exigencias del sometimiento de la decisión a un tribunal superior y esta revisión no puede ir referida, exclusivamente, a la aplicación del derecho sino también a la formación del hecho, exigencia que es fundamental respecto de las sentencias condenatorias y que se extiende también a las absolutorias cuando esa absolución se realiza desde una valoración no razonable de la prueba.” Con todo, es obligado señalar que en la actualidad la valoración de pruebas personales en apelación encuentra un límite derivado de la falta de intermediación en esta instancia; ante ello, la doctrina ha encontrado en la grabación audiovisual la solución al problema. No obstante, dicha limitación no subsiste en caso de recurso contra sentencias condenatorias, pues el tribunal de segunda instancia, en aras de tutelar el derecho a la presunción de inocencia del condenado, se encuentra facultado para ejercer su control en toda su extensión (véase apartado 2.3.2 de este capítulo).

¹⁰⁰ Cabe recordar que en el voto particular formulado a la STC 37/1988, de 3 de marzo, se alude a la incompatibilidad de la casación con la exigencia de la doble instancia que deriva del art. 14.5 del PIDCP. Por su parte, para MORENO CATENA, Víctor: “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, en: FERRER GARCÍA, Ana María; y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo (dirs.): *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 30, la casación española no responde a las exigencias del Pacto, pues, a pesar del empeño del TC de presentar una interpretación del sistema nacional de recursos en el orden penal acorde con la normativa internacional, dicho medio de impugnación no satisface en todos los casos la garantía del derecho a recurrir ante tribunal superior, en especial, porque no siempre cumple una función revisora y garante de los derechos del justiciable, como lo demanda aquel instrumento.

¹⁰¹ La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce con carácter general el recurso de apelación en todos los procedimientos por delito. Señala al respecto CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La segunda instancia penal*, cit., pág. 167, que el cambio de parecer del legislador se ha visto influenciado por los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. Así, la citada Ley Orgánica de 2003 establece que en el plazo de un año, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales los proyectos de ley para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas; en tal sentido, el proyecto elaborado para el efecto configura una apelación “limitada”, recogiendo, entre los motivos que pueden fundar el recurso, la infracción de la presunción de inocencia y de las garantías procesales, la infracción de norma constitucional o legal, así como la aparición de hechos nuevos, descartando el error en la valoración de la prueba; además, se posibilita la incorporación de nuevas pruebas, pero el tribunal *ad quem* no queda desvinculado de lo actuado en primera instancia. GARRIDO LORENZO, María Ángeles: “Hacia la reforma...”, cit., págs. 470 y ss. Con todo, no se han hecho esperar críticas contra el referido proyecto; así, LÓPEZ COIG, Juan Carlos: “La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6567 (10 octubre 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010], refiere que el recurso de apelación previsto, al haberse suprimido el motivo de error en la valoración de la prueba, no será apto para cumplir los preceptos del PIDCP. De igual forma, para REVERÓN PALENZUELA, Benito: “Generalización de la segunda instancia en el proceso penal y supresión del ‘error en la apreciación de la prueba’ como motivo de

2.3) Control de la prueba indiciaria en apelación

Se ha hecho relación, aunque de forma por demás concisa, del ámbito y alcances del recurso de apelación¹⁰², pudiendo agregar algunas notas distintivas de este medio de impugnación.

En primer término, cabe indicar que se trata de un recurso devolutivo, en cuanto es competente para su conocimiento y resolución un órgano distinto y superior del que haya dictado la resolución que se impugna¹⁰³. Asimismo, se trata de un recurso ordinario, pues su interposición no está sujeta a motivos taxativamente señalados en el ordenamiento procesal¹⁰⁴.

Conforme a su naturaleza, al dar paso a una segunda instancia, el recurso de apelación permite al tribunal *ad quem* examinar la decisión impugnada, revisando el derecho, los hechos y las pruebas¹⁰⁵, procediendo a dictar una nueva sentencia en la que confirma o revoca la resolución impugnada, o, en su

apelación”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; y ORTELLS RAMOS, Manuel (dirs.): *Problemas actuales del proceso iberoamericano: XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo II, Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, pág. 637, la supresión de dicho motivo de apelación determinaría una limitación en el conocimiento del órgano competente para resolver la impugnación, pudiendo conocer únicamente de infracciones de tipo jurídico, es decir, sin que la interposición del recurso suponga la apertura de una segunda instancia.

¹⁰² El recurso de apelación, según FENECH, Miguel: *El proceso penal*, cit., pág. 348, “es el ordinario que se interpone ante el propio Tribunal *a quo* y que se decide por el superior jerárquico del mismo”. ARAGONES ALONSO, Pedro: *Curso de Derecho...*, cit., pág. 523, define la apelación como aquel recurso “por el que se pretende un nuevo examen por un Tribunal superior de la causa ya fallada en primera instancia”. Asimismo, para GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., pág. 536, se trata de “un recurso ordinario y devolutivo, en virtud del cual el Tribunal Superior, sin limitación alguna de conocimiento, resuelve sobre las razones alegadas por los recurrentes, confirmando o revocando la resolución recurrida”. Por último, indica COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal...*, cit., pág. 773, que el recurso de apelación es “aquel por el que se solicita la modificación de la resolución recurrida a la autoridad judicial inmediatamente superior.”

¹⁰³ El efecto devolutivo es lo que diferencia al recurso de los remedios procesales, como la reposición.

¹⁰⁴ Con la excepción, en el caso español, de la apelación en el proceso ante el Tribunal del Jurado, art. 846 bis c de la LECr.

¹⁰⁵ Se señala en la STC 12/2004, de 9 de febrero, en cuanto a la apelación, lo siguiente: “Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* [...]. Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim otorga al Tribunal *ad quem* deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE.” En tal sentido, indica PICÓ I JUNOY, Joan: “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7430 (23 junio 2010) <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 23 junio 2010], que la segunda instancia permite la revisión de todo el enjuiciamiento efectuado en la primera, incluyendo el control de la valoración probatoria, sin limitarlo, como ocurre en casación, a las valoraciones irracionales, absurdas o ilógicas que hayan podido efectuarse.

caso, declara la nulidad de lo actuado en primera instancia, ordenando que se repongan las actuaciones desde el momento en que se cometió el vicio procedimental de que se trate. En consecuencia, se trata de “una instancia crítica de todo lo que ha sobrevenido en la primera”¹⁰⁶.

Así, el apelante lo que pretende es obtener un nuevo pronunciamiento respecto de los temas contenidos en la decisión que recurre, o bien, lograr que se declare la nulidad del juicio por haberse infringido normas o garantías procesales que hubieren causado su indefensión “en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia” (artículo 790.2 de la LECr)¹⁰⁷.

Por ende, corresponde al tribunal de apelación revisar lo acontecido en la primera instancia¹⁰⁸, verificando que se hayan cumplido las garantías procesales, que las pruebas hayan sido valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, que la determinación de los hechos probados sea acorde a los elementos de convicción obrantes en la causa y que, en general, no se haya quebrantado el ordenamiento jurídico.

Ese complejo examen es efectuado, básicamente, tomando en cuenta el material probatorio obrante ya en la causa, aunque es posible, en algunos casos, admitir nuevas pruebas en segunda instancia¹⁰⁹.

¹⁰⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El razonamiento...*, cit., pág. 35. Asimismo, indica NUZZO, Francesco: *L'appello nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 30, que en la apelación, con el fin de hacer prevalecer la exigencia de justicia, se favorece la completa revisión del pronunciamiento y el juicio de primer grado.

¹⁰⁷ Indica CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 726, que esta circunstancia determina la naturaleza híbrida de la apelación, con características propias de un medio de gravamen, cuyo objeto es obtener una segunda resolución judicial que sustituya la primera por perjudicar los intereses del recurrente, y de impugnación en sentido estricto, en tanto también está dirigida a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución. A ese respecto, comenta VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, cit., pág. 62, que la apelación es fruto de una yuxtaposición histórica que refunde dos recursos distintos, el de apelación propiamente dicho y el de nulidad.

¹⁰⁸ En el modelo de apelación limitada, señala BERMÚDEZ OCHOA, Eduardo Víctor: “La sentencia de apelación”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos...*, cit., pág. 89, el tribunal *ad quem* no lleva a cabo un nuevo juicio, sino que depura los resultados obtenidos en primera instancia, enjuiciando los hechos que se atribuyen al acusado, aunque indirectamente, por medio de la resolución recurrida. Asimismo, indica VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, cit., pág. 142, que el sistema de apelación limitada admite una concepción revisora del recurso, de forma que la segunda instancia no es más que una continuación de la primera.

¹⁰⁹ DE PRADA BENGÓA, Pilar: “Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos...*, cit., págs. 16 y 17. La proposición de nuevas pruebas está limitada a tres supuestos concretos (art. 790.3 de la LECr): a) pruebas que no pudieron

Ahora bien, al ser el objeto de estudio el control de la prueba indiciaria, la cuestión que ahora interesa es determinar las facultades de control que, respecto de la actividad probatoria practicada en primera instancia, tiene el tribunal de apelación; en especial, interesa examinar el alcance que la revisión de la valoración probatoria puede tener en la segunda instancia con sujeción a las exigencias derivadas del principio de inmediación, es decir, a la necesidad de que el juez se encuentre en relación directa con las fuentes de prueba.

2.3.1) La inmediación procesal

La inmediación reviste un principio esencial en el proceso penal, con singular trascendencia en la actividad probatoria¹¹⁰. En efecto, este principio exige el contacto directo del juez con las fuentes originarias de prueba, lo que le permitirá apreciar por sí mismo y sin intermediación alguna (es decir, sin que sea otro el que observe la práctica de la prueba y sin que las fuentes de prueba a su alcance no sean las auténticas), los elementos necesarios para asumir su decisión¹¹¹.

Con la exigencia de la inmediación, a la que se suman la oralidad, la publicidad y la contradicción, se proclama que quien conoce directamente las fuentes de donde proviene la información está dotado de un instrumento sumamente útil para indagar sobre la veracidad o no de las afirmaciones formuladas por las partes; se trata, como señala FLORIÁN, de dar al juez el

proponerse en primera instancia; b) pruebas que habiendo sido propuestas, fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta; y c) pruebas admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables a quien recurre.

¹¹⁰ La observancia del principio de inmediación, anota ASECIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, cit., págs. 244 y 245, es la "única forma de valorar correcta, adecuada y plenamente una prueba, especialmente, si se trata de una de naturaleza personal".

¹¹¹ Señala SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal...*, cit., pág. 28, que la inmediación se traduce en la "integral y directa percepción por parte del juez de la prueba", lo que ocurre con especial plenitud en el proceso penal. Por su parte, refiere JAÉN VALLEJO, Manuel: *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 14, que la inmediación "exige que el tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba". Asimismo, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: MIR PUIG, Santiago, et al.: *La sentencia penal*, cit., pág. 157, apunta que la inmediación es una garantía que se dirige a posibilitar una valoración racional de la prueba a partir del contacto directo con ésta.

material de prueba necesario para formar su convicción, “en su fuente originaria, en su expresión genuina”¹¹².

Es por ello que la observancia de la inmediación determina que sólo pueden considerarse pruebas válidas para dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral en presencia de los jueces, fase procesal a la que deberán acudir a alegar las partes y a declarar los testigos del hecho, desconociéndose el valor de prueba, en principio, a las actuaciones que no sean realizadas en dicha etapa, como las diligencias llevadas a cabo durante la investigación¹¹³.

Así, explica ROXIN que la inmediación, en sentido formal, implica que el tribunal observe por sí mismo la prueba, no pudiendo delegar en otras personas la recepción de ésta; por su parte, en sentido material, el principio atañe a la necesidad de que los jueces que dictan sentencia extraigan los hechos de las fuentes por sí mismos, no pudiendo utilizar equivalente probatorio alguno, lo que determina, por ejemplo, que resulte inviable reemplazar las declaraciones de los testigos por la lectura de un acta elaborada sobre una declaración anterior¹¹⁴.

Sobre los antecedentes del principio, BACIGALUPO ZAPATER explica que la inmediación es consecuencia del reemplazo de la prueba tasada, pues ninguna relevancia tiene que el juez perciba directamente la prueba si ésta tiene asignada por la ley una determinada fuerza probatoria. Como corolario, esa percepción directa por el juez es un presupuesto de la apreciación en conciencia de la prueba; en otras palabras, el juez que cuantifica, como sucedía en el antiguo sistema, según criterios que le estaban dados por el legislador, no necesita ver la declaración del testigo, pues su función se limita a

¹¹² FLORIÁN, Eugenio: *Delle prove penali*, cit., pág. 200. Asimismo, afirma BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, traducción de Conrado A. FINZI, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 87, que el principio de inmediación nace con el afán de dar al tribunal “una impresión lo más fresca y directa acerca de las personas y los hechos”.

¹¹³ Véase apartado 2.1.3 del capítulo II.

¹¹⁴ ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 394. Respecto de los significados del principio, señala GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso II: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cit., págs. 146 y 147, que el sentido formal o subjetivo “prescribe al Juez de qué modo haya de utilizar los medios de prueba, y concierne a la relación del Juez con los medios de prueba”, mientras que el sentido material u objetivo “prescribe al Juez qué medios de prueba haya de utilizar, y concierne a la relación de los medios de prueba a los hechos a probar”.

comprobaciones numéricas; por el contrario, el juez que valora en conciencia la credibilidad de una declaración, sólo estará posibilitado de hacerlo si percibe directamente esa declaración¹¹⁵.

Según EISNER, con la inmediación se procura asegurar que el juez esté permanente e íntimamente vinculado con los sujetos y elementos del proceso, requiriéndole que sea él quien reciba directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, lo que le permitirá conocer en toda su significación los materiales de la causa, es decir, obtener la visión más exacta posible de los hechos y situaciones controvertidos¹¹⁶.

También MAIER se refiere al tema, indicando que no cabe la menor duda, en la actualidad, de que la mejor forma de presentar el conflicto social, para su conocimiento y comprensión, es reproduciéndolo a tenor de los rastros que ha dejado (víctima, testigos, documentos y cosas, entre otros), “en una audiencia a la que asistan todos los interesados en su solución (inmediación) y en la que ellos (sujetos procesales que deben conocer la verdad) y las personas que proporcionan datos e informaciones se comuniquen a través de la palabra hablada (oralidad)”¹¹⁷.

A partir de las notas anteriores, es concluyente que la inmediación requiere que el tribunal, a efecto de asumir su decisión, haya apreciado directamente la prueba, lo que se entenderá cumplido al observar por sí mismo su práctica

¹¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Doble instancia...”, *cit.*, págs. 278-281. Señala el autor que el origen del principio se encuentra en la negación del sistema de justicia secreta, propio del proceso inquisitivo del antiguo régimen, en el que sólo se hacía pública la ejecución de las penas; el Estado liberal invirtió la situación, pues únicamente mediante un proceso público y oral se hacía posible el control democrático de la justicia, por ende, el resultado necesario de la publicidad y la oralidad era la inmediación. Asimismo, apunta HASSEMER, Winfried: *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 192 y 193, que los principios de inmediación y oralidad, producto de las ideas de la Ilustración, responden a un modelo procesal penal que pone énfasis en la “comprensión escénica”; se aspira con ellos a excluir radicalmente la comprensión textual, derivado del error en que incurrió el sistema inquisitivo al creer que el proceso (una escena) puede ser plasmado en un texto; en ese sentido, resalta el autor que “solamente los datos que se expresan en palabras (oralidad) y sólo las percepciones directas del Tribunal (inmediación) constituyen apoyo válido para dictar sentencia”.

¹¹⁶ EISNER, Isidoro: *La inmediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963, págs. 33 y 34.

¹¹⁷ MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, *cit.*, pág. 601. En igual sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre el valor de la inmediación...”, *cit.*, pág. 57, resalta que “el par oralidad-inmediación quedará definitivamente consagrado como seña de identidad básica del modelo ideal de enjuiciamiento en materia criminal”.

(sentido formal del principio), siempre que dicha práctica se refiera a las fuentes originarias de prueba (sentido material).

En consecuencia, resulta inviable que con base en meros documentos en los que se plasmen por escrito las diligencias probatorias relativas a declaraciones personales (en las que incide concretamente la inmediación), sea dable extraer el valor de éstas, pudiendo agregar que ello tiene especial repercusión en lo que concierne al acta redactada por el Secretario judicial para hacer constar el desarrollo de las distintas sesiones del juicio oral, en tanto este documento nunca podría suplir la necesaria apreciación directa de la prueba¹¹⁸.

2.3.2) Inmediación y apelación

Una vez referidos el fundamento y alcances del principio de inmediación, resulta necesario determinar si los jueces que integran el tribunal de apelación están en condiciones de examinar, en toda su extensión, la valoración de los medios de prueba producidos en primer grado, es decir, sin haber presenciado su diligenciamiento, especialmente en lo que respecta a las declaraciones personales recibidas en aquella sede.

En tal sentido, cabe indicar, con GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, que la compatibilidad del recurso de apelación y, por tanto, de la segunda instancia, con la inmediación, ha sido un tema debatido¹¹⁹. De igual forma, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ que es necesario plantear el problema sobre si la vigencia del principio de inmediación “evita o debe evitar en buena técnica el doble grado de jurisdicción”¹²⁰.

Así las cosas, es menester resaltar que ha sido la falta de inmediación en la segunda instancia uno de los principales motivos expuestos por quienes se

¹¹⁸ Otro juez, indica RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal...*, cit., pág. 110, que no haya visto ni oído, no puede con lo que aparezca en el acta efectuar una nueva valoración de la prueba que haya consistido en oír declaraciones.

¹¹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 296.

¹²⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 706.

oponen a su implementación efectiva en el proceso penal, rechazando así la regulación del recurso de apelación como medio de impugnación contra la sentencia recaída al término del juicio oral y público.

En efecto, distintos autores se han referido a la cuestión, pudiendo citar, por ejemplo, a BACIGALUPO ZAPATER, para quien la inmediación, además de su indudable importancia en el juicio oral, tiene también una especial significación en la amplitud de los recursos; así, anota el autor que en la casación todo aquello que requiere valoración directa del juez queda excluido del recurso, lo que también debe ocurrir en la apelación, pues no es posible que en ésta, sin inmediación y con base en las actas del proceso, se lleve a cabo una revisión de las pruebas testifical y pericial producidas íntegramente en la primera instancia¹²¹.

HERRERA ABIÁN expone que la regulación del recurso de apelación supone una relevante quiebra del principio de inmediación y que su incorporación en un sistema procesal originariamente concebido como de única instancia provoca serias críticas que cuestionan su configuración e, incluso, su propia existencia; para la autora, la instauración de la apelación contra sentencias en el proceso penal, lejos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, constituye todo lo contrario, rompiendo con los esfuerzos emprendidos para asegurar aquel principio¹²².

Según LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, en la estructura del proceso penal de corte acusatorio formal o mixto, es en el juicio oral y público la etapa en la que el tribunal toma los elementos que le sirven de base para formar su convicción, por lo que el mantenimiento de la doble instancia repugna su índole y naturaleza, al posibilitar que un segundo tribunal entre a valorar unos medios de prueba cuya práctica no ha presenciado¹²³.

¹²¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Doble instancia...", *cit.*, págs. 281-287.

¹²² HERRERA ABIÁN, Rosario: *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, Granada, 2006, págs. 171 y 172.

¹²³ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia...*, *cit.*, págs. 3 y 4. También MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, *cit.*, pág. 517, manifiesta la incompatibilidad del recurso de

Así las cosas, previo a abordar el tema de la compatibilidad entre la inmediación y la apelación conforme al criterio de la jurisprudencia española en la actualidad, cabe indicar que para dar respuesta a los cuestionamientos sobre la inviabilidad de la segunda instancia en el proceso penal, derivado de la exigencia de aquella garantía procesal, es menester traer a colación la propuesta que desde 1965 fue planteada por los catedráticos españoles de Derecho procesal, en cuanto a la “documentación de todo lo ocurrido en el juicio oral de la primera instancia, registrado con la introducción de los más modernos medios técnicos para ello”¹²⁴.

En efecto, como sostiene GIMENO SENDRA, la revisión por el tribunal *ad quem* de la valoración de la prueba efectuada en primera instancia sería posible mediante el uso de eficientes sistemas de grabación audiovisual que permitan la posterior reproducción, colocando al tribunal de apelación “en la misma situación que el Juzgado penal de instancia, lo que autorizaría a estimar cumplidas las exigencias constitucionales del principio de inmediación”¹²⁵.

El planteamiento se dirige a hacer factible la implementación de la segunda instancia en el proceso penal, permitiendo la revisión de la valoración probatoria efectuada por el órgano *a quo*, pues al reproducirse ante el tribunal superior todo lo acontecido en primera instancia, también éste podría apreciar por sí mismo cualquier declaración recibida, lo que determinaría la observancia de la inmediación¹²⁶.

apelación en un sistema de enjuiciamiento oral y público, en virtud del principio que informa que los jueces que dictan sentencia deben ser aquellos que presenciaron el debate.

¹²⁴ I Jornada de Catedráticos de Derecho Procesal de las Universidades de España: “Conclusiones”, *cit.*, pág. 25.

¹²⁵ GIMENO SENDRA, Vicente: “La inmediación en la 2.ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6876 (5 febrero 2008), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

¹²⁶ Una segunda posibilidad, descartada desde ya, sería la repetición en segunda instancia de las pruebas personales practicadas en la primera. Esta opción, según advierte JORGE BARREIRO, Alberto: “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 48 (noviembre 2003), págs. 73 y 74, además de no estar prevista en el ordenamiento procesal, el que únicamente accede al diligenciamiento de nuevas pruebas en apelación ante supuestos específicos (790.3 de la LECr), no a la repetición de las ya practicadas, generaría serios inconvenientes prácticos, como la carga e incomodidad que supondría para acusados, testigos y peritos tener que acudir nuevamente a declarar o a debatir una pericia, más aun, el alejamiento de los hechos en el tiempo podría repercutir en la veracidad y exactitud de las nuevas declaraciones,

Distintos autores comparten esta postura; por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que para impedir que la falta de intermediación imposibilite el control en apelación, es necesario dejar constancia de modo fehaciente de todo lo actuado ante el órgano *a quo* utilizando los medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido¹²⁷.

De este modo, frente a opiniones que se muestran reacias a tal solución, argumentando que persistiría el quebrantamiento del principio, en tanto éste se dirige a garantizar el contacto directo entre el Juez, las partes y los elementos del proceso, y no a que aquél vea y oiga lo que las partes hayan dicho mediante una grabación¹²⁸, aunado a que una cinta de vídeo no permite dicho contacto, pues escaparían de la percepción judicial los gestos, los silencios y el

aunado al prejuicio que podría suponer para el testigo conocer el resultado del proceso en primer grado e, incluso, el riesgo de alteración de la prueba mediante sugerencias o amenazas derivado de su resultado incriminatorio en la instancia previa. A la inviabilidad práctica de esta opción alude también GARBERÍ LLOBEGRAT, José: "El alcanzable mito de la segunda instancia penal", en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6507 (19 junio 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010], quien resalta que, aunado a la necesidad de acomodar el texto legal para hacerla factible, no siempre sería posible repetir con exactitud la prueba practicada en primera instancia, al punto que resultarían inevitables declaraciones prestadas ante el tribunal *ad quem* distintas o, peor aun, contradictorias a las vertidas ante el órgano inferior. También se opone a esta solución VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, cit., pág. 119, quien señala la mayor duración de los procesos que conllevaría.

¹²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba...*, cit., pág. 249. Asimismo, se refieren a la grabación audiovisual como instrumento adecuado para garantizar la intermediación en segunda instancia, entre otros, ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., págs. 53 y 54; RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal...*, cit., pág. 110; CEDEÑO HERNÁN, Marina: "Algunas cuestiones...", cit., pág. 214; ARANGÜENA FANEGO, Coralía: "Proceso penal...", cit., pág. 54; VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 195 y 196; LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, cit., pág. 207; BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: "La impugnación de sentencias y de determinados autos en el proceso de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado (Comentarios a la Disposición Final Segunda. Núms. 13, 14, 15, 16 y 17, LOTJ 5/1995)", en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, et al.: *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Instituto de Estudios Penales, Granada, 1996, pág. 412; RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos...*, cit., págs. 140 y 141; JORGE BARREIRO, Alberto: "Las sentencias absolutorias...", cit., pág. 79; VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, cit., pág. 121; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 632; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: "Consideraciones sobre los recursos en materia penal", en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (1999), pág. 322; VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 125; SAAVEDRA GALLO, Pablo: "De la impugnación de la sentencia", en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (coord.): *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas (análisis de las modificaciones introducidas a la Ley de enjuiciamiento criminal por L.O. 8/2002, L.O. 9/2002 y L. 38/2002)*, Comares, Granada, 2003, págs. 215; LÓPEZ COIG, Juan Carlos: "La proyectada generalización...", cit.; GARBERÍ LLOBEGRAT, José: "El alcanzable mito...", cit.; VILLAMOR MONTERO, Pedro-Roque: "El recurso de apelación contra sentencias: problemática actual", en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal...*, cit., pág. 109; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: *Derecho procesal penal* (con Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN, et al.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 956, y TORRES GELLA, Francisco: "¿El fin, por fin, de la única instancia en materia penal? Reforma del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre", en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7523 (3 diciembre 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 06 febrero 2011].

¹²⁸ Así lo señala, entre otros, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia...*, cit., págs. 49 y 50.

ambiente mismo de la declaración¹²⁹, cabe señalar, citando las palabras de IACOVIELLO, que la inmediación es “una técnica de formación de la prueba, no un método para el convencimiento del juez”¹³⁰.

Es éste el criterio expuesto en la STS 845/2007, de 23 de enero, en la que se considera:

“[...] es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir: a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.”

En efecto, la inmediación tiene un valor meramente instrumental, pues permite al juez, mediante la observación de la “confrontación y el diálogo directo y descarnado” entre los distintos actores (partes procesales, testigos y peritos), lo que se traduce en expresiones y argumentaciones tendientes a explicar, corregir, esquivar o justificar una determinada conducta, un hecho o una situación, captar datos e informaciones que serán fuente de conocimiento racional, “accesible a la crítica de terceros”¹³¹.

En consecuencia, no es “una forma de percepción íntima de un lenguaje gestual subliminalmente emitido”, por lo que se hace necesario, como acertadamente apunta ANDRÉS IBÁÑEZ, no concebirlo como mecanismo dirigido a posibilitar la lectura de los gestos y la actitud de la persona que presta su declaración, cuyos rasgos (el tartamudeo al hablar, la inseguridad en la expresión o el movimiento de las manos, por ejemplo) se perfilan esencialmente ambiguos, permitiendo cualquier interpretación posible, máxime ante un observador no especializado; a la postre, tales elementos, acota el

¹²⁹ Como argumenta HERRERA ABIÁN, Rosario: *La inmediación como garantía procesal...*, *cit.*, págs. 176 y 177.

¹³⁰ IACOVIELLO, Francesco M.: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pág. 150. También JORGE BARREIRO, Alberto: “Las sentencias absolutorias...”, *cit.*, págs. 79 y 80, se refiere a la desmitificación de la inmediación como “supuesto método de conocimiento y valoración de la prueba”. Asimismo, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 177, señala que la inmediación es “una técnica para la formación de las pruebas, no un método para valorarlas”.

¹³¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre el valor de la inmediación...”, *cit.*, págs. 59 y 60.

autor, bien pueden constituir “un importante y peligroso factor de inducción al error”¹³².

Conforme a las notas anteriores, el adecuado entendimiento de lo que la intermediación conlleva, descartando aquello que no es¹³³, permite apreciar la utilidad de las técnicas de grabación de la imagen y el sonido que hagan posible la reproducción ante el tribunal de apelación de lo acontecido en primera instancia, viabilizando así, con observancia de dicha garantía procesal, el control sobre la valoración de las pruebas personales y la consecuente determinación de hechos probados a partir de éstas¹³⁴.

Con todo, es preciso señalar que los argumentos que puedan dirigirse contra el control en apelación de la valoración probatoria y de los elementos de hecho fijados en la decisión recurrida, derivado de una supuesta vulneración de

¹³² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre el valor de la intermediación...”, *cit.*, págs. 59-61; comenta el autor que ciertos criterios imperantes en medios jurisdiccionales divergen de los conceptos prevalentes entre especialistas en psicología del testimonio. En cuanto a la pericia necesaria a que se alude, explican ARCE, Ramón; y FARIÑA, Francisca: “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en: BALLESTERO PASCUAL, José Antonio (dir.): *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 39 y ss., que la investigación psicológica sobre la exactitud de los testimonios y, específicamente, sobre la detección del engaño en las declaraciones, ha merecido la atención de expertos en la materia, es decir, de psicólogos del testimonio, quienes en numerosas investigaciones en este campo han identificado distintos elementos de importancia, entre los que cabe destacar, por ejemplo, los indicios no verbales y extralingüísticos asociados al engaño, como las expresiones faciales, el tono de voz o el movimiento corporal; con todo, resaltan los autores la necesidad de que estos elementos, para asegurar la fiabilidad de los resultados, sean interpretados por profesionales con alta formación y experiencia, así como evidente capacidad de objetividad.

¹³³ Destaca FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 64 (marzo 2009), pág. 116, que la imposibilidad de revisar la sentencia de instancia, derivado de una sobredimensión de la intermediación, otorga al órgano que la dicta un poder prácticamente omnímodo en materia de valoración probatoria; tal situación, añade, produce una merma de garantías, pues dicho principio no puede obstaculizar la revisión de la sentencia penal por lo que se refiere al pronunciamiento sobre la existencia o no de prueba de cargo, a la vez que no asegura, por sí mismo, una correcta valoración de las pruebas. Por su parte, LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “El control de los hechos en el juicio de apelación”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 66 (noviembre 2009), pág. 110, refiere que la intermediación no desempeña función epistemológica alguna y que su contribución al conocimiento de los hechos es sumamente escasa; en realidad, la intermediación es una garantía de segundo grado, no es más que la consecuencia de configurar el juicio penal como juicio oral y público. Agrega este autor que la función de la intermediación es primordialmente política, al legitimar el proceso y la decisión recaída en éste.

¹³⁴ El art. 743.1 de la LECr, reformado mediante Ley 13/2009, de 3 de noviembre, establece: “El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.” Cabe indicar que, desde antes, la Ley de enjuiciamiento civil dispone dicha exigencia (art. 147); al respecto, se refiere a la utilidad en el proceso civil de las técnicas de grabación audiovisual, GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos: “La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 48 (noviembre 2003), págs. 81 y ss.

la intermediación, aun implementando sistemas que permitan la reproducción audiovisual de las diligencias de práctica de la prueba, no demeritan la conveniencia y utilidad de éstos, sobretodo, al tomar en cuenta que hacen factible la instauración de una segunda instancia en la que se posibilita el examen de los aspectos jurídico y fáctico de la resolución impugnada, lo que repercute en la efectividad del derecho al recurso y, con ello, en el refuerzo de las garantías procesales¹³⁵.

No obstante, sin perjuicio de la solución propuesta –no respaldada, hasta ahora, por la doctrina del TC¹³⁶–, se hace necesario reconducir la discusión

¹³⁵ MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo V, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Mariano AYERRA REDÍN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 86 y 87, señala que, ante opiniones que propugnan por suprimir la apelación por contrariar los principios de oralidad e intermediación, es siempre conveniente no exagerar la importancia de éstos, los que “deben entenderse como directivas generales y no en otra forma”; en tal sentido, indica el autor que “el legislador, además, debe tomar en consideración también la opinión pública, que indiscutiblemente ve en la apelación una garantía útil, de la que los interesados se benefician con gran frecuencia y confianza”. Asimismo, expone HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 321, 324 y 325, que ni siquiera los obstáculos para la efectividad de la publicidad, oralidad, intermediación y concentración deberían considerarse insalvables para establecer la segunda instancia, agregando que los inconvenientes para su implementación son de menor importancia frente a las ventajas que conlleva, siendo preferibles éstos a limitar al justiciable el derecho de defensa que garantizan los recursos y, concretamente, la segunda instancia. Por su parte, expresa MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal...*, *cit.*, pág. 29, que una adecuada documentación del juicio oral ampliaría las posibilidades de impugnación, entendiendo que el derecho de defensa prima sobre la intermediación; de igual forma, para VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación...*, *cit.*, pág. 120, resulta preferible que padezca la intermediación si con la doble instancia se logra una mejor protección de los derechos e intereses de las partes.

¹³⁶ Aun cuando el art. 743.1 de la LECr establece la obligación de registrar el desarrollo de las sesiones orales en soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, aunado a que el art. 790 (también reformado por la Ley 13/2009) posibilita solicitar, en apelación, la reproducción de dicha grabación, la jurisprudencia del TC no se ha mostrado anuente a esta solución, pero su negativa se apoya más en la necesidad de una audiencia pública en segunda instancia en la que se repitan las declaraciones vertidas en la primera, cuestión a la que se hizo alusión con anterioridad. Así, se indica en la STC 120/2009, de 18 de mayo, lo siguiente: “La Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez *a quo* había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos. Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal –desde el prisma de la credibilidad de los declarantes– al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas.”; en igual sentido, la STC 30/2010, de 17 de mayo. Según TENA ARAGÓN, María Félix: “Recursos penales”, en: CARMONA RUANO, Miguel (dir.): *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 436, la solución perfilada por la jurisdicción constitucional haría necesario que en una nueva regulación de la apelación se añadiera a las posibilidades de practicar prueba en segunda instancia (art. 790 de la LECr), la de proponer aquella sometida a la intermediación en los casos en que la sentencia impugnada sea absolutoria y la pretensión del apelante sea de condena. Cabe indicar que la cuestión sobre la posibilidad legal de nueva práctica de la prueba fue analizada ya por el TC en la sentencia 48/2008, de 11 de marzo, dictada en virtud de amparo solicitado por el acusador particular que, habiendo promovido apelación contra fallo absolutorio, solicitó al tribunal de segundo grado la sustanciación, con nueva práctica, de las declaraciones de los acusados y de dos de los testigos, las que, según denunciaba,

acerca de la compatibilidad entre la intermediación y la apelación, dirigiendo la mirada a los criterios que al respecto ha sostenido la jurisprudencia constitucional en España, en cuanto determinan el ámbito de actuación que en materia de valoración probatoria corresponde a los órganos que conocen del recurso.

De esa cuenta, tiempo atrás, señalaba el TC que la apelación otorgaba plenas facultades al órgano *ad quem* para efectuar una nueva valoración de los medios de prueba y, con ello, para modificar la plataforma fáctica sobre la que debe recaer la aplicación del Derecho¹³⁷.

Entre otras, en la STC 194/1990, de 29 de noviembre, se consideró:

“[...] aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde en principio al Juez de instancia, también el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le plantean, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium*, como en reiteradas ocasiones ha afirmado este Tribunal (entre otras, y por citar algunas, SSTC 124/1983; 23/1985; 54/1985 y 145/1987). Por ello, la modificación en la Sentencia ahora impugnada de la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada no es sino consecuencia lógica y congruente de la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia y su revocación en todos los extremos, por lo que no cabe apreciar, por esta sola causa, violación alguna del principio de igualdad del art. 14 de la C.E., cuya invocación en la demanda aparece como puramente retórica, ni del derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la C.E., habida cuenta que la razón por la cual el Juez de Instrucción modificó los hechos declarados probados por el Juzgado de Distrito en la Sentencia de instancia se

habían sido erróneamente valoradas, situación que había determinado la decisión de absolución; el tribunal de apelación, por su parte, denegó dicha práctica al entender que la LECr no la admite y confirmó la sentencia de primer grado. Según la demanda de amparo, la denegación de la práctica de prueba contravino la doctrina elaborada a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; al respecto, consideró el TC que la decisión sobre dicha práctica dependía de la interpretación legal propia del órgano jurisdiccional: “La doctrina que parte de la STC 167/2002 no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él [...]. La práctica de tales pruebas, que podría no estar expresamente prevista en la ley, se anudará así constitucionalmente a otras que sí lo están, y será posible si el órgano judicial así lo entiende desde una interpretación no irrazonable de la ley. Lo que en ningún caso será constitucionalmente lícito es la práctica y valoración de pruebas sin las garantías constitucionales mínimas, cosa que sucederá, como ya se ha señalado, si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por la ausencia de otra que se solicitaba en contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción. Hemos, pues, de concluir que tampoco se ha producido la vulneración denunciada del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de la garantía de la práctica de las pruebas solicitadas en apelación: por una parte, porque el Tribunal entendió razonablemente que tal práctica no estaba permitida por la ley; por otra, porque la misma, y singularmente la declaración de los acusados, no se erigía en este caso, en el que no se procedió a práctica probatoria alguna, como exigencia constitucional derivada de la necesidad de contradicción.”

¹³⁷ En tal sentido, para DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, *cit.*, pág. 398, debido a la ilimitación de las facultades del tribunal *ad quem* (*plena cognitio*), puede plantearse en apelación, de nuevo, todo lo que concierne a la prueba, incluyendo el tema de los indicios.

deduce, como es obvio, del propio tenor de la nueva declaración de hechos probados y aparece debidamente motivada y explicitada en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de apelación.”

Como se aprecia, el TC no reparaba en impedimento alguno, derivado de la inmediatez en el diligenciamiento de las pruebas, en cuanto a la valoración de éstas en apelación. En efecto, en la STC 120/1999, de 28 de junio, se consideró expresamente que no existe vulneración de aquel principio procesal en lo que atañe a una nueva valoración de las pruebas practicadas en primera instancia; así, se expone en la sentencia:

“En relación, finalmente, con el derecho a un proceso con todas las garantías y, más concretamente, con la eventualidad de una falta de inmediatez en la valoración de la prueba por parte del Tribunal *ad quem* se ha dicho, en atención a una queja semejante, que ‘no se vulnera tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediatez y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal (STC 43/1997, fundamento jurídico 2.)’ (STC 172/1997, fundamento jurídico 4.)”

De igual forma, en dicha resolución señaló el Tribunal que el órgano de apelación se halla en idéntica situación que el de primer grado en lo que a la valoración de la prueba se refiere:

“[...] atendida nuestra jurisprudencia, nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto ‘por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma’ como por lo que se refiere a ‘la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba’ el Juez *ad quem* se halla ‘en idéntica situación que el Juez *a quo*’ (STC 172/1997, fundamento jurídico 4., y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995) y, en consecuencia, ‘puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*’ (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997).”

En definitiva, para el TC, la apreciación de la prueba –cualquiera que fuera– en segunda instancia no revelaba problema alguno, concluyendo que se trata de “dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal de apelación” (STC 124/1983, de 21 de diciembre).

No obstante, en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, el Tribunal varió sustancialmente su criterio; de esa cuenta, tras reiterar el carácter constitucional del principio de inmediatez, como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, estimó que ante la

apelación de una sentencia absolutoria “no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las [pruebas] practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”¹³⁸.

Para asumir su decisión, el TC se apoyó en la doctrina sentada por el TEDH al conocer de denuncias por violación al art. 6.1 del CEDH. Así, se consideró en la sentencia:

“[...] la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación, y si tal posible límite se ha respetado en este caso. [...] En el enjuiciamiento del problema actual no puede obviamente eludirse que este Tribunal en supuestos si no idénticos, sí, al menos, similares al ahora considerado, ha desestimado denunciadas vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, [...] es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, lo que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa, a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE. [...] En relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. [...] Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.”¹³⁹

¹³⁸ Cabe señalar que ya en la STC 63/1993, de 13 de marzo, relativo a un proceso civil, el Tribunal se había referido a la limitación que pesa sobre el órgano de apelación, derivado de la inmediación; se afirmó en dicha resolución lo siguiente: “En consecuencia, es básicamente esa restricción o no en el conocimiento, por parte del juzgador llamado a decidir sobre la causa, lo que determinará la relevancia de la queja; conocimiento que, según lo expuesto, se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues, en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial.”

¹³⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: “Límites para la revisión fáctica en apelación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal (comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7329 (27 enero 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 6 febrero 2011], hace una crítica al planteamiento del TC, argumentando el desconocimiento de

De este modo, conforme a la citada sentencia, a la que le han seguido distintos pronunciamientos en igual sentido, en los casos de recurso contra sentencias absolutorias, le está vedado al tribunal de apelación efectuar una nueva valoración de aquellos medios de prueba que hagan exigible la garantía de la inmediación, es decir, de las pruebas personales¹⁴⁰.

Es así como, en congruencia con la doctrina del TC, la inmediación en la práctica y valoración de las pruebas que por su naturaleza así lo requieran, cuya observancia determina una exigencia del derecho a ser juzgado mediante un proceso que cumpla con todas las garantías que aseguren la emisión de una decisión justa, impide que el tribunal que conozca del recurso promovido contra sentencia de absolución, con base únicamente en los documentos obrantes en la causa y que hagan relación de aquellas pruebas, se inmiscuya en la apreciación que a ese respecto haya hecho el órgano inferior, pues, de lo contrario, todo el valor instrumental de dicha garantía procesal quedaría desvirtuado.

Lo anterior hace necesario centrar la discusión en algunos aspectos concretos. En primer lugar, según se afirma en la sentencia citada, la limitación al tribunal de apelación para efectuar una valoración distinta a la contenida en primera instancia respecto de pruebas personales está referida a la impugnación de sentencias absolutorias; por ende, no cabría una condena en apelación infringiendo el principio de inmediación.

Ahora bien, cabe cuestionar qué sucede cuando la sentencia de primer grado es condenatoria, de forma que el órgano de apelación, al conocer del recurso promovido en favor del acusado, revoca el fallo declarando su absolución. Dicha situación fue abordada en el ATC 467/2006, de 20 de

los principios y fundamentos del sistema de apelación en el proceso penal español, el que se asienta en el principio de revisión de lo actuado en primera instancia, lo que sitúa al tribunal *ad quem* en la misma posición procesal del *a quo*, a efecto de revisar todos los extremos, de derecho y de hecho, de la resolución impugnada, conforme a los motivos que exponga el recurrente.

¹⁴⁰ El criterio ha sido reiterado, entre otras, en las SSTC 230/2002, de 9 de diciembre; 189/2003, de 27 de octubre; 40/2004, de 22 de marzo; 111/2005, de 9 de mayo; 213/2007, de 8 de octubre; 115/2008, de 29 de septiembre; 214/2009, de 30 de noviembre; 1/2010 y 2/2010, ambas de 11 de enero; 127/2010, de 29 de noviembre, y 46/2011, de 11 de abril.

diciembre, en el que se inadmitió el amparo promovido por el acusador particular que denunciaba la inobservancia del principio de inmediación por parte del tribunal de apelación al haber variado, mediante nueva valoración de la prueba (declaraciones de los acusados), los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia de primer grado y, en consecuencia, había absuelto a los procesados.

En el citado auto, luego de hacerse mención de la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia como derecho que asiste al acusado en el proceso penal, se afirma que el titular de la garantía de la inmediación para la valoración de pruebas personales es, precisamente, quien figura como imputado por la comisión de un hecho delictivo, no así la parte acusadora¹⁴¹. Para el efecto, se considera en la resolución:

“[...] desde el punto de vista constitucional, y desde la perspectiva del art. 24.2 CE, la garantía de inmediación es una garantía asociada a la presunción de inocencia y por ello, en cuanto garantía constitucional, sólo admite la titularidad del acusado. Al igual que no existe ‘un principio de legalidad invertido’, que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, FJ 4), ‘tampoco existe una especie de ‘derecho a la presunción de inocencia invertido’, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas’ (STC 141/2006, FJ 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de inmediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba [...], y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del *ius puniendi* del Estado, en el que ‘el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso’ [...]. Hemos de señalar, finalmente, en respuesta a la alegación correspondiente de la demanda, que desde su origen en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, la doctrina de este Tribunal en torno a la exigencia constitucional de la garantía de inmediación para la valoración de las pruebas personales ha situado la titularidad del derecho correspondiente en el acusado.”

Vale acotar que el criterio vertido es congruente con la doctrina mantenida por el TC, en cuanto a que el derecho a la presunción de inocencia es “quizás la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada” (STC

¹⁴¹ Como antes se afirmó, la parte acusadora puede impugnar el fallo absolutorio en cuanto conlleve violación al derecho a la tutela judicial efectiva, no a la presunción de inocencia, cuyo titular exclusivo es el acusado. Así, señala RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas anotaciones sobre la construcción de la sentencia penal desde la perspectiva constitucional”, en: *Estudios de Derecho procesal...*, *cit.*, pág. 333, que la presunción de inocencia actúa en tanto no exista prueba del hecho y de la participación del acusado en éste, por lo que jamás podría ser alegada de manera invertida por el acusador, no existiendo paridad entre quien acusa y quien es acusado, siendo lógico que así sea.

141/2006, de 8 de mayo¹⁴²) lo que precisa el refuerzo de las garantías establecidas a su favor, destacando que no existe, como se señala en el citado auto, un “derecho a la presunción de inocencia invertido”¹⁴³ que amerite “la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de inmediación”.

En tal sentido, cabe anotar que, como igualmente ha afirmado el TC, la valoración de pruebas personales sin observar el principio de inmediación conlleva no sólo la violación al derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues esta verdad interina únicamente puede ser enervada “mediante pruebas practicadas con las suficientes garantías”, entre las que encuentra cabida aquel principio (art. 24.2 de la CE), existiendo conculcación de dicho derecho fundamental “en la medida en que la eliminación de la prueba personal practicada sin inmediación deje sin sustento el relato de hechos probados que

¹⁴² Se expone en la sentencia: “En efecto, en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso. En múltiples ocasiones ‘hemos marcado la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas’ [...]. Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues ‘al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales’ [...], y encuentra plasmación, entre otros, en los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la revisión de la condena, a no ser condenado dos veces por lo mismo o a la legalidad de las infracciones y sanciones.” En cuanto a este tema, refiere ALONSO SALAZAR, Luis: “El mérito –especie fáctica– de la sentencia penal ...”, *cit.*, pág. 568, que el imputado siempre se encuentra en posición de desventaja frente al acusador, quien “investiga, prepara, recopila las pruebas y cuando lo estima prudente, presenta la acusación respectiva, sorprendiendo al acusado, quien no ha tenido la oportunidad de defenderse, puesto que desconoce la existencia de la acusación, amén de haber sido sometido a un proceso penal en el que no se ha podido demostrar su culpabilidad”.

¹⁴³ ATC 63/1997, de 6 de marzo: “El art. 24.1 C.E. declara el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de ‘derechos e intereses legítimos’, no del *ius puniendi* del Estado, ni de cualesquiera otras potestades o actos públicos [...]. En cuanto al apartado 2 de ese mismo art. 24, nuestra jurisprudencia ha señalado que los derechos y garantías que en él se enumeran protegen especialmente al inculcado dentro del proceso penal, e incluso exclusivamente a él [...]. En el art. 24, en fin, la Constitución impone al Estado el deber de actuar su potestad más enérgica, que es la de castigar, a través de un proceso equitativo, respetuoso de la persona humana y de sus libertades fundamentales, y en último término de su dignidad como tal persona, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 C.E.). Todo en él son, por consiguiente, límites a la actuación del Ministerio Fiscal como parte acusadora en el proceso penal.” Por su parte, en idéntico sentido al sostenido por la jurisprudencia constitucional, se indica en la STS 1782/1998, de 16 de marzo: “No existe un principio de presunción de inocencia invertida, que pueda favorecer a la acusación frente a las sentencias absolutorias fundadas en la falta de convicción suficiente del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado.” Por último, en cuanto al acusador particular, señala la STC 199/1996, de 3 de diciembre: “La Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales.”; en igual sentido, entre otras, la STC 21/2000, de 31 de enero.

soporta la declaración de culpabilidad del acusado” (STC 112/2005, de 9 de mayo¹⁴⁴).

De esa cuenta, es evidente que la doctrina sentada por la jurisdicción constitucional, referida a las limitaciones del tribunal de apelación derivadas de la garantía de inmediación, únicamente es aplicable en casos de sentencias absolutorias de primera instancia, no así respecto de las condenatorias, pues en cuanto a éstas, el derecho a la presunción de inocencia y el propio derecho del condenado a recurrir el fallo permiten el más amplio nivel de control a efecto de aminorar o descartar su condena¹⁴⁵.

En este punto es dable reiterar que el derecho al recurso de las partes acusadoras es de mera configuración legal, pues es la legislación ordinaria la que establece la facultad de éstas de recurrir las decisiones judiciales y el ámbito de la impugnación que, para tal efecto, se regule a su favor, al contrario de lo que sucede con quien ha resultado condenado en el proceso, quien sí es titular de un derecho constitucionalmente protegido a someter a un tribunal superior la sentencia que lo haya declarado culpable y la pena que le haya sido impuesta. Lo anterior, en virtud de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que así lo reconocen, cuestión que determina, en definitiva, que no se está ante situaciones idénticas y que, por lo mismo, ambos supuestos no están amparados por iguales garantías¹⁴⁶.

Un segundo aspecto a tomar en cuenta es el que concierne a qué pruebas son aquellas cuya valoración en primera instancia queda exenta del control en apelación; como se indicó oportunamente, el criterio incide en las pruebas

¹⁴⁴ En igual sentido las SSTC 1/2010, de 11 de enero, y 30/2010, de 17 de mayo.

¹⁴⁵ JORGE BARREIRO, Alberto: “Las sentencias absolutorias...”, *cit.*, pág. 70.

¹⁴⁶ Refiere BERMÚDEZ OCHOA, Eduardo Víctor: “La sentencia de apelación”, *cit.*, pág. 148, compartiendo el criterio del TC, que la garantía de inmediación se reconoce en beneficio del acusado, pues la presunción de inocencia que la Constitución consagra sólo puede ser destruida mediante pruebas producidas en observancia de las garantías de un proceso justo, sin que existe un derecho a la presunción de inocencia invertido; asimismo, señala que en el caso de recurso contra sentencia condenatoria, el órgano *ad quem* no encuentra trabas legales o interpretativas que le impidan mantener un entendimiento distinto de las pruebas practicadas en primera instancia, aun siendo de naturaleza personal. Por su parte, señala GARBERÍ LLOBEGRAT, José: *Los procesos penales: comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia* (con Vicente GIMENO SENDRA y Cándido CONDE PUMPIDO-TOURÓN), tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 437 y 438, que no existiría lesión constitucional si en apelación, valorando pruebas que requieren de inmediación, el tribunal superior declarara la absolución del acusado.

personales, es decir, aquellas pruebas cuya especial naturaleza precisa, para su práctica y apreciación, de la relación directa con el juzgador.

En consecuencia, se trata, específicamente, del interrogatorio de los acusados y las declaraciones de los testigos, que por su carácter de pruebas personales no pueden ser valorados nuevamente sin intermediación (principio al que se suman los de contradicción y publicidad), es decir, “sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos”, como se expresa en la STC 40/2004, de 22 de marzo. Se incluyen también las declaraciones de los peritos que hayan sido citados en el juicio oral para “explicar, aclarar o ampliar” sus dictámenes¹⁴⁷.

Por ende, como apunta GIMENO SENDRA, se trata de pruebas personales “que exijan una formación del juicio de credibilidad sobre la veracidad o mendacidad de la declaración del interviniente de la prueba”¹⁴⁸, juicio de credibilidad que requiere, inexcusablemente, de la apreciación directa de la declaración de que se trate.

En tal sentido, la prohibición de valoración probatoria en segunda instancia no incluye a la prueba documental¹⁴⁹, a los informes periciales no ratificados en el juicio oral¹⁵⁰ y, por último, a la prueba indiciaria¹⁵¹.

¹⁴⁷ STC 120/2009, de 18 de mayo: “En relación con la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen [...], esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta [...]. No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba [...].”

¹⁴⁸ GIMENO SENDRA, Vicente: “La intermediación...”, *cit.*

¹⁴⁹ STC 170/2005, de 20 de junio: “Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación.”

¹⁵⁰ STC 143/2005, de 6 de junio: “[...] se destaca que la Sentencia absolutoria se basa en un informe no ratificado en el acto del juicio. [...] se refiere no al informe de los peritos [...] (que efectivamente fue ratificado en el acto del juicio), sino al informe del economista auditor don [...], informe en el que se apoyan los peritos antes citados, ante la carencia de documentación contable y de justificantes, para considerar acreditada la existencia de un préstamo [...]. Y este informe no fue ratificado en el acto del juicio, al no comparecer el [economista auditor], renunciando el defensor del recurrente a su intervención, como consta en el acta del juicio. [...] la prueba de cargo que sustenta la condena es la pericial presentada por la acusación (documentada en los informes elaborados por los inspectores de la Agencia Tributaria, en relación con la deuda tributaria y sus fundamentos contables: la existencia de incrementos patrimoniales no justificados), prueba que, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado, sí podía ser

Asimismo, aun tratándose de pruebas personales, si bien le está vedado al tribunal que conozca de la apelación contra sentencia absolutoria efectuar una nueva valoración y, por ende, variar la relación de hechos probados sobre la base de aquéllas, dicha prohibición no abarca el examen sobre la validez y suficiencia de la prueba, la racionalidad en su valoración y la motivación de la resolución, cuestiones en las que no incide la garantía de inmediación. En cuanto a ello, se considera en la STC 120/2009, de 18 de mayo, lo siguiente:

“Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.”

Por último, cabe agregar que nada impide que en segunda instancia el órgano jurisdiccional verifique y, de ser el caso, corrija cualquier cuestión jurídica contenida en la sentencia impugnada, pues el juicio de derecho en nada se ve afectado por la inmediación procesal¹⁵².

valorada en el presente caso sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los citados informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan [...].”

¹⁵¹ STC 272/2005, de 24 de octubre: “[...] no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.”

¹⁵² STC 170/2002, de 30 de septiembre: “[...] puede afirmarse que el núcleo de la discrepancia entre las dos resoluciones es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y que, por tanto, no se ha producido la denunciada vulneración de la garantía de inmediación, ni del derecho a un proceso justo, ni de la presunción de inocencia.” Respecto de este pronunciamiento, señala la STC 74/2006, de 13 de marzo: “Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.” Asimismo, cabe citar el ATC 338/2008, de 27 de octubre, en el que se indica que el criterio recogido en la STC 167/2002, en cuanto a las limitaciones de las facultades de control de la prueba en apelación, “no resulta aplicable a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria de instancia y la condenatoria dictada en la segunda es una cuestión concerniente a la estricta calificación jurídica de los hechos que la Sentencia

2.3.3) Apelación y prueba indiciaria

A partir de las notas anteriores, se aprecia que el tribunal de apelación está dotado de amplias facultades para ejercer el control de la sentencia impugnada en lo que a la prueba indiciaria se refiere¹⁵³.

En efecto, dado el ámbito del recurso, el órgano *ad quem* puede adentrarse en el examen sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para reconocer en la prueba indiciaria eficacia enervante de la presunción de inocencia¹⁵⁴.

Así, el tribunal superior está facultado para verificar que el hecho-indiciante haya sido válida y plenamente acreditado, que el nexo existente entre éste y la conclusión asumida responda a parámetros de racionalidad y que en la resolución se haya explicado el razonamiento que permitió llegar, del indicio, a la constatación del hecho necesitado de prueba.

Pues bien, en primer término, el control en apelación de la prueba del indicio debe dirigirse a verificar si han existido en el proceso verdaderos actos de prueba, válidamente obtenidos y practicados, conforme a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, en los que se funde la convicción del órgano de primer grado sobre la acreditación del hecho-base. Asimismo, el tribunal debe cerciorarse de que esos medios de prueba han sido valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica, es decir, si la apreciación del *a quo* se ha apoyado en los principios de la lógica, en la experiencia común o en conocimientos científicos, descartando un actuar arbitrario, lo que es

de instancia considera acreditados y que no se alteran en la segunda instancia, pues para ello no es necesario el examen directo y personal de los acusados o los testigos en un juicio público, sino que el Tribunal de apelación puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado”.

¹⁵³ En lo que atañe a procesos ante el Tribunal del Jurado, el art. 846 bis c) en su inciso e) regula como motivo del recurso de apelación, el siguiente: “Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.”

¹⁵⁴ Advierte BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “El derecho a la presunción de inocencia” (con José GUERRA SAN MARTÍN y Enrique TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE), *cit.*, pág. 1192, que el recurso de apelación constituye un eficaz mecanismo procesal para el control, en sede jurisdiccional ordinaria, del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

susceptible de verificación a partir del razonamiento expuesto en la propia resolución.

De esa cuenta, de concluir el tribunal superior que el indicio no se encuentra debidamente acreditado, ya sea porque no existen elementos de prueba que así lo corroboren o porque los obrantes en la causa no pueden apreciarse válidos para tales efectos (actuaciones que no pueden calificarse como pruebas o en cuya práctica se ha provocado lesión a un derecho fundamental), es obvio que no existirá prueba indiciaria en la cual se funde la convicción judicial, pues se habrá incumplido uno de los requisitos necesarios para reconocer en ésta aptitud para destruir el estado de inocencia del procesado.

Ante tal situación, corresponderá al órgano *ad quem* determinar si obran en la causa pruebas distintas sobre cuya base pueda subsistir el fallo de primer grado¹⁵⁵, o si, ante su inexistencia, resulta imperativo revocar la decisión de que se trate y, consecuentemente, absolver al acusado en observancia del derecho fundamental antes aludido.

La misma situación devendrá en el caso de que el órgano de apelación aprecie que la valoración de la prueba determinante para la comprobación del hecho-base ha resultado arbitraria, de manera que si a partir del examen crítico de la motivación expuesta en la sentencia deduce, justificándolo debidamente, que tales pruebas no podrían conducir racionalmente a tener por constatado el hecho-indiciante, habrá de concluir, por igual, en la falta de acreditación de éste y, por ende, en la inexistencia de prueba indiciaria.

¹⁵⁵ Tal facultad del órgano jurisdiccional no conlleva violación a garantía constitucional alguna. En la STC 282/1993, de 27 de septiembre, si bien el análisis efectuado se centra en la denuncia de violación al principio acusatorio por haberse confirmado el fallo condenatorio cuando sólo el acusado había apelado, se alude a la tarea de revisión de la resolución impugnada que compete al tribunal *ad quem*, concluyendo que la decisión que éste asuma debe supeditarse a la corrección o incorrección de aquélla; así, se expone en la sentencia lo siguiente: “[...] cuando sólo el condenado es recurrente, el Juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión, repetimos, constituye el objeto de la única pretensión de apelación.”

Como se indicó oportunamente, la limitación para valorar en forma distinta las pruebas personales practicadas en primera instancia no opera en el caso de impugnación contra sentencias condenatorias, en virtud de lo cual, en aras de tutelar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, el tribunal de apelación puede ejercer sus facultades de control variando, incluso, el elemento fáctico que compone el indicio (estándole permitido inferir una distinta conclusión a partir de ese nuevo hecho-indiciante), siempre que su actuar no revele arbitrariedad y que, como se exige del órgano de primer grado, exponga en la resolución los motivos que le hacen asumir determinada conclusión.

Por otro lado, el tribunal *ad quem* está facultado para verificar la existencia del nexo necesario entre hecho-base y afirmación presumida y, más aun, para cerciorarse de que éste responde a criterios de racionalidad; de esa cuenta, los jueces de segunda instancia no tienen limitación alguna para adentrarse en el examen de aquel enlace, pudiendo constatar no sólo si existe, sino si resulta consistente y coherente¹⁵⁶.

Por supuesto que esa compleja labor de control es ejercida a partir del razonamiento que el tribunal de primer grado explicita en su sentencia, es decir, a partir de la concreta motivación que en cuanto a la inferencia operada se encuentre contenida en la resolución, mediante la cual aquel órgano individualiza el indicio o indicios probados y, a la vez, explica el enlace o conexión lógica que le ha permitido llegar, de éstos, al hecho-indiciado.

Pues bien, apreciando la concreta explicación que el órgano *a quo* haya plasmado en su resolución, el tribunal de apelación debe controlar la racionalidad de la inferencia, determinando si reviste un juicio válido, ajeno a toda arbitrariedad, que permita deducir, a partir del indicio o indicios que se estimen probados, la acreditación del supuesto de hecho específico en el que se apoye la decisión judicial.

¹⁵⁶ MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: "Inmediación y prueba en la segunda instancia", en: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (dir.): *Las reformas procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 489. También se refiere a esa facultad del tribunal de apelación, BERMÚDEZ OCHOA, Eduardo Víctor: "La sentencia de apelación", *cit.*, pág. 98.

En un primer escenario, de estimar que la inferencia se muestra coherente y sólidamente fundada, no ilógica ni absurda, sin evidenciar reproche alguno en lo que a su estructura racional concierne y, especialmente, sin que exista discrepancia con el razonamiento efectuado, el tribunal de segundo grado confirmará la resolución en lo que a este punto en concreto se refiere, es decir, sin perjuicio de cualquier otro tema sometido a control.

Por el contrario, si el tribunal superior determina que el supuesto enlace entre indicio y conclusión no existe, al no haberse expresado en la resolución recurrida razonamiento alguno que lo sostenga, o bien, que la motivación expuesta no evidencia más que arbitrariedad en el actuar del inferior, entendiendo que la conexión descrita resulta contraria a los principios de la lógica, a conocimientos científicos o a máximas de la experiencia, su labor se habrá de desplegar en un sentido distinto.

En efecto, en este último caso, el tribunal *ad quem* deberá analizar si a partir del hecho-indiciante no es factible, mediante diferente juicio deductivo, arribar a la misma o a distinta conclusión. En otras palabras, le es dable al tribunal de apelación, en función de órgano de segunda instancia y sin importar el sentido de la decisión recurrida, corregir la inferencia operada en primer grado para ajustarla a las exigencias del criterio racional, con la subsiguiente variación de la conclusión asumida que aquella corrección podría conllevar, siempre que ello no suponga una reforma que agrave la situación del propio recurrente¹⁵⁷.

¹⁵⁷ STC 141/2008, de 30 de octubre: "A este respecto, hemos de recordar que desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la interdicción de la *reformatio in peius*, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión [...]. Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste [...], pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales [...]. A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el art. 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRim) para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE [...]. Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si

Cabe indicar que aun descartando la arbitrariedad en la decisión de primer grado, le es dable al órgano de apelación variar la inferencia si considera que una distinta deducción resulta más adecuada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, es decir, si discrepa del razonamiento deductivo expuesto en la resolución recurrida.

En cuanto a ello, en la STC 272/2005, de 24 de octubre, se alude a la posibilidad de que el tribunal de apelación se separe del pronunciamiento fáctico contenido en la sentencia recurrida en caso de “no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados”, de los cuales, sin variación, “el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia”, por cuanto dicho proceso “es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales”¹⁵⁸.

Es por ello que el órgano de apelación no se configura en mero “tribunal de legitimación”¹⁵⁹ de la decisión adoptada, en el sentido que, a diferencia de lo

no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio ‘aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal’, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso ‘para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia’ [...]” Asimismo, se refiere a la relevancia constitucional de la interdicción de la *reformatio in peius*, la STC 124/2010, de 29 de noviembre.

¹⁵⁸ Se refieren a las facultades del tribunal de apelación para corregir la inferencia operada, entre otras, las SSTC 74/2006, 75/2006 y 80/2006, todas de 13 de marzo; 43/2007, de 26 de febrero; 196/2007, de 11 de septiembre; 256/2007, de 17 de septiembre; 36/2008, de 25 de febrero; 24/2009, de 26 de enero, y 127/2010, de 29 de noviembre; así como el ATC 5/2009, de 12 de enero.

¹⁵⁹ Es el término empleado en distintas resoluciones del TS para ilustrar el alcance del control de la prueba indiciaria en casación, el que se limita a confirmar o rechazar las conclusiones asumidas en la sentencia recurrida en orden a su solidez y racionalidad, pero sin posibilidades de variar el juicio de inferencia; sin embargo, en ocasiones pareciera incluirse también a los tribunales de apelación en esta limitación. Así, entre otras, se expone en la STS 462/2007, de 26 de enero, lo siguiente: “El ámbito del control casacional que esta Sala debe efectuar se concreta en verificar desde el punto de vista formal si la Sala explicitó los diversos indicios sobre los que se vaya a trazar el juicio de inferencia, y que dicho juicio de inferencia se efectúe de una manera explícita y desde el punto de vista material que se verifique la existencia de tales indicios, [...], y si en definitiva, la decisión alcanzada en sí misma considerada es lógica y coherente de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, sin que por ello sea posible que esta Sala Casacional efectúe otra valoración diferente. En este aspecto es constante la doctrina tanto de esta Sala Casacional como del Tribunal Constitucional en el sentido de ‘...la imposibilidad de sustituir la valoración realizada por los Tribunales (ante los que se practicó la prueba) aunque existan otras igualmente lógicas, cuando la conclusión a la que se llega por el Tribunal sentenciador, es igualmente lógica...’ [...]. De acuerdo con el protagonismo que le comprende al Tribunal sentenciador en la valoración de la prueba, motivación fáctica y en la decisión adoptada, bien puede decirse que el Tribunal de apelación, el de Casación o incluso el Constitucional, en cuanto controlan la actividad de los Tribunales de instancia actúan como verdaderos Tribunales de legitimación de la decisión adoptada, al verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones, confirmándolas o rechazándolas dada las exigencias que se derivan de la naturaleza constitucional del derecho a la presunción de inocencia, [...]”

que ocurre en casación o amparo¹⁶⁰, su función no se circunscribe simplemente a verificar la racionalidad de la inferencia, dejándola intacta si de su examen no determina un proceder arbitrario, aun cuando, a su parecer, podría asumirse otra conclusión.

En cambio, como ha quedado sentado, el órgano que conoce en apelación sí puede rectificar, a su juicio, la operación deductiva llevada a cabo en primer grado y arribar así a una distinta conclusión, pues es ello lo que determina la naturaleza de la segunda instancia, es decir, la posibilidad de efectuar un examen íntegro de lo actuado por el tribunal *a quo*, con las únicas limitaciones antes enunciadas.

Por último, si del examen efectuado concluye el tribunal superior que la inferencia, por su irracionalidad, no permite sostener la conclusión asumida ni deducir válidamente otra, y que ningún otro elemento de convicción en la causa respalda el fallo recurrido, devendrá imperativo revocar la decisión, declarando la absolución del procesado por entender que no se ha logrado destruir, legítimamente, la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida a su favor.

2.3.3.1) Recurso del acusador contra sentencia absolutoria

Conforme a las exigencias de la garantía de la inmediación, en el caso de recurso promovido por el acusador contra sentencia absolutoria, le está vedado al tribunal de segunda instancia inmiscuirse en la apreciación de las pruebas personales que hayan servido al órgano de primer grado para estimar probado el indicio más allá del examen acerca de la racionalidad que debe imperar en su valoración, elemento que, como antes se indicó, ha de controlarse

¹⁶⁰ En el caso de la casación, al no configurar una segunda instancia, la función del órgano que conoce del recurso se limita a determinar si la inferencia operada responde o no a criterios de racionalidad, sin que pueda corregir o variar las inferencias contenidas en la sentencia recurrida. En cuanto al amparo, su naturaleza extraordinaria impide al TC adentrarse en asuntos que competen, con exclusividad, a los órganos del Poder Judicial, por lo que tampoco tiene facultades en tal sentido. Ambas cuestiones serán abordadas oportunamente.

apreciando la motivación contenida en la resolución, tarea que no depende del contacto directo con la prueba.

Por consiguiente, si el hecho-base ha sido constatado a partir de pruebas personales, no pueden los jueces que conozcan del recurso variar la valoración efectuada en la instancia anterior y, por ende, tampoco están facultados para modificar el elemento fáctico (el indicio) que se estime probado en la sentencia impugnada¹⁶¹.

En lo que concierne al concreto examen acerca de la racionalidad en la valoración de las pruebas personales, cabe indicar que se trata de una fiscalización externa de la estructura del discurso que vincula la actividad probatoria con el elemento de hecho que de ésta resulta (el indicio) y que se explica en la sentencia¹⁶².

En tal sentido, el tribunal *ad quem* no valora la declaración practicada en primera instancia, sino que se limita a efectuar un análisis del razonamiento expuesto por el *a quo* para deducir o descartar de ésta una determinada circunstancia fáctica (el resultado de la valoración), derivado de haberse convencido respecto de la credibilidad o no del declarante y de la

¹⁶¹ Explica MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "Prueba indiciaria y condena en segunda instancia", en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7402 (14 mayo 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 6 febrero 2011], que si los indicios han sido obtenidos de pruebas personales, se exige del tribunal *ad quem* que no altere o modifique el cuadro indiciario que se haya tenido por probado. Así, se considera en la STC 1/2010, de 11 de enero, lo siguiente: "Aunque la Sala de la Audiencia centró sus argumentaciones, y fundamentación jurídica, en la imposibilidad fáctica, inverosimilitud y mendacidad de la declaración del acusado, concluyendo que la inferencia del Juez de instancia sobre los indicios resultaba errónea e ilógica, el presupuesto de dicha argumentación es que los elementos fácticos (indiciarios) que se procedía a reconsiderar, tuvieron acceso al Juzgador de segunda instancia por medio probatorio personal (la declaración del acusado y las testificales) que, sin embargo –y en contra de nuestra reiterada doctrina–, no se practicó en audiencia en segunda instancia. Esto es, la Audiencia Provincial tomó como determinante y decisorio para su fallo y fundamentación jurídica de condena, lo declarado por el acusado y los testigos en el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal, efectuando una reflexión sobre los indicios derivados de los medios de prueba personales."

¹⁶² STS 8019/1997, de 29 de diciembre: "[...] en la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado en consecuencia a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos."

correspondencia o no entre lo que éste ha dicho y lo que efectivamente ha sucedido¹⁶³.

Pues bien, el examen procedente requiere apreciar el ajuste del discurso valorativo expuesto a los cánones del criterio humano, determinando si los motivos que apoyan el resultado de la valoración de la prueba respetan los principios de la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia colectiva, es decir, las reglas de la sana crítica¹⁶⁴.

Así, de entender el tribunal de segunda instancia que en la sentencia recurrida no se expone el razonamiento debido o que éste demuestra que la convicción alcanzada a partir de la valoración de pruebas personales determinantes en la causa no se funda en parámetros de racionalidad, evidenciando así arbitrariedad en la actuación del juez inferior, estará impedido de corregir las conclusiones a que éste último haya arribado, pues ello le haría

¹⁶³ STC 120/2009, de 18 de mayo: “[...] no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. [...] Por último, no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el Tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el Tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez *a quo* y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados. En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia con el lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa— como en su carácter fidedigno —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad— pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia.” En cuanto a lo expuesto en esta resolución, cabe acotar que, como se expone en las líneas que prosiguen, la solución que debe darse en apelación a una valoración de pruebas personales que se evidencie arbitraria exige, no la revocación de la sentencia absolutoria, sino la retroacción de actuaciones para que sea el tribunal de primera instancia correspondiente el que rectifique el error cometido, ello como respuesta a la demanda de protección al derecho a la tutela judicial efectiva, cuya violación es el fundamento del recurso promovido por la parte acusadora.

¹⁶⁴ Señala VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 125, que comprobar que el resultado conclusivo se infiere de las propias premisas es verificar que se ha razonado lógicamente, es decir, ejercer un mero control formal que no cuestiona la verdad de las premisas y que no requiere presenciar la práctica de la prueba, condicionado, eso sí, a que se explique en la sentencia el razonamiento del juzgador.

inmiscuirse en una función para la cual resulta imprescindible haber apreciado directamente la declaración de que se trate.

Por ende, ante la limitación impuesta al órgano de apelación y tomando en cuenta que en estos supuestos se trata de recurso promovido por la parte acusadora aduciendo violación al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 141/2006, de 8 de mayo¹⁶⁵), la estimación de la impugnación conllevaría la anulación de actuaciones y el reenvío para la repetición del juicio, como mecanismo de protección frente a la denuncia de falta de tutela judicial¹⁶⁶.

En efecto, no cabría en estos casos la mera revocación del fallo, pues la emisión de una sentencia de condena haría exigible la plena convicción del tribunal que ha apreciado la práctica de las pruebas, así como una completa motivación que denote el hecho-indiciante resultante de éstas y la específica inferencia que opere sobre su base, lo que el órgano de segundo grado no estaría en posibilidades de efectuar¹⁶⁷.

Ahora bien, si la acreditación del indicio por el juzgador de primer grado no es el resultado de pruebas en cuya práctica y valoración se haga exigible la observancia del principio de inmediación, como el caso de documentos o informes periciales no ratificados en el juicio o, incluso, de una inferencia anterior, sí puede el órgano de apelación examinar en toda su extensión la apreciación efectuada y, de ser el caso, rectificar la plataforma fáctica.

Como corolario, el control de la prueba indiciaria por la jurisdicción ordinaria, en lo que a la apelación concierne, no conlleva mayores obstáculos, dado el amplio margen de actuación atribuido a los órganos que conocen de la segunda instancia; la problemática va más dirigida al control en casación, como se podrá apreciar, derivado de los límites que determinan la naturaleza propia de este recurso.

¹⁶⁵ Se indica en la sentencia: “[...] se trata de una queja de falta de tutela ‘en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión’ [...]”

¹⁶⁶ Se refieren a la nulidad de actuaciones y a la retroacción del procedimiento para la corrección debida como mecanismo de protección, en amparo, del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras, las SSTC 96/2000, de 10 de abril, y 37/2006, de 13 de febrero.

¹⁶⁷ VILLAMOR MONTERO, Pedro-Roque: “El recurso de apelación...”, *cit.*, págs. 108 y 109.

2.4) Control de la prueba indiciaria en casación

Para comprender el alcance del control en casación de la prueba indiciaria se hace preciso entender las notas distintivas y fines que configuran la naturaleza especial de este recurso, cuestiones que se desarrollan, aunque sucintamente, en las líneas que prosiguen¹⁶⁸.

2.4.1) Notas distintivas del recurso de casación

El estudio del recurso de casación hace meritorio destacar los elementos que lo caracterizan en el sistema procesal de recursos, distinguiéndolo así del resto de medios de impugnación que el ordenamiento establece para atacar las decisiones judiciales¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Respecto del origen histórico de la casación, cuestión que indudablemente determinó su especial naturaleza, explica CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, tomo I, vol. I, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 26 y 27 (uno de los más acuciosos estudiosos del tema), que esta institución, como se conoce en la actualidad, es el resultado de la unión de dos institutos que se compenetran e integran mutuamente: por un lado, la Corte de Casación, que forma parte del ordenamiento judicial-político, y por el otro, el recurso de casación, perteneciente al Derecho procesal, los que, aunque su unión no se suscitó sino hasta la Revolución Francesa, es decir, como producto de la labor legislativa de la Asamblea revolucionaria, ya en épocas antiguas existían elementos procesales y políticos de los que con posterioridad se hizo uso en Francia para una elaboración distinta y con una finalidad novedosa. En consecuencia, como señala DE LA PLAZA, Manuel: *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 45, no se trataba de figuras análogas con el instituto actual, sino de materias que fueron abordadas más tarde por la técnica francesa para el desenvolvimiento de su creación, entre las que se ubica el problema de la validez y nulidad de la sentencia, desarrollado tanto en el Derecho romano como en el Derecho germánico, así como la *querella nullitatis* del Derecho común.

¹⁶⁹ Resalta SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Del recurso de casación", en MONTERO AROCA, Juan (coord.): *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal)*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 215, que el recurso de casación no surgió de forma espontánea a partir de la experiencia jurídica; en cambio, conforma una "magnífica y sofisticada obra de ingeniería jurídica ligada al positivismo y encaminada a convertir en realidad la ansiada primacía de la ley sobre las restantes fuentes del ordenamiento jurídico y muy especialmente sobre la jurisprudencia". En efecto, en el contexto de la Revolución Francesa, ante el temor de que los jueces (que eran los mismos del antiguo régimen) no se adaptaran a los nuevos postulados, se hizo urgente establecer un régimen que asegurara la más estricta sujeción de la función judicial al principio de legalidad, ámbito en el que surgió el antiguo *Tribunal de cassation*, que no era sino un órgano político, subsidiario del Poder Legislativo, que evolucionó hasta convertirse en la *Cour de cassation*, configurada como órgano jurisdiccional, situado en el vértice del ordenamiento judicial, cuya función se dirigía a garantizar a todos los ciudadanos el canon fundamental de igualdad ante la ley, para lo cual se encargaba de disciplinar la marcha de la interpretación jurisprudencial. CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, tomo I, vol. 2, *cit.*, págs. 64-69 y 139-144; y CIUDAD ESPEJO, Luciana: *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965, págs. 69 y ss. En tal sentido, por su notoria influencia en el ambiente revolucionario, cabe hacer cita de las palabras de MONTESQUIEU, Charles-Louis DE SECONDAT, Barón de: *Del espíritu de las leyes*, *cit.*, pág. 112, quien declaraba: "Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes."; sin embargo, destaca BACHOF, Otto: *Jueces y*

2.4.1.1) Recurso extraordinario

La primera característica que resalta la doctrina acerca de la casación¹⁷⁰ es su naturaleza extraordinaria¹⁷¹.

Para ARAGONESES ALONSO, el carácter extraordinario de la casación se funda en que no basta alegar un interés lesionado, siendo necesario que el recurrente se apoye en una de las causas legalmente establecidas para su interposición, aunado a que se limita, principalmente, a las cuestiones de derecho¹⁷². Asimismo, señala GÓMEZ DE LIAÑO que se trata de un recurso extraordinario que procede contra determinadas resoluciones, sobre la base de motivos concretos y delimitados legalmente¹⁷³.

Según ASENCIO MELLADO, el recurso de casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario cuya interposición procede sólo en presencia de motivos tasados, agregando que en la actualidad cumple, en virtud de la variedad de supuestos regulados, diversas funciones “no siempre apropiadas a lo que debe ser un recurso de casación”¹⁷⁴.

Pues bien, a partir de las notas anteriores es dable explicar el carácter extraordinario del recurso de casación, resaltando su procedencia únicamente contra aquellas resoluciones que la ley determina, así como la necesidad de

Constitución, traducción de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Civitas, Madrid, 1985, pág. 24, que con el transcurso de los años se hizo evidente que la función del juez nunca ha correspondido a la concepción de MONTESQUIEU.

¹⁷⁰ Según VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, [s.l.], 1979, págs. 48 y 49, el término “casación” proviene del latín, habiendo sido acogido por el idioma castellano antes que en los textos legislativos, para lo cual cita el Diccionario de la Lengua Castellana de 1817 en el que se define como “la acción de anular y declarar por ningún valor o efecto algún instrumento”. Incluso, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Reglas de la sana crítica y casación (sobre la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (1990), pág. 7, señala que los términos “casación” y “cassar” aparecen ya en sentencias dictadas por el Justicia Mayor del Reino de Aragón (siglos XIV y XV).

¹⁷¹ Con ese adjetivo lo califica el art. 57.1 de la LOPJ.

¹⁷² ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Curso de Derecho...*, cit., págs. 529 y 530. Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 739, señala que se trata de un medio de impugnación extraordinario con motivos tasados.

¹⁷³ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal...*, cit., pág. 547.

¹⁷⁴ ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 292.

fundar la impugnación en alguno de los motivos específicos taxativamente establecidos¹⁷⁵.

Resalta entonces que se trata de un medio de impugnación cuyo planteamiento ha de sujetarse a los presupuestos y requisitos específicos que la ley procesal establece.

Así las cosas, en lo que concierne a las resoluciones recurribles, cabe señalar que sólo interesan para el presente estudio las sentencias emitidas por tribunales colegiados en juicios de única instancia (art. 847 LECr).

Ahora bien, el carácter extraordinario de la casación se evidencia de manera especial, al exigirse al recurrente que supedite su interposición a cualquiera de los cauces de impugnación que la ley procesal determina, es decir que para promover el recurso se exige la invocación de alguno o algunos de los motivos expresamente regulados para el efecto, fuera de los cuales no es dable su promoción¹⁷⁶.

De esa cuenta, la LECr se refiere a dos modalidades del recurso: por infracción de ley (art. 849) y por quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851), estableciendo en cada caso motivos específicos cuya invocación al plantear la impugnación posibilita su trámite, conocimiento y resolución.

No interesa en este apartado ahondar en el contenido y alcance de tales motivos; en cambio, es necesario reiterar que fuera de éstos no es viable promover el medio de impugnación. En efecto, el carácter extraordinario del recurso impide hacer valer, respecto de la resolución objetada, alegaciones relativas a vicios que no se encuentren expresamente contenidos entre los motivos tasados por la ley procesal.

¹⁷⁵ Para DE LA RÚA, Fernando: *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 23, la casación es el medio de impugnación por el cual, por motivos específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores atribuidos a la sentencia que le resulta agravante.

¹⁷⁶ Señala al respecto NIEVA FENOLL, Jordi: "La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales", en: *Justicia*, nº 1-2 (2006), pág. 159, que una de las características más representativas de la casación y que la distingue de otros recursos ha sido, tradicionalmente, la existencia de motivos que limitan las razones por las que cabe su interposición.

De esa cuenta, el tribunal de casación, es decir, el Tribunal Supremo¹⁷⁷, está facultado para inadmitir aquellos recursos interpuestos por causas distintas a los motivos taxativamente previstos (art. 884.1 LECr).

Con todo, cabe advertir que la necesidad de fundar la casación en los cauces recogidos en la ley no determina, en la actualidad, el rigor formal que antaño caracterizó al instituto¹⁷⁸; en tal sentido, al posibilitarse su planteamiento mediante la invocación de infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr), se abrió sustancialmente el recurso, pues en materia penal y procesal penal, “cualquier causa razonable de impugnación puede tener engarce en la Constitución”¹⁷⁹.

En tal virtud, es necesario hacer notar que el reconocimiento de la casación como mecanismo jurisdiccional de garantía de los derechos y, en especial, su carácter de único recurso posible contra determinadas sentencias en el orden penal (respecto de las cuales no existe una segunda instancia)¹⁸⁰, han determinado la exigencia de una interpretación extensiva y carente de formalismos infundados en cuanto a las normas que lo regulan¹⁸¹; lo anterior,

¹⁷⁷ Para GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 804, la casación se caracteriza por ser un recurso supremo, el más importante del Derecho positivo, cuya esencia requiere que su decisión esté confiada a “un órgano jurisdiccional, único y último, es decir, de carácter singular para todo el territorio jurídico y de carácter postrero para toda una ordenación jurídica formal”. A ese respecto, acota VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: “Rasgos definitorios de la casación civil”, en: *El sistema de recursos: perfeccionamiento del derecho de ejecución singular*, X Reunión de Profesores de Universidades españolas, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1977, pág. 182, que sin duda, la primera nota relevante de la casación española es su “jurisdiccionalidad” desde sus orígenes, pues siempre el recurso ha estado confiado al TS, verdadero tribunal judicial, a diferencia de la experiencia francesa.

¹⁷⁸ Señala NIEVA FENOLL, Jorge: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 73 y 74, que en virtud de la doctrina del TC que propugna que el rigor formal no puede prevalecer en perjuicio de la efectividad de los derechos, el formalismo no es ya una característica válida para describir la naturaleza del recurso de casación.

¹⁷⁹ CONDE PUMPIDO-TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales: comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia* (con Vicente GIMENO SENDRA y José GARBEÍ LLOBREGAT), cit., pág. 198. En igual sentido, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: *Derecho procesal penal*, cit., pág. 954.

¹⁸⁰ Así se indica en la STS 5070/2005, de 21 de julio: “[...] al haberse liberado el recurso de casación de los requisitos excesivamente formales cuyo encorsetamiento pugnaba con el derecho a la tutela judicial efectiva, máxime si se tiene en cuenta que todavía no existe una segunda instancia penal para los delitos juzgados por los Tribunales Provinciales, situación que abunda en la idea de que la casación, para ser el recurso ‘efectivo’ que estudia la culpabilidad y la pena –art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– debe verse libre de toda interpretación rigorista y formalista.”

¹⁸¹ Se refiere a esta situación RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal...*, cit., pág. 395, destacando el papel llevado a cabo por el TC, órgano que ha debido “desmontar una a una las piezas del rompecabezas” que comprendían el instituto, al punto que se han logrado eliminar los obstáculos formales que impedían el acceso efectivo al recurso. Asimismo, anota MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La*

con el objeto de no vulnerar, mediante el rechazo injustificado de la impugnación, el derecho a la tutela judicial efectiva de quien recurre¹⁸².

Así, la interpretación requerida en materia de casación, no sólo en lo que concierne a las normas que regulan los motivos en que puede fundarse, sino, en términos generales, todas aquellas referidas a cualquier causa de inadmisión, hace necesario que el tribunal verifique con suma cautela el cumplimiento de las exigencias que puedan obstaculizar el conocimiento y decisión del recurso, procurando descartar que la inobservancia de meras “irregularidades formales” impida al recurrente el acceso a la impugnación, cuestiones en las que la jurisprudencia constitucional ha llevado a cabo una importante labor¹⁸³.

Como corolario, la naturaleza extraordinaria de la casación no debe incidir en el rigor formal que por muchos años dominó la interpretación de las normas atinentes a esta materia; por el contrario, la garantía del derecho al recurso y, con ello, de la tutela judicial efectiva, hace imprescindible que la normativa procesal que regula este medio de impugnación sea interpretada y aplicada

presunción de inocencia..., cit. págs. 350 y 351, que, al ser la casación el único medio de impugnación frente a determinadas decisiones judiciales, han debido ensancharse los límites del recurso, interpretando sus normas reguladoras en el sentido más favorable, aun con el riesgo de desnaturalizar su verdadero sentido y alcance.

¹⁸² STC 60/1985, de 6 de mayo: “Las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento procesal ocupa hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el art. 24 de la Norma Fundamental. La casación penal, por ello, no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un ‘Tribunal superior’, como quiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, [...]. Por todo ello, y como consideración preliminar, hay que dejar sentada la de que la privación sin fundamento jurídico suficiente del acceso al recurso en materia penal constituirá lesión del derecho fundamental a la tutela efectiva por parte de los Tribunales de este orden jurisdiccional, conculcación que habrá de ser reparada por este Tribunal Constitucional en los casos en que así se pida a través de una demanda de amparo.”

¹⁸³ STC 123/1986, de 22 de octubre: “Como este Tribunal ya ha señalado [...], la interpretación realizada por los Tribunales de los motivos de inadmisión del recurso de casación, pueden ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo, toda vez que los motivos deben ser cuidadosamente interpretados y aplicados, porque el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismo enervante contrario al espíritu y a la finalidad de las normas reguladoras del recurso de casación. Es decir aunque hay que cumplir los presupuestos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes, no toda irregularidad meramente formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de forma que no es lo mismo un rigor formal justificado que un exceso de formalismo. Criterios orientadores para distinguir uno y otro, son el de estabilidad y fuerza intrínseca de los hechos y, especialmente, el de proporcionalidad, que impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad de los actos.”

con medida, sin incurrir en vulneración de tales derechos mediante la exigencia de requisitos no basados en ley, o bien, exageradamente rigoristas.

2.4.1.2) Ámbito de conocimiento del tribunal

En lo que concierne al ámbito de conocimiento del tribunal de casación, si bien éste se encuentra sujeto a los motivos concretos invocados por el impugnante, tampoco en esta materia es legítimo que la normativa aplicable sea interpretada en forma restrictiva o con sumisión a formalismos excesivos.

En efecto, el criterio de la “voluntad impugnativa”, desarrollado por el propio tribunal de casación en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva mediante el acceso al recurso, ha determinado que con base en los alegatos del recurrente es factible entrar a conocer y resolver sobre cuestiones que se entienden implícitamente contenidas en sus argumentaciones, aun cuando no hayan sido expresa y concretamente reseñadas en el escrito de impugnación o hayan sido indebidamente invocadas en orden a los motivos establecidos en la ley procesal¹⁸⁴.

En segundo término, es pertinente acotar que en el trámite de la casación, conforme a su carácter de recurso devolutivo, dirigido específicamente al conocimiento de los errores que el impugnante atribuya a la decisión que objeta, deviene inviable el planteamiento de cuestiones nuevas no deducidas con anterioridad en el desarrollo del proceso¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Entre otras, se expone en la STS 992/2010, de 8 de enero: “Una vez resueltos, en la forma que antecede, los motivos formulados por los recurrentes, hemos de pasar ahora al estudio de un aspecto que, si bien no ha sido objeto propio de impugnación expresa, sí que ha de considerarse implícito en esa categoría amplia de la denominada ‘voluntad impugnativa’ de quienes recurren, a la que en tantas ocasiones ha acudido este Tribunal, para reparar errores graves en la aplicación de la Ley, aunque no hubieran sido suscitados expresamente como tales por las partes.”

¹⁸⁵ Así lo indica la STS 307/2010, de 10 de febrero: “[...] el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no

Por otro lado, al abordar el estudio acerca del ámbito de conocimiento del tribunal de casación, es imprescindible indicar que la propia naturaleza extraordinaria del recurso supone que la función del órgano se encuentra restringida al control de determinados aspectos de la resolución recurrida¹⁸⁶, límites que gradualmente se han ido atenuando conforme a la evolución del instituto.

De esa cuenta, si bien las limitaciones que han acompañado a la casación en su configuración original han resultado considerablemente mitigadas con la apertura que ha supuesto el reconocimiento del recurso como mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos, en especial al ser la única vía de impugnación de determinadas sentencias en el proceso penal, tal situación no ha conllevado que el tribunal de casación asuma las funciones de un órgano de segundo grado¹⁸⁷.

Así, el planteamiento de este medio de impugnación no abre, como sí lo hace la apelación, una segunda instancia, circunstancia que repercute en las facultades atribuidas al órgano que de él conoce¹⁸⁸. En consecuencia, el

formalmente propuestas ni debatidas por las partes [...]” No obstante, dicha resolución se refiere a dos casos de excepción en esta materia: “En primer lugar, cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, por ejemplo la apreciación de una atenuante, que puede ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y en segundo lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión [...]” En igual sentido, las SSTS 5966/2008, de 13 de noviembre, y 7710/2009, de 3 de diciembre, entre otras.

¹⁸⁶ Se refiere a este aspecto GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo II, *cit.*, pág. 803, con relación a la casación en el proceso civil, aunque sus conceptos son también aplicables al ámbito penal. Así, señala el autor que los rasgos definitorios del carácter extraordinario del recurso se evidencian, en primer lugar, porque las partes no pueden acudir a éste con base en su solo interés, sino que les es necesario contar con una causa legalmente determinada: con un motivo de casación; pero además, el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en iguales términos que los tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivos de la casación.

¹⁸⁷ En ese sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 606; y NIEVA FENOLL, Jorge: *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 89.

¹⁸⁸ El propio tribunal de casación ha precisado que su función no se equipara con la de un órgano de segunda instancia, como se aprecia en las SSTS 7523/1993, de 9 de noviembre: “[...] conviene recordar que el recurso de casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario que sólo permite revisar la adecuación a la legalidad de la resolución recurrida y el debido cumplimiento de las formalidades procesales cuyo incumplimiento puede dar lugar a la nulidad de la sentencia. No se trata de una segunda instancia en un sentido pleno, ya que no permite recuperar la totalidad de las funciones realizadas por el órgano sentenciador en única instancia en juicios por determinados delitos.”; 1509/2000, de 28 de febrero: “El motivo, por tanto, debió ser inadmitido *a limine* en fase de instrucción del recurso con arreglo a lo establecido en el artículo 884.3º de la referida Ley, ya que esta dialéctica es impermissible en

tribunal de casación no ejerce un control íntegro de las distintas cuestiones contenidas en la resolución objetada y que podrían ser objeto de impugnación por el recurrente; en especial, interesa reiterar que, en tanto el tema en discusión no se refiera a la racionalidad de la tarea llevada a cabo por los jueces de instancia, escapan de su control la valoración de la prueba y la consecuente fijación, con fundamento en ésta, del elemento fáctico de la sentencia¹⁸⁹.

Como corolario, la naturaleza del recurso incide directamente en el control que de la prueba indiciaria es dable requerir al tribunal de casación, pues, como cabrá apreciar, su función no puede llegar a sustituir la operación deductiva llevada a cabo por el órgano inferior, lo que determina alcances y efectos discrepantes con relación a la labor que ejercen los tribunales de apelación en esta materia.

2.4.1.3) Fines del recurso

Es indudable que la evolución que ha sufrido el recurso de casación ha determinado también una ampliación de los fines que persigue.

Según DE LA PLAZA, la casación tiene una función de “nomofilaxia”, en cuanto interesa al Estado la defensa del Derecho objetivo, pero también persigue, derivado de un interés social, que un “sentido de sustancial unidad”

cuanto a través de ella se trata de desnaturalizar, de modo evidente, el recurso extraordinario de casación, convirtiéndole en una segunda instancia.”; y 5385/2005, de 20 de septiembre: “El recurrente, con un larguísimo desarrollo expositivo, trata de refutar las pruebas practicadas en el juicio oral, como si de una segunda instancia se tratara este grado jurisdiccional extraordinario.”, entre otras.

¹⁸⁹ STC 56/1990, de 20 de marzo: “En efecto, en puridad de principios, la instancia procesal comporta un nuevo examen o pleno conocimiento por parte del Tribunal superior del asunto inicialmente juzgado, alcanzando la revisión, tanto a la determinación de los hechos (permitiendo, incluso, nuevas pruebas en determinados casos y valoración de la prueba practicada ante el Juez *a quo*, como a la determinación e interpretación de la norma aplicable; esto es, como ha señalado este Tribunal, el control de la totalidad de la actividad del órgano inferior (SSTC 90/1986 y 145/1987). Frente al carácter ilimitado de los motivos que pueden hacerse valer en la nueva instancia y del carácter plenario del conocimiento, que hace que el órgano judicial tenga para dirimirla los mismos poderes que el órgano que dictó la resolución recurrida, los recursos extraordinarios se caracterizan, precisamente, porque, como ocurre en los recursos de casación y revisión, los motivos de interposición están legalmente tasados y a ellos se reduce el conocimiento del Tribunal llamado a resolverlos, que no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa.” Al respecto, señala CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: *El recurso de casación en materia civil*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 95, que si la posibilidad de traer a la casación cuestiones sobre los hechos no fuera en cierto sentido limitada, la casación se convertiría en una nueva instancia.

impere en la interpretación de la ley. De allí que el autor señale que la casación tiene la suprema finalidad de corregir la actuación de los tribunales para “restablecer un Estado de Derecho del que se separaron los mismos a quienes se encomendó su custodia”¹⁹⁰.

Se refiere el autor a las dos finalidades originarias de la casación: la unificación de la interpretación y aplicación del Derecho y la garantía del cumplimiento de la ley, quedando fuera del control del tribunal toda cuestión relativa a la determinación del elemento fáctico al que se aplica la norma jurídica, incluida la valoración probatoria.

Al abordar aquellos fines originales de la casación, los que aun hoy son perseguidos, vale señalar que la búsqueda de uniformidad en la función de interpretación y aplicación del Derecho se dirige a hacer realidad los principios de seguridad y certeza jurídicas y de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley¹⁹¹; es ésta, cabría apuntar, la tarea esencial que debe asignarse al tribunal de casación¹⁹². Por su parte, el fin “nomofiláctico”¹⁹³ del recurso se dirige a asegurar, mediante el control de la legalidad de las decisiones judiciales, el imperio de la ley¹⁹⁴.

¹⁹⁰ DE LA PLAZA, Manuel: “La casación criminal española: su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo V, fascículo II (mayo-agosto 1952), págs. 190 y 191. También AGUILERA DE PAZ, Enrique: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, tomo VI, Editorial Reus, Madrid, 1925, pág. 6, alude a esos fines de la casación, al señalar que se encuentra establecida “no sólo para velar por el fiel cumplimiento de las leyes y por la recta aplicación de las mismas, sino también para hacer posible la uniformidad de la jurisprudencia”.

¹⁹¹ Como señala VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, *cit.*, págs. 140 y 141, en el ámbito penal, al regir el principio de legalidad, corresponde sólo al legislador establecer los tipos delictivos y las sanciones aplicables; sin embargo, dado que la ley no puede alcanzar un grado exacto de precisión, la interpretación judicial es siempre necesaria, quedando a cargo del tribunal de casación llevar a cabo dicha labor en condiciones tales que, por su corrección técnica y su incuestionable fundamento, logre persuadir al resto de órganos jurisdiccionales para que opten por la interpretación que realice, por entender que es “la mejor”, “la más correcta” o “la más adecuada”. También MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho jurisdiccional III: proceso penal* (Juan MONTERO AROCA, *et al.*), *cit.*, pág. 295, señala que en el proceso penal la doctrina del TS bien puede ser de utilidad para que la ley se interprete uniformemente, pudiendo los tribunales acudir a ella para dictar sentencia, pero nunca puede prevalecer sobre su criterio y, menos aun, denunciar su omisión para fundar un recurso de casación, como sí sucede en materia civil.

¹⁹² Así lo afirman, entre otros, RUIZ VADILLO, Enrique: “La posición del tribunal de casación penal en el Estado constitucional”, en: *Actualidad Penal*, tomo 2 (1991), pág. 505; VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, *cit.*, pág. 127; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho procesal penal*, *cit.*, pág. 1342.

¹⁹³ Conforme al término acogido por CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, tomo I, vol. 2, *cit.*, pág. 54.

¹⁹⁴ Apunta ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Perspectivas de la casación”, en: *Estudios diversos de Derecho procesal*, *cit.*, pág. 259, que la casación “es un recurso en beneficio del Derecho”.

Ahora bien, con el paso de los años, aunado a tales fines del instituto, la casación ha adquirido también una específica función de garantía de los derechos fundamentales, dada su concepción como mecanismo para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de éstos¹⁹⁵. Sin duda, el reconocimiento constitucional de determinados derechos fundamentales, entre los que destacan la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva, ha influido en esa ampliación de fines, exigiendo que se viabilice el planteamiento del recurso ante infracción de preceptos constitucionales¹⁹⁶.

Más aun, la inexistencia de una segunda instancia generalizada para atacar las sentencias penales¹⁹⁷, con la consecuente afirmación –aunque no compartida en este trabajo– por la jurisprudencia de que el recurso configura el instrumento que se dirige a hacer efectivo el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP, ha revestido una verdadera transformación de las finalidades asignadas a la casación, cuestión que es puesta de relieve en la STS 6823/2009, de 15 de octubre:

“Ha de recordarse que el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) [...]”¹⁹⁸

De esa cuenta, junto a los dos fines que tradicionalmente se han encomendado al recurso, la casación en materia penal cumple en la actualidad dos funciones más: mecanismo jurisdiccional de tutela de los derechos

¹⁹⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.): *Recursos...*, cit., págs. 34 y 35.

¹⁹⁶ STS 4129/2005, de 22 de junio: “El Tribunal de Casación, al que el ordenamiento constitucional ha impuesto, junto a su tradicional función nomofiláctica y uniformizadora en la interpretación de la ley, una nueva y trascendental función de amparo constitucional, tiene que velar por la observancia de aquellos criterios en los tribunales de instancia, censurando su eventual infracción cuando se le denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.”

¹⁹⁷ Apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba...*, cit., pág. 253, que podría tener sentido que el TS y el TC se atribuyeran competencias en el ámbito de la revisión de la apreciación de la prueba, derivado de la inexistencia de una segunda instancia en el proceso penal. Asimismo, según DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo: “La reforma del recurso de casación penal”, en: *Revista de Derecho Procesal* (2006), pág. 629, la CE de 1978 y la doctrina del TC respecto del art. 24 repercutieron en el progresivo ensanchamiento del ámbito de conocimiento del tribunal de casación a cuestiones de hecho, con el fin de “compensar la percepción de que el sistema de única instancia-recurso de casación presentaba un déficit de garantías respecto al de doble instancia”.

¹⁹⁸ En igual sentido, las SSTS 2511/2007, de 2 de abril, y 6186/2007, de 14 de septiembre.

fundamentales y de las garantías constitucionales en el proceso¹⁹⁹ e instrumento para posibilitar al condenado la revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena.

Así, la casación ha ido dejando de lado el interés general que regía su regulación y práctica en un inicio, en el que su función no estaba dirigida a la resolución del caso sometido a enjuiciamiento²⁰⁰, para centrarse cada vez más en la tutela del interés individual del recurrente²⁰¹. Es decir que el tribunal de casación, en la actualidad, se ocupa más en las exigencias de justicia del asunto que se somete a su conocimiento, que en pronunciamientos generales sobre doctrina legal²⁰².

En tal sentido, la tarea unificadora asignada con especial interés al recurso ha debido dar paso al control en el enjuiciamiento del caso concreto, a lo que debe añadirse que aquella finalidad original es imposible de ser cumplida a cabalidad, en tanto el tribunal de casación no conoce, vía impugnación, de un importante número de sentencias dictadas en el orden penal²⁰³.

¹⁹⁹ Como afirma CHAMORRO, Jesús Vicente: *Del recurso de casación en materia civil*, Aranzadi, Pamplona, 1991, pág. 27, la casación, en la actualidad, “es también de defensa de la Constitución”. Asimismo, expone MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *Recurso de casación y de revisión penal: control de la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 63, que, desde la perspectiva suministrada por la Constitución y la LOPJ, la casación se configura como recurso mediante el cual se asegura la interdicción de la arbitrariedad en lo referente a la garantía de los derechos fundamentales y a la unificación de la jurisprudencia penal y procesal.

²⁰⁰ RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José F.; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *El proceso penal práctico: comentarios, jurisprudencia, formularios*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 1805.

²⁰¹ Resalta SUAU MOREY, Jaime: “Recurso de casación penal y doctrina constitucional”, en: *La Ley*, n° 4 (1991), pág. 1137, que el reconocimiento por la jurisdicción constitucional de la compatibilidad entre la casación y el derecho del condenado de someter a revisión de un tribunal superior la condena y la pena, derivado del art. 14.5 del PIDCP, no hace sino corroborar que este recurso no sólo está al servicio de los intereses ligados a la necesaria depuración en la interpretación normativa, sino que, al cumplir esta función, también protege al justiciable.

²⁰² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “El recurso de casación penal, en la actualidad”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos...*, *cit.*, págs. 169 y 170.

²⁰³ Señala MAZA MARTÍN, José Manuel: “El recurso de unificación de doctrina en materia penal”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos...*, *cit.*, pág. 221, que la actual situación procesal, dada la disparidad en el régimen de recursos en el ámbito penal, permite que se den tantas posibilidades interpretativas como Audiencias Provinciales e, incluso, Secciones en estas Audiencias existan. También GIMENO SENDRA, Vicente: “La casación y el derecho a los recursos: (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n° 1488 (15 abril 1988), págs. 1740 y 1741, refiere que la función típicamente casacional de asegurar la aplicación uniforme de la ley resulta imposible en la actualidad “por defecto y por exceso”, pues aunado a que un importante número de sentencias emanadas de los tribunales no pueden ser impugnadas ante el TS, ocasionando no pocos criterios dispares, la función que éste desarrolla no es estrictamente

Pues bien, ante la necesidad de devolver a la casación un fin tan importante como es la unificación en la interpretación y aplicación del Derecho penal, material y procesal²⁰⁴, se vislumbra la necesidad de una reforma sustancial tendiente a generalizar la segunda instancia en el proceso penal, situación que descargaría al TS de la función de controlar la legalidad y justicia de la decisión asumida en primera instancia²⁰⁵, la que sería confiada a otros órganos que conocerían en calidad de tribunales de apelación²⁰⁶ –es decir, pasando a ser la apelación el medio de impugnación que haría eficaz el derecho a que alude el art. 14. 5 del PIDCP–.

Con las líneas anteriores no se ha querido sino exponer la situación actual en que se encuentra la casación, la que, como se ha indicado, no responde estrictamente a los fines de su concepción original, situación que repercute directamente en el ámbito de control del fundamento de la condena, como instrumento necesario para tutelar el derecho a la presunción de inocencia.

De esa cuenta, la actividad probatoria es objeto de una fiscalización que determina una contraposición total con el ámbito de control que en sus orígenes ejercía el tribunal de casación, cuestiones que serán abordadas oportunamente.

casacional, como el control del enjuiciamiento realizado por el órgano de instancia sobre el material probatorio, lo que ha significado una sobrecarga de trabajo.

²⁰⁴ Advierte COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: “La unificación de doctrina en el proyecto de ley de modificación de la casación”, en: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (dir.): *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 42, la necesidad, en la sociedad actual, de una instancia unificadora que de forma real y eficaz contribuya a que se aplique la ley de manera que se respete la igualdad, la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

²⁰⁵ Con un punto de vista distinto, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “El Tribunal Supremo y la unidad del orden jurídico-penal”, en: *Actualidad Penal*, tomo 2 (1993), págs. 649 y 650, niega que la generalización de la apelación pueda tener efectos positivos en la unificación del orden jurídico. Para el autor, la revisión de una sentencia por infracción del derecho a la presunción de inocencia o del derecho al debido proceso no da lugar a una cuestión relativa a los hechos, sino vinculada estrictamente al derecho; en tal virtud, la generalización de un recurso sobre los hechos, como la apelación, no conllevaría que se cubrieran cuestiones que descargarían al TS, pues pudiendo producirse en la segunda instancia las mismas infracciones que en la primera, no sería factible renunciar al ulterior control del derecho aplicable.

²⁰⁶ Es éste el contenido de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, antes citada, para cuyo desarrollo práctico se requiere del ajuste de las leyes procesales a su normativa.

2.4.1.4) Mecanismo jurisdiccional para la tutela de los derechos

Por su importancia, cabe efectuar algunas anotaciones más respecto de la función que corresponde al recurso de casación en la tutela de los derechos.

Así, la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución Española de 1978 fue el elemento que determinó una verdadera evolución de la casación, en tanto que la protección de los derechos fundamentales que aquella consagra, al haber sido encomendada con carácter preferente a los órganos del Poder Judicial mediante la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24.1), ha hecho imprescindible que el recurso responda eficazmente a dicho fin.

En otras palabras, la garantía de los derechos que la Constitución consagra, en especial de aquellos cuya vulneración puede suscitarse en el desarrollo de un proceso penal, exige que mediante el conocimiento y decisión de la casación –sin desconocer que se trata de un recurso extraordinario que no configura una segunda instancia– se posibilite al Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE), ejercer una tutela efectiva que dé respuesta al reclamo de protección del agraviado²⁰⁷, particularmente en aquellos supuestos en los que dicho recurso es la única vía de impugnación procedente²⁰⁸.

En tal sentido, la regulación del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al establecer expresamente la posibilidad de fundamentar la casación en la invocación de infracción de precepto constitucional²⁰⁹ (lo que repercutió en los órdenes penal, civil y cualquier otro

²⁰⁷ Como señala SUAU MOREY, Jaime: “Recurso de casación penal...”, *cit.*, pág. 1136, citando doctrina del TC, “el recurso de casación es uno de los instrumentos que sirven para ejercitar el derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución”.

²⁰⁸ Según el art. 847 de la LECr, el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias, Provinciales y Nacional.

²⁰⁹ Es preciso señalar que desde antes, la jurisprudencia había afirmado la posibilidad de invocar como motivo de casación la infracción de normas de la Constitución; en tal sentido, en la STC 56/1982, de 26 de julio, se indica: “Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que,

en el que pueda promoverse), evidencia la trascendental importancia del recurso como mecanismo de tutela de los derechos por parte de la jurisdicción ordinaria²¹⁰. Dicha regulación encontró acogida, más tarde, en el art. 852 de la LECr, reformado mediante Ley 1/2000, de 7 de enero, que dispone: “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional.”

De esa cuenta, como fue señalado en su oportunidad, la concepción tradicionalmente formalista del instituto ha debido dar paso a una interpretación amplia de las normas que lo regulan y, con ello, a una práctica jurisprudencial que ha logrado hacer prevalecer la garantía de los derechos sobre la técnica²¹¹.

Cabe agregar que en esta materia ha sido determinante la jurisprudencia que tanto el TC como el TS han logrado sentar en torno a la protección del derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de hacer viable, por medio de la casación, el control de la actividad probatoria llevada a cabo en la instancia, lo que ha significado una profunda transformación respecto de los

aparte otras muchas consideraciones, carece de las atribuciones que el art. 902 de la L.E.Cr. confiere a la Sala de Casación para dictar Sentencia sustitutiva de la anulada, con lo cual sus decisiones estimatorias pueden engendrar en algunos casos consecuencias tan nocivas como las que generaba la infausta institución de la ‘absolución de la instancia’ que hace ya más de cien años quedó expulsada de nuestro Derecho. La simple posibilidad de estas consecuencias obliga a apurar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental, para garantizar que, como quería el legislador de 1882, no se sacrifican jamás los fueros de la inocencia. No es, de otra parte, la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas, como la que de manera encomiable ha efectuado la Sala Segunda del Tribunal Supremo al admitir el recurso de casación que ha fallado con la Sentencia de 1 de junio pasado [...].”

²¹⁰ Art. 5 de LOPJ: “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. [...] 4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.”

²¹¹ Expone BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Los modelos jurídicos de la casación penal”, en: *Revista del Poder Judicial*, nº especial XIX (2006), pág. 315, que “la práctica actual de la casación ha redefinido la finalidad del recurso, entendiéndolo según la Constitución”. Asimismo, señala PÉREZ TREMPES, Pablo: “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 7 (mayo-agosto 1999), pág. 145, que la Constitución ha traído consigo una modificación del recurso de casación que se aprecia, en especial, en la medida en que ha impuesto una flexibilización de los excesivos rigores formales que presidían su regulación legal y su práctica procesal. Por último, señala PUERTA, Luis-Román: “La segunda instancia penal y el recurso de unificación de doctrina. Perspectivas de futuro”, en: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (dir.): *Las reformas procesales*, cit., pág. 35, que la necesidad de interpretar la normativa vigente desde la perspectiva constitucional “fue causa de una lenta, pero constante reforma de la casación diseñada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

motivos que permiten fundar el recurso, el ámbito de actuación del tribunal que de él conoce y la finalidad perseguida mediante su interposición en el proceso penal.

2.4.2) Motivos de casación

Se relacionan sucintamente y en términos generales los motivos previstos en la ley procesal para la promoción del recurso de casación.

Para el efecto, es pertinente citar a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, quienes señalan que el tribunal de casación desarrolla una función erigida en un doble sentido, cuya distinción determina las dos formas del recurso: por un lado, partiendo de los hechos fijados en la sentencia recurrida, examina la concepción jurídica causal de la decisión, lo que da lugar a la casación por infracción de ley, en la que se anula la resolución si no corresponde con la voluntad de la ley sustantiva; por el otro, sin atender al sentido del fallo, examina la regularidad del proceder que haya conducido hasta él, revistiendo la casación por quebrantamiento de forma, en la que la anulación deviene de haberse infringido las formas que la norma procesal prescribe para la actuación de aquella voluntad²¹².

Con anterioridad se indicó que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación exige que para su promoción el recurrente se funde en alguno de los motivos taxativamente previstos, ajustando al contenido de éstos el vicio que pretenda invocar; de esa cuenta, los autores citados se refieren en su explicación a los dos cauces que posibilitan la impugnación: infracción de ley (art. 849 de la LECr) y quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851), a los que habría que añadir la infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr).

Así, la casación por infracción de ley se manifiesta en dos modalidades: error de derecho (art. 849.1) y error en la apreciación de la prueba basado en

²¹² GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal, cit.*, pág. 302.

un documento que obre en autos (art. 849.2). En el primer supuesto, se trata de un error *in iudicando in iure*, es decir, un error del juicio jurídico del juzgador²¹³. En este caso, el examen que lleva a cabo el tribunal de casación se dirige a controlar la aplicación de las normas materiales a los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida, los que no pueden ser modificados en forma alguna.

Por su parte, el motivo de error en la apreciación de la prueba se refiere a un error *in iudicando* que incide en la valoración del elemento probatorio y, por ende, en la determinación del hecho, siempre que resulte de documentos que obren en el proceso y que demuestren la equivocación del juzgador sin ser contradichos por otros elementos probatorios²¹⁴. En tales casos, el error debió haber repercutido en el sentido de la decisión. La estimación del motivo supone, a la postre, mediante la corrección del error de valoración cometido, la modificación del hecho y, consiguientemente, de la decisión de fondo.

Si el TS acoge el recurso fundado en el motivo de infracción de ley, cualquiera que sea, procede a casar la sentencia impugnada, dictando a continuación, separadamente, la que corresponda conforme a derecho (art. 902).

La casación por quebrantamiento de forma comprende los errores *in procedendo*, cuyo fundamento reside en impedir la indefensión de las partes intervinientes en el debate judicial²¹⁵. Son denunciables por esta vía tanto los vicios cometidos durante la tramitación del proceso (art. 850), requiriéndose que se haya efectuado el reclamo de subsanación mediante los recursos

²¹³ BONET NAVARRO, José: *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 59.

²¹⁴ Señala CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: "Estudio de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del art. 849.2º de la Ley de enjuiciamiento criminal", en: *La Ley*, nº 1 (1986), págs. 1110 y 1111, analizando la reforma legislativa que suprimió en este motivo el término "error de hecho", que en materia procesal penal, al regir el principio de la libre valoración de la prueba, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el error en la valoración probatoria será siempre de hecho, por lo que la supresión operada por el legislador no tiene trascendencia alguna.

²¹⁵ RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José F.; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *El proceso penal práctico...*, cit., pág. 1830.

procedentes o la oportuna protesta (art. 884.5), como los vicios cometidos en la propia sentencia recurrida (art. 851).

La estimación del recurso por quebrantamiento de forma determina la devolución de la causa al tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió el vicio, la sustancie y finalice con arreglo a derecho (art. 901 bis a).

Por último, la casación por infracción de precepto constitucional se refiere a la denuncia de conculcación de una norma de la Constitución, con especial relación a aquellas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales²¹⁶.

Especial interés revela para el presente estudio la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto exige del tribunal de casación un control sobre la actividad probatoria desarrollada en la instancia y que ha servido de apoyo para la condena, incluido el control sobre la prueba indiciaria cuando ha sido determinante en la formación de la convicción judicial.

2.4.3) Casación y prueba indiciaria

Se ha indicado que el interés por hacer efectiva la observancia de la presunción constitucional de inocencia del acusado ha repercutido directamente en la evolución del recurso de casación, el que ha debido desplegarse en un sentido notoriamente distinto al de su configuración original.

De esa cuenta, con el objeto de asegurar la tutela del derecho, el tribunal de casación ha ampliado su ámbito de conocimiento, adentrándose en el control de la actividad probatoria, incluida la prueba indiciaria. Esta situación hace necesario un estudio sobre los cauces de impugnación que viabilizan dicho

²¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: "Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional", en: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (dir.): *La casación...*, cit., pág. 136.

control, las facultades conferidas en esta materia al tribunal y los efectos de un eventual fallo estimatorio en tal sentido.

2.4.3.1) Vía casacional adecuada

Un tema que merece especial atención al abordar el estudio del control en casación de la prueba indiciaria, se relaciona con el motivo que es preciso invocar como fundamento del recurso para posibilitar el pronunciamiento del tribunal.

En principio, cabe reiterar que el control que pueda ejercer el tribunal de casación respecto de la prueba indiciaria y, en términos generales, de la actividad probatoria, constituye un mecanismo para la tutela del derecho a la presunción de inocencia²¹⁷. Conforme a ello, lo determinante es establecer la vía casacional adecuada para denunciar la conculcación de este derecho, para lo cual es pertinente aludir a la progresiva evolución que en torno a esta específica cuestión se ha suscitado en la jurisprudencia española.

En tal sentido, es necesario hacer relación de la situación anterior y posterior a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo artículo 5.4 permite fundar la casación en la infracción de precepto constitucional.

Pues bien, previo a la entrada en vigencia de la LOPJ, la discusión sobre la vía adecuada para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y, con ello, instar el control en casación de la actividad probatoria, incluida, claro está, la prueba indiciaria, deambuló entre los criterios sostenidos por las jurisdicciones ordinaria y constitucional²¹⁸.

²¹⁷ STS 2534/2010, de 7 de mayo de: “La función del Tribunal Casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia.”

²¹⁸ Advierte VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, *cit.*, págs. 377 y 378, que la tutela de la presunción de inocencia en casación debió superar dificultades técnicas referidas a la naturaleza adjetiva o sustantiva del derecho y luego, al cauce adecuado para invocar su denuncia.

Así, desde un inicio se hizo latente la necesidad de que los motivos de casación previstos en la LECr fueran objeto de una interpretación no formalista ni restrictiva, a fin de posibilitar, mediante la interposición del recurso, la tutela de los derechos fundamentales, haciendo efectiva la garantía contenida en el art. 14.5 del PIDCP²¹⁹.

Pues bien, entre otras decisiones, en la STS 684/1982, de 1 de junio, se admitió como vía procesal adecuada a efecto de invocar la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el motivo de casación por infracción de ley, conforme al numeral 1 del art. 849 de la LECr²²⁰, en tanto se denunciara como infringido el artículo 24.2 de la CE, que reconoce aquel derecho fundamental²²¹.

Por su parte, el TC, en la sentencia 56/1982, de 26 de julio, luego de afirmar que la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia no sólo es viable en casación, sino exigible para poder acudir a la jurisdicción constitucional, dada su naturaleza subsidiaria, se mostró contrario al criterio del TS; así, estimó que la vía del art. 849.1 de la LECr no podía ser la adecuada,

²¹⁹ STC 42/1982, de 5 de julio: “[...] conviene subrayar, para concluir, que el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (Cf. ‘Boletín Oficial del Estado’ núm. 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento.”

²²⁰ Art. 849.1 de la LECr: “Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.”

²²¹ Se consideró en la resolución: “[...] queda manifiesto no una penuria en la práctica o existencia de pruebas o indicios que denoten la culpabilidad del recurrente, sino la falta absoluta de toda prueba, con lo que, dicho se está, si la presunción de inocencia se da ante la falta de pruebas o de pruebas insuficientes, este principio, consagrado en el artículo 24, segundo, de la Constitución, no puede por menos de ser acogido en el supuesto de autos a través de la sabia prescripción del legislador contenida en el párrafo segundo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conjunción del motivo que se estudia, articulado por el cauce formal del número primero del artículo 849 de la misma Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción de aquel precepto constitucional [...]”

por cuanto el artículo 24.2 de la CE no reviste el carácter de norma penal sustantiva²²².

En cambio, según el TC, la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia debía hacerse por la vía del numeral 2 del citado artículo 849 (error de hecho en la apreciación de la prueba)²²³, pues, a decir del Tribunal:

“[...] la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar y como tal puede ser aducido para fundamentar el recurso de casación.”

Asimismo, se agregó en la sentencia:

“La verificación del error alegado sólo puede hacerse mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas del juicio oral que, efectivamente, si carecen de autenticidad intrínseca o material, pueden considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca y, en consecuencia, si no pueden ser aducidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen, sí pueden serlo para sostener que se hicieron y sobre todo, y esto es lo decisivo en el caso que aquí nos ocupa, para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ellas no se incluyen, o de las que ellas no dan cuenta.”

Tales consideraciones condujeron a una reelaboración de la doctrina mantenida por el TS respecto del motivo de error de hecho en la valoración de la prueba, en especial, en lo concerniente al concepto de documento auténtico²²⁴.

²²² Se expuso en la referida sentencia, entre otras cosas, lo siguiente: “[...] el precepto en cuestión [art. 24.2 CE] no incide directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o las faltas, o sobre la definición de la responsabilidad de los inculpados, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada. Sin ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, de modo que sólo puede ser violada de manera mediata, a través de una violación del procedimiento establecido y sólo a través del análisis del que en cada caso concreto se haya seguido puede el Tribunal de Casación detectar la infracción. [...] aceptar que la simple invocación del art. 24.2 de la Constitución como norma infringida, puede bastar para fundamentar el recurso de casación por infracción de Ley de acuerdo con lo previsto en el apartado 1º del art. 849, de la L.E.Cr. significaría no sólo una interpretación forzada de dicho precepto, sino también una casi total destrucción del control de admisibilidad indispensable en un recurso de esta naturaleza. La conclusión que se impone es, por tanto, la de que, para que resulte admisible, el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia ha de fundamentarse mediante la referencia a datos concretos que otorguen verosimilitud a la afirmación de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna, pues es esto, y no el modo en que la prueba ha sido valorada, lo que con el recurso de casación se puede tratar de corregir.”

²²³ Señalaba el art. 849.2 de la LECr, previo a la reforma introducida por la Ley 6/1985, de 27 de marzo: “Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieren desvirtuadas por otras pruebas.”

²²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 535.

En efecto, la decisión del TC introdujo una importante innovación en cuanto al modo de considerar lo que era documento auténtico a los fines de la casación penal, repercutiendo en el alcance de las impugnaciones fundadas en la infracción del art. 24.2 de la CE²²⁵. Según la doctrina que venía sosteniendo el TS, documento auténtico era el que reunía la doble autenticidad extrínseca e intrínseca, no sólo apto para probar su propia existencia física, sino la veracidad de lo que en él se expresaba (por ejemplo, las actas de inspección ocular, en cuanto a lo que el juez afirmara haber visto, o las actas notariales, en cuanto a aquello que el notario diera fe de ser verídico por constarle personalmente), careciendo de tales características el atestado policial o las actuaciones en que constaban declaraciones testimoniales o informes periciales, entre otros²²⁶.

Sin embargo, conforme al novedoso criterio expuesto por la jurisdicción constitucional, habiendo reiterado la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo enervante de la presunción de inocencia, el error de hecho no consistía ya en declarar probado aquello que resultara contradicho por un documento específico, sino en establecer como ciertos unos hechos no respaldados por elemento objetivo probatorio alguno. Así las cosas, para los efectos de denunciar en casación la inobservancia de aquel derecho fundamental, se transformaron en documentos auténticos “todos y cada uno de los folios de la causa, de los cuales, en conjunto, resultará si se ha producido o

²²⁵ DE VEGA RUIZ, José Augusto: “Consideraciones sobre la presunción de inocencia”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1327 (25 octubre 1983), págs. 4 y 5. A ese respecto, indica DE VICENTE NÚÑEZ, Amable: “La presunción de la inocencia en el proceso penal”, en: *La Ley*, nº 4 (1982), pág. 94, que la interpretación sostenida por el TS con relación al art. 849.2 de la LECr no se ajustaba a la Constitución, pues no tomaba en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia.

²²⁶ ALAMILLO CANILLAS, Fernando: “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en: *La Ley*, nº 1 (1983), pág. 1151. Así, para apreciar el criterio que se venía sosteniendo en cuanto al motivo del art. 849.2 de la LECr, cabe citar la STS 4933/1980, de 24 de septiembre, en la que se indica: “[...] la vía casacional que prevé el número segundo del artículo 849 citado, no ha sido introducida en el ordenamiento penal procesal, para dar entrada a una revisión crítica de los elementos de juicio y pruebas aportadas a las actuaciones, con lo que se abriría un cauce a la segunda instancia, desvirtuando la esencia del recurso de casación, por quedar circunscrito a evidenciar la relación de contradicción derivada de un hecho acreditado anteriormente por un documento que gozando de autenticidad extrínseca e intrínseca está dotado de un privilegiado rango procesal que le permite ser contrastado con otro hecho de los fijados formalmente en la sentencia de instancia, lo que no concurre en el caso enjuiciado, ni en cuanto a la naturaleza del documento invocado como auténtico sin serlo [oficio suscrito por un Alcalde, relativo a la situación laboral de un empleado del respectivo ayuntamiento], ni en cuanto a discrepancia u oposición con la narración fáctica que no aparece, lo que consecuentemente conlleva a la desestimación por improcedente del motivo formulado.”

no la actividad probatoria, cuando menos mínima, sobre la que el Tribunal pueda legítimamente ejercer su soberana facultad de valoración en conciencia”²²⁷.

De esa cuenta, según apunta JAÉN VALLEJO, la decisión del TC se adelantó a la reforma operada por la Ley 6/1985, de 27 de marzo, que eliminó el calificativo “auténticos” del referido art. 849.2 de la LECr²²⁸.

Como se aprecia, la sentencia abrió un distinto cauce casacional en cuanto al error en la apreciación de la prueba, afirmando que éste se origina de la inexistencia de elementos probatorios, con lo que se apartó de la doctrina mantenida hasta ese momento respecto de la naturaleza y procedencia del motivo contenido en el artículo 849.2 de la LECr²²⁹.

Con todo, se hizo evidente que la interpretación tradicional que el tribunal de casación había venido efectuando de los motivos contenidos en el art. 849 de la LECr no se vislumbraba proclive a la existencia de una vía procesal apropiada para reclamar la protección del derecho a la presunción de inocencia²³⁰.

Como corolario, el TS se ajustó al criterio de la jurisdicción constitucional, reconociendo que la vía “más adecuada” para alegar la vulneración de la presunción de inocencia era el caso de procedencia contenido en el art. 849.2 de la LECr²³¹. Sin embargo, en este tema se sostuvo un criterio flexible, pues la

²²⁷ ALAMILLO CANILLAS, Fernando: “La presunción de inocencia...”, *cit.*, págs. 1151 y 1152.

²²⁸ JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia...*, *cit.*, págs. 72 y 73.

²²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, pág. 536.

²³⁰ En tal sentido se expresó en su oportunidad BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “El derecho a la presunción de inocencia”, *cit.*, pág. 1195. Asimismo, RICO FERNÁNDEZ, Juan Carlos: “Aplicación del principio de presunción de inocencia en la vía casacional”, en: *La Ley*, nº 4 (1983), págs. 628 y 629, aunque haciendo eco de la encomiable labor llevada a cabo por los tribunales, en especial por el TS, señalaba que la invocación de la violación de la presunción de inocencia en casación se encontraba con la barrera formal del enunciado taxativo y rigorista de la LECr, lo que hacía necesaria una reforma legislativa que la adaptara al espíritu y letra de la Constitución, única solución satisfactoria ante tal problemática.

²³¹ Entre otras, la STS 804/1984, de 24 de noviembre: “[...] que sobre la presunción de inocencia, recogida en el artículo 24.2 de la Constitución como derecho fundamental de la persona, la doctrina reiterada de esta Sala, ha establecido: que, aunque su alegación es suficiente para su estudio y análisis en el recurso de casación, el cauce más adecuado, para ser articulado como motivo, es el del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por tratarse de una equivocación por parte del Órgano judicial en la valoración de los elementos probatorios, sirviendo de base documental el proceso o

falta de fundamentación del recurso en aquel motivo específico no determinada su inadmisión; en cambio, en aras de una adecuada tutela del derecho constitucional, bastaba la denuncia de su conculcación o de la inexistencia de prueba de cargo para abrir la vía casacional, incluso apoyando la impugnación en alguno de los motivos por quebrantamiento de forma²³².

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la LOPJ, la jurisprudencia del TS estimó que el cauce adecuado para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se encontraba en la regulación contenida en su art. 5.4 que dispone: “En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional.”²³³

causa, en cuanto que de su análisis ha de apreciarse si la declaración de hechos probados descansa en la existencia de prueba, que es el condicionamiento básico que impide su viabilidad, pues únicamente, ante la falta de la misma sobre los supuestos fácticos que se declaran probados, ha de reconocerse la violación a este Derecho fundamental que tiene toda persona; y que esta inactividad ha de estar en conexión o relación con el punto o cuestión que se considera como inexistente de medios probatorios.”

²³² STS 720/1983, de 13 de enero: “[...] la más reciente doctrina de esta Sala, como tal recogida en las próximas sentencias de 10 de noviembre y 27 de diciembre de 1982, abre la vía del recurso casatorio a la presunción de inocencia ensanchando el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bastando invocar en ella los artículos 24.2 y 53.1 del Texto Constitucional, o simplemente alegar ‘la inexistencia de prueba alguna’ –nunca la errónea apreciación de la prueba– respecto de la participación del acusado, aunque sea acudiendo a vía inadecuada porque la preeminencia de dicho derecho le hace inmune al rigor formal del recurso extraordinario [...].” Asimismo, la STS 454/1984, de 22 de octubre: “[...] aunque el cauce normal para traer ante esta Sala la vigencia de la presunción de inocencia sea la vía del número 2º del artículo 849 de la Ley procesal, dado que el artículo 24.2 de la Constitución no sólo no es una norma sustantiva penal, sino que además sirve de base y condiciona toda la estructura del procedimiento criminal, es lo cierto que mientras se asimila la nueva normativa y se familiarizan los justiciables con ella, dado el carácter preeminente de la Constitución, toda pretensión casacional basada en la presunción será admisible siempre y cuando dicho precepto, con mención obligada del artículo 24.2, del 53.1, ambos de la Constitución, o de ‘la inexistencia de prueba alguna’, sean los artículos 849, 850 o el 851 de esa Ley, lo que, en cualquier caso, legitima el camino procedimental elegido ahora por el recurrente.” En igual sentido, la STS 905/1984, de 7 de julio, entre otras. Incluso, el TS llegó a considerar que el examen sobre la violación del derecho a la presunción de inocencia procedía de oficio, como lo pone de manifiesto la sentencia 808/1984, de 2 de noviembre: “Que la violación del derecho a la presunción de inocencia es motivo de impugnación casacional, y que la doctrina de esta Sala ha establecido: que, aunque el cauce más técnico para su formulación, es el del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estar fundamentado en un error o equivocación en la valoración de la prueba, sin embargo su alegación, en cuanto se ponga de manifiesto, debe ser sometida a decisión, a causa de ser precepto de rango constitucional que reclama la observancia obligatoria e inexcusable y que incluso exige ser apreciado de oficio; [...].”

²³³ STS 8946/1988, de 20 de diciembre: “El recurso se preparó por los núms. 1º y 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, precisamente con base en el núm. 2º del art. citado, se consideró violado el principio constitucional de presunción de inocencia; mientras en la formalización se traslada al núm. 1º. La realidad es que esta Sala, y puede estimarse doctrina de la misma, en jurisprudencia constante ha aceptado que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vía adecuada es la ofrecida por el art. 5.4 , y no alguna de las otras dos.”

Así, en ciertas sentencias, el TS reconoció en dicha disposición legal una vía casacional completamente nueva y distinta de los motivos por infracción de ley y quebrantamiento de forma, advirtiendo que su falta de utilización podría dar lugar a la inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos legales exigidos (art. 884.4 de la LECr)²³⁴; sin embargo, manteniendo un criterio amplio a ese respecto, se aprestaba al conocimiento de la impugnación aun sin invocación expresa de aquel precepto²³⁵.

No obstante, la jurisdicción constitucional se encargó de declarar que el contenido del art. 5.4 de la LOPJ no determinaba una vía casacional distinta y, más aun, se mostró renuente a considerar que tal disposición impedía fundar el recurso por vulneración de la presunción de inocencia (como de cualquier otro derecho o precepto constitucional) en los cauces previstos en los numerales 1 y 2 del art. 849 de la LECr. Así se consideró en la STC 240/1991, de 12 diciembre, en la que se expuso:

²³⁴ LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 2000, pág. 49. Con un punto de vista distinto, en la STS 6550/1989, de 20 de noviembre, se afirmó que el art. 5.4 de la LOPJ no había dado lugar a un cauce casacional independiente, aunque sosteniendo que el art. 24.2 de la CE es una norma jurídica sustantiva, cuya denuncia de vulneración da lugar a un motivo de infracción de ley: “El recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales tiene, en la actualidad, un respaldo no sólo en la Constitución, sino también en el art. 5.4 L.O.P.J. Este artículo, sin embargo, no ha creado una vía procesal autónoma, sino que lo único que declara es que la infracción de un precepto constitucional es fundamento suficiente para la casación, con lo cual, paralelamente no hace sino reforzar el carácter del art. 24.2 CE como infracción de norma sustantiva que los Tribunales deben observar en la aplicación de la ley penal. En consecuencia es muy claro en el derecho vigente que la vulneración de la presunción de inocencia debe dar lugar a un caso de infracción de ley, que tiene la particularidad de que lo infringido es precisamente la ley o norma jurídica que establece cuáles son las exigencias que deben observar los tribunales en la prueba de los hechos. Dicho en otras palabras, aunque pueda repercutir en la determinación de los hechos, se trata, en todos los casos, de un supuesto de infracción de una ley que no tiene el carácter de ‘precepto penal sustantivo’ que constituye la primera alternativa mencionada en el art. 849, sino el de ‘norma jurídica sustantiva (‘del mismo carácter’) que debe ser observada en la aplicación de la ley penal’. La analogía de estos casos con el art. 849,2º LECr. por lo tanto, tiene más vinculación con las consecuencias de la apreciación del motivo (la modificación de los hechos) que con los presupuestos que lo autorizan (la infracción de ley). Ambas analogías son, de todos modos, perfectamente posibles.”

²³⁵ Entre otras, se consideró en la STS 8615/1990, de 27 de noviembre: “El único motivo del recurso, amparado en el número 2º del artículo 849 de la L.E.Cr., se funda en haberse cometido error de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en autos, siendo acreedor el recurrente del principio *in dubio pro reo*, así como de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de la C.E. A partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cauce casacional para hacer valer la vulneración de derechos fundamentales es el ofrecido por el artículo 5.4 de la misma, tercera vía no confundible con el recurso de casación por infracción de ley en cualquiera de sus formas ni con el quebrantamiento de forma, aunque exigente en el cumplimiento de las normas relativas a la preparación y formalización del recurso de los artículos 855, 874 y 884.4º, de la L.E.Cr. No obstante la inobservancia acusable de tales prescripciones por parte del recurrente, esta Sala, en aras de la mejor dispensación de la tutela judicial efectiva, procede a dar respuesta al recurso.”

“[...] el hecho de que en el art. 5.4 de la L.O.P.J. se consigne expresamente la infracción del precepto constitucional como fundamento del recurso de casación, no significa ni la sustanciación como categoría específica de un recurso de casación distinto, ni consiguientemente la incompatibilidad de la incorporación al ámbito de la casación penal de la vulneración de derechos fundamentales mediante los cauces previstos en los núms. 1 y 2 del art. 849 de la L.E.Crim., de manera que (como también ha señalado repetidamente este Tribunal) la normativa existente sea interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial.”²³⁶

En la misma sentencia, el TC estimó que resultaba desproporcionada la sanción de inadmisión del recurso cuando en el escrito de preparación (art. 855 de la LECr²³⁷) no se hace mención expresa de la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia²³⁸, criterio que el TS venía expresando en aplicación del “principio de unidad de alegaciones”, en virtud del cual consideraba inviable que se hiciera mención expresa de aquella denuncia hasta en el escrito de interposición²³⁹.

²³⁶ También la STC 71/1992, de 13 de mayo: “[...] por lo que se refiere a la falta de expresa invocación del art. 5.4 de la L.O.P.J., [...] ya antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la doctrina de este Tribunal (STC 56/1982) y de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la naturaleza de la Norma constitucional, como Ley suprema y básica, y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna, según resulta del art. 53.1 C.E., había podido ya incorporar al ámbito de la casación penal la vulneración de tales derechos mediante la ampliación del cauce previsto en los núms. 1. y 2. del art. 849 L.E.Crim. y no se advierte razón alguna por la que dicha vía devenga incompatible por el hecho de que el citado art. 5.4 L.O.P.J. consigne expresamente la infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación en todos los casos en que según la Ley proceda.”

²³⁷ Art. 855 de la LECr: “El que se proponga interponer recurso de casación, pedirá, ante el Tribunal que haya dictado la resolución definitiva un testimonio de la misma, y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar. Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el número 2 del artículo 849, deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestren el error en la apreciación de la prueba. Si se propusiere utilizar el de quebrantamiento de forma, designará también, sin razonamiento alguno, la falta o faltas que se supongan cometidas, y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha.”

²³⁸ Al respecto, se consideró en la sentencia: “Por otro lado, la inadmisión del citado motivo de casación se ha basado en la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición del recurso, lo que representa (cuando la casación se funda en la infracción de preceptos constitucionales) un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso, tal como ha afirmado este Tribunal constitucional en la doctrina antes citada. Al respecto, es preciso reiterar, una vez más, que resulta desproporcionada, en cualquier caso, la sanción de inadmisión del motivo aparejada a la falta de referencia específica en el escrito de preparación del derecho constitucional a la presunción de inocencia cuando en dicho escrito se había sin embargo manifestado la intención de utilizar el recurso de casación por infracción de Ley al amparo de los núms. 1º y 2º del art. 849 de la L.E.Crim. y en el escrito de interposición se razonó suficientemente la pretensión casacional basada en la infracción de normas constitucionales (SSTC 185/1988 y 69/1990).” En igual sentido, la STC 139/1991, de 20 de junio.

²³⁹ Entre otras, la STS 9794/1990, de 27 de diciembre: “El primer motivo del recurso se anunció en el escrito de preparación acogiéndose al artículo 849 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho acreditado por documentos invocando como tales las declaraciones de los procesados y del menor implicado en la receptación, el acta del juicio oral –también declaraciones– y las calificaciones de las partes; nada de esto tiene el carácter de prueba de documentos; tampoco se señalaron particulares evidenciadores del error, por lo que se infringió lo dispuesto en el artículo 855 y se incurrió en el nº 4 del 884. Por otra parte, no se invocó ninguna vulneración de derecho constitucional, ni el artículo 24 de la Constitución ni el 5.4 de la Ley Orgánica 6/85. En la interposición se ha cambiado la clase de recurso anunciado con el mismo cauce casacional, y la alegación de vulneración del derecho a la presunción de

En definitiva, en virtud de tales consideraciones de la jurisdicción constitucional, las que finalmente fueron aceptadas por la Sala 2ª del TS²⁴⁰, se ha llegado a admitir que la invocación de infracción del derecho a la presunción de inocencia se efectúe por cualquiera de las vías referidas, es decir, ya sea mediante el art. 5.4 de la LOPJ o por alguno de los cauces establecidos en los dos numerales del art. 849 de la LECr²⁴¹.

Cabe señalar que a partir de la reforma efectuada al art. 852 de la LECr mediante la Ley 1/2000, de 7 enero, por la que se adaptó su redacción en términos similares al citado art. 5.4 de la LOPJ, es decir, haciendo posible que el recurso se funde en la infracción de precepto constitucional, determinados pronunciamientos del TS han considerado que es éste el “cauce adecuado” para alegar la vulneración del derecho fundamental²⁴².

No obstante, la interpretación imperante en este ámbito continúa siendo flexible, de forma que el tribunal de casación, además de no exigir que el recurso se funde en un cauce procesal específico, en atención al principio de la voluntad impugnativa, entra a conocer de aquellos planteamientos en los que, sin invocarse expresamente la vulneración de la presunción de inocencia o

inocencia, pretendiendo demostrar ésta con las mismas declaraciones de los interesados negativas de su culpabilidad. Se ha quebrantado así el principio de unidad de alegaciones infringiendo los artículos 855 y 874 lo que también conduce a la aplicación del nº 4 del 884, según reiterada doctrina de esta Sala (entre otras las sentencias de 22-12-86, 16-5, 17-11 y 11-12-87 y 16-5, 7-6. 22-7 y 26-12-88). No se trata de mero formalismo sino de respeto a las garantías procesales que vinculan a las partes y al Tribunal y preservan los principios de contradicción, idoneidad, buena fe, lealtad e igualdad procesal, en definitiva la integración objetiva del procedimiento.”

²⁴⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 543. Entre otras, la STS 567/1994, de 4 de febrero: “El motivo inicial del recurso se residencia procesalmente en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución. Tal vía impugnativa es tildada de inadecuada por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción y conviene señalar, ante la repetición de tal tipo de alegaciones, que una constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, representada entre otras en las Sentencias del Tribunal Constitucional 185/1988, 69/1990, 98/1991 y 181/1993, expresa que ‘no existe razón alguna para considerar que el cauce de acceso a la casación previsto en el art. 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sea incompatible con la previsión contenida en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial’. Y esta misma doctrina ha sido la que últimamente ha sostenido también la jurisprudencia de esta Sala.”

²⁴¹ LUZÓN CUESTA, José María: *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991, pág. 89; y OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., pág. 204.

²⁴² STS 2120/2010, de 29 de abril: “Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 5.4 de la LOPJ y 24 de la CE, el recurrente funda el primero de sus motivos en la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Tal alegación tiene hoy su cauce adecuado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.” En igual sentido, entre otras, las SSTs 3930/2009, de 27 de mayo; 5096/2009, de 27 de julio, y 8082/2009, de 14 de diciembre.

habiéndolo hecho mediante una vía no adecuada, entiende que el alegato del recurrente se dirige a hacer valer una denuncia en tal sentido, bastando para tales efectos aducir la inexistencia de prueba de cargo suficiente en que se apoye la condena²⁴³.

Así las cosas, en lo que a la prueba indiciaria se refiere, la viabilidad de acceder a su control en casación se supedita a que el recurso se funde en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En tal sentido, el reclamo del recurrente debe dirigirse a denunciar que en la sentencia impugnada se ha concluido en la constatación de elementos de hecho determinantes para la condena mediante inferencias en cuya construcción y estructura no han sido cumplidas las exigencias necesarias para reconocer en la prueba indiciaria eficacia enervante de aquella verdad interina.

De esa cuenta, además de alegaciones referidas a la falta de constatación del indicio mediante una actividad probatoria válida y a la carente o insuficiente motivación de la resolución, tiene especial incidencia en esta materia la denuncia sobre la irracionalidad del enlace necesario entre indicio y afirmación presumida²⁴⁴, pues, como ha sido reiterado a lo largo de la investigación²⁴⁵, la plena observancia del derecho a la presunción de inocencia exige que la convicción judicial sobre la existencia del delito y la participación del acusado

²⁴³ Entre otras, las SSTS 551/2010, de 28 de enero: “De nuevo el recurrente acude a un cauce procesal improcedente, lo que no empece que, en aras a la tutela judicial efectiva e interpretando una inequívoca voluntad impugnativa, se examine de acuerdo con el contexto y sentido de las alegaciones vertidas que de forma indudable tratan de evidenciar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.”; y 2500/2010, de 19 de mayo: “No obstante, dada la voluntad impugnativa del recurrente y en aras de evitar cualquier indefensión al mismo y de su derecho a obtener una respuesta motivada y razonada, art. 24.1 CE, la Sala entiende que la impugnación del mismo debe ser analizada a través de la vía casacional del art. 852 LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de preceptos constitucionales en concreto art. 24.2, presunción de inocencia, debiendo constatarse la existencia de prueba lícita y suficiente y que el discurso valorativo del tribunal de instancia no resulta ilógica, irracional, absurdo o, en definitiva, arbitrario (art. 9.1 CE).”

²⁴⁴ STS 1883/1996, de 27 de marzo: “Cuando la convicción de la Sala sentenciadora se fundamente en una prueba indiciaria el control casacional incluye tanto la constatación de que ha mediado una actividad probatoria de cargo válida, como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que no es arbitrario, irracional o absurdo, sino que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano, pero sin que ello suponga sustituir el criterio valorativo del Tribunal sentenciador (S.T.C. 174/85 de 12 de diciembre, o 229/88 de 1 de diciembre o S.T.S. Sala 2ª de 3 de octubre de 1.995, entre otras muchas).”

²⁴⁵ Véase apartado 3.1.5 del capítulo anterior.

en su comisión sea alcanzada racionalmente, es decir, ajena a toda arbitrariedad²⁴⁶.

Vale acotar que según determinados pronunciamientos del TS, en aplicación de una teoría en virtud de la cual los elementos subjetivos del delito no se encuentran cubiertos por el derecho a la presunción de inocencia, los juicios de inferencia operados para determinar la concurrencia de éstos (denominados “juicios de valor”) son controlables únicamente por la vía del art. 849.1 de la LECr, pues se estima que dichos elementos están comprendidos en el ámbito de la legalidad ordinaria, sin encontrar cobertura en aquel derecho constitucional más que en lo referente a la necesidad de prueba de los datos objetivos (indicios) de los que parte la inferencia²⁴⁷.

Así, esta teoría niega a los elementos subjetivos del tipo penal la categoría de “hechos”, sosteniendo que su constatación únicamente es posible mediante inferencias que, si bien deben partir de elementos objetivos, concluyen en datos no aprehensibles por los sentidos²⁴⁸; inclusive, se llega a cuestionar que

²⁴⁶ Señala BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, pág. 51, que también es función del recurso de casación la interdicción de la arbitrariedad, conforme al art. 9.3 de la CE. Ahora bien, sostiene este autor que el citado precepto constitucional, así como el art. 24.2 del mismo texto fundamental, son normas de carácter sustantivo que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, por lo que la denuncia de su vulneración en casación debe hacerse por la vía del art. 849.1 de la LECr, en tanto, sin incidir en la modificación del hecho probado, “la infracción de ley en tales supuestos se fundamentará en que la ley ha sido aplicada a un hecho cuyas circunstancias han sido incorrectamente establecidas (sin observación de las reglas específicas) y, que consecuentemente no es subsumible bajo dicha ley penal”, es decir que “habrá una infracción ‘indirecta’ de la ley penal aplicable, dado que sus consecuencias jurídicas han sido aplicadas a un hecho que no es el presupuesto legítimo de tales consecuencias”. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, en: *La impugnación...*, *cit.*, págs. 59 y 68.

²⁴⁷ Como ejemplo se cita la STS 386/1996, de 26 de enero: “Una vez más tenemos que decir que el principio de presunción de inocencia queda circunscrito en cuanto a la necesidad de actividad probatoria a la existencia del hecho y a la participación en el mismo del acusado, pues tan solo los hechos pueden ser objeto de prueba –sentencias del Tribunal Constitucional 44/87, 82/88, 161/90 y 33/92–. Por tanto, la presunción de inocencia, como recogieron las sentencias de esta Sala 1347/1994, de 29 de junio, cubre la existencia del hecho ilícito y sus circunstancias, así como la participación del acusado, pero no los elementos subjetivos de la culpabilidad penal o de la intencionalidad del agente, que se tienen que obtener por una operación lógica o juicio de inferencia de datos externos, suficientemente probados en la causa y convergentes lo cual corresponde al ámbito de la mera legalidad ordinaria y de la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia y con sede casacional en el nº 1º del art. 849 de la Ley procesal penal.” En igual sentido, la STS 5245/2004, de 16 de julio: “Cuestión diferente es la relativa a la acreditación del elemento subjetivo. En rigor, la presunción de inocencia se limita a los hechos externos y objetivos, mientras que la prueba de los hechos subjetivos debe discutirse a través del control sobre la corrección o racionalidad de la inferencia realizada por el Tribunal, aunque, en realidad, el mecanismo inferencial es análogo al utilizado cuando se trata de prueba indiciaria. Esta impugnación se debe plantear por la vía del artículo 849.1º de la LECrim, y así lo hace el recurrente en el segundo motivo.”

²⁴⁸ STS de 4136/2001, de 21 de mayo: “Por otra parte, resulta necesario destacar que no puede entremezclarse lo relativo a la existencia o no de prueba de cargo con el tema de las deducciones o

en la sentencia se ubiquen dichos elementos en el apartado de hechos probados, advirtiendo que es más correcto, para tales efectos, el apartado relativo a los fundamentos de derecho²⁴⁹.

Sin embargo, conforme a lo que se ha venido sosteniendo, es preciso reiterar que la presunción de inocencia exige la constatación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, y de la participación del acusado en el que hecho se le atribuye, por lo que todos estos componentes encuentran cobertura en la garantía de aquel derecho fundamental²⁵⁰.

Asimismo, es menester señalar que sin importar que la determinación de su concurrencia no sea posible sino mediante inferencias, los elementos subjetivos del delito son verdaderos hechos²⁵¹, en tanto están referidos a

inferencias, llamadas también juicios de valor sobre intenciones, que no son hechos en sentido estricto y que, al no ser aprehensibles por los sentidos, no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia si bien son revisables por la vía del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

²⁴⁹ STS 5568/1994, de 19 de julio: “La ‘preordenación’ o propósito de transmitir la droga a un tercero, como circunstancia psicológica e interna, al faltar prueba directa en la generalidad y mayoría de los casos, debe inferirse de los ‘hechos externos’ acreditados con los que pueda establecerse un enlace preciso, directo y razonable según las reglas lógicas, del buen juicio y criterio humano (artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil), debiendo constar en el relato descriptivo los hechos base del silogismo y en la fundamentación jurídica la deducción, inferencia o juicio valorativo. Lo mismo se integre dicha ‘preordenación’ en el *factum* (evidentemente mal colocado), que en el *indicium* (lugar adecuado), dicha inferencia presuntiva (con carencia en el primer supuesto de la intangibilidad del ‘dato acreditado’), como verdadero juicio de valor en ambos casos, puede y debe ser impugnado por la vía del número 1º del artículo 849 de la Ley procedimental citada, cuando el recurrente pretenda demostrar que los datos indiciarios, base de la convicción lograda por el sentenciador, no conducen en un orden racional y lógico, acorde con las máximas de experiencia, a estimar existente el elemento finalístico o tendencial del destino al tráfico de la droga, al faltar el enlace preciso, según las reglas del criterio humano y buen juicio, entre los antecedentes y la consecuencia.”

²⁵⁰ STS 3094/2010, de 15 de junio: “[...] ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de éste último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/90 de 5.7, 87/2001 de 2.4, 233/2005 de 26.9, 8/2006 de 16.1, 92/2006 de 27.3, 91/2009 de 20.4).”

²⁵¹ A este respecto, señala ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, en: *Los “hechos” en la sentencia penal*, Distribuciones Fontamara, México, 2007, pág. 97: “[...] sea cual fuere el concepto que se tenga de los ‘juicios de valor’, éstos son algo esencialmente diferente –en contra de lo que reiteradamente sostiene la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo– de los *hechos psicológicos*. Las afirmaciones relativas a éstos son verificables y refutables (hubo o no hubo en el sujeto de la acción intención de matar). Los juicios de valor, en cambio, no son ni verdaderos ni falsos.” También CARMONA RUANO, Miguel: “La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el tribunal del jurado”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.): *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 152 y ss., alude a la “contradicción interna en la que incurre el Tribunal Supremo” en esta materia. Por su parte, refiere BENÉYTEZ MERINO, Luis: “Juicio de valor y jurisprudencia”, *cit.*, págs. 14-16, que los elementos subjetivos son realidades pertenecientes al

elementos de la realidad contenidos en el proceso epistemológico y, aunque inmersos a nivel del intelecto del agente (su conocimiento e intención), es imprescindible que el juez esté convencido acerca de su acreditación para entender desvirtuada la presunción de inocencia del acusado y asumir así una decisión de condena, ámbito en el que la prueba indiciaria ha adquirido especial importancia²⁵².

En tal sentido, la propia jurisprudencia del TS ha cuestionado que la vía correcta para la impugnación de los juicios de inferencia –denominación que ha sustituido a la de “juicios de valor”²⁵³– necesarios para la constatación de los elementos subjetivos del tipo penal, sea el numeral 1 del art. 849 de la LECr. Así, el control casacional de la inferencia, al dirigirse a verificar la debida acreditación del dato objetivo del que parte (indicio), así como la racionalidad de su estructura, encuentra un cauce apropiado en la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr), pues se trata de cuestiones que inciden en el juicio de hecho; sin embargo, con un criterio amplio y con el objeto de no menoscabar el derecho

ámbito interno de la persona, cuya fijación precisa de una operación lógica compleja que podría denominarse “juicio de inferencia”, no así “juicio de valor”, que lejos de utilizarse para la fijación de elementos descriptivos sirve para la fijación de elementos normativos, tarea en la que se hace necesario, precisamente, una valoración de éstos, poniendo en juego el nivel normativo de la conciencia humana.

²⁵² STS 1872/2010, de 22 de marzo: “El tema de la constatación del dolo, y en concreto de su elemento intelectual en orden al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (en este caso de la procedencia ilícita del dinero que se intervino en la oficina bancaria), se ha resuelto de forma reiterada por la jurisprudencia a través de la prueba indiciaria. De forma que han de ser los datos externos que resulten observables y verificables empíricamente los que permitan inferir, a través de máximas de experiencia y reglas de lo razonable (con una base de legitimación social), cuáles eran los niveles de conocimiento del acusado.”

²⁵³ STS 6067/2009, de 29 de septiembre: “Estos juicios de valor o inferencia, como actualmente se pretende más correctamente denominarlos, permiten al Tribunal *a quo*, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia del dolo o de los elementos subjetivos del tipo. La noción jurisprudencial de juicio de valor –equiparada por esta misma Sala a la de juicio de inferencia– aporta una extraordinaria utilidad en el ámbito casacional. Sin embargo, dista mucho de identificarse con su genuina significación filosófica. Desde esta perspectiva, el juicio de valor no puede ser aprehendido por el conocimiento intelectual, sino por una especial forma de experiencia de carácter emocional. El juicio de valor no es sino una proposición que atribuye a una realidad la cualidad de ser valiosa. De ahí que no exista identidad, pese a la familiaridad con la que la expresión juicio de valor es continuamente invocada, entre la concepción filosófica y la jurisprudencial. Afirmar la voluntad del acusado a partir de la actividad probatoria desplegada es, en realidad, un juicio formulado con arreglo a la conciencia empírica, no la conciencia normativa a la que pertenecen los valores. Cuando el órgano decisorio de instancia, después de valorar los elementos objetivos, atribuye al acusado una determinada voluntad, no está formulando un juicio de valor, sino una inferencia. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el *animus* del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.”

del recurrente, nada obsta para que se admitan aquellas impugnaciones que invoquen el motivo de infracción de ley, concebido como complementario del que se funda en la conculcación del referido derecho constitucional²⁵⁴.

A este respecto, se considera en la STS 6067/2009, de 29 de septiembre:

“Cuando la Sala afirma, por ejemplo, que el acusado actuaba impulsado por el deseo de matar o que poseía la droga con intención de distribuirla clandestinamente, está consignando un hecho, si se quiere, de naturaleza psíquica, interna, pero un hecho, al fin y al cabo, inferido a partir de otros hechos de carácter externo. Todo ello conduce a la conveniencia de encuadrar de manera más precisa la valoración de los elementos subjetivos en el ámbito de los juicios de inferencia, que permiten la proclamación, mediante prueba indirecta, de genuinos hechos. Esta perspectiva, desde luego, puede dificultar el entendimiento tradicional de la revisabilidad en casación de los elementos subjetivos, entendimiento que, dicho sea de paso, no ha visto nunca obstáculo a la revisión por la vía del art. 849.1 de la LECrim y que, además, cuenta con el aval de la jurisprudencia constitucional (cfr. SSTC 328/2006, 20 de noviembre y 170/2005, 20 de junio). La degradación de tales hechos a la equívoca condición de juicios valorativos –y, por tanto su exclusión de la intangibilidad del juicio histórico, presupuesto sobre el que se construye la impugnación que habilita el art. 849.1 de la LECrim– no se corresponde con el significado filosófico de los juicios de valor ni puede alterar su estricta naturaleza, que no es otra que la predicable de los verdaderos hechos. El que esa voluntad o intención del acusado haya de fijarse a partir de un proceso mental reglado, impuesto por las reglas racionales de valoración de la prueba, abre una vía impugnativa para aquellos casos en los que el itinerario deductivo seguido para la proclamación del hecho se haya apartado de las categorías de la lógica formal. De ahí que, con toda seguridad, sea la vía que proporcionan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim la que ofrezca una cobertura jurídica más segura para valorar la racionalidad de la conclusión probatoria alcanzada por la Sala de instancia, tanto desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva –que excluye toda inferencia arbitraria o ilógica–, como desde la que es propia

²⁵⁴ Recoge estos conceptos la STS 4628/2009, de 18 de junio: “[...] la impugnación casacional de los juicios de inferencia –en este caso, el conocimiento del contenido del paquete– suscita el viejo debate acerca del cauce idóneo para hacer valer la discrepancia, sobre todo, en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia proclama la concurrencia de un elemento interno, indispensable para el juicio de tipicidad. La doctrina tradicional referida a la revisión de tales inferencias por la vía del art. 849.1 de la LECrim, ha de ser completada con la necesidad de dispensar un tratamiento casacional adecuado al derecho constitucional a la presunción de inocencia. Y, desde luego, la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia. De ahí la complementariedad entre la vía tradicional del art. 849.1 y la que ahora amparan los arts. 5.4 y 852 de la LECrim.”; asimismo, la STS 5228/2009, de 29 de junio: “De otra parte, también ha sido cuestionada, desde la perspectiva procesal, la aplicación del cauce del art. 849.1 de LECr. para impugnar la constatación probatoria de los elementos subjetivos o internos de los tipos penales, puesto que se estaría acudiendo a un motivo de infracción de ley para dirimir lo que es realmente una cuestión fáctica. Se le daría así el carácter de norma jurídica a lo que es realmente una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de una ley. Sin embargo, esa interpretación heterodoxa del art. 849.1 cumple la función procesal de ampliar el perímetro de control del recurso de casación con el fin de que opere en cierto modo como un sustitutivo de la segunda instancia, dados los problemas que suscita en nuestro ordenamiento procesal la ausencia de recurso de apelación en los procedimientos en que se dirimen precisamente los delitos más graves.” Además, se ha afirmado que el lugar correcto para la ubicación de las conclusiones surgidas de los juicios de inferencia es el apartado de hechos probados de la resolución, se refiere a ello la STS 1491/2009, de 5 de marzo: “Por lo que se refiere a la expresión de los hechos subjetivos, inexactamente llamados juicios de valor, hay que recordar con las SSTS 555/2001, 7 de Abril 2005, 1245/2006, 361/2006 ó 528/2007, que los hechos subjetivos, tales como las intenciones o motivaciones que llevan al imputado a actuar, o el conocimiento de sus propias acciones (por ejemplo, que llevaba tal clase de droga), en definitiva los elementos del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención, deben formar parte del relato fáctico o juicio de certeza objetivado por el Tribunal. Se trata de hechos subjetivos, pero su naturaleza interna no les priva de su naturaleza fáctica y su asiento debe ser el relato de hechos probados.”; en sentido similar la STS 301/2010, de 25 de enero.

del derecho a la presunción de inocencia –que exige que la afirmación del juicio de autoría se construya conforme a las exigencias impuestas por una valoración racional de la prueba–.²⁵⁵

Como corolario, es la denuncia de infracción de precepto constitucional (art. 24.2 de la CE: derecho a la presunción de inocencia) el cauce específico que permite acceder al control de la prueba indiciaria en casación, ya sea que ésta haya sido determinante para la constatación de los elementos subjetivos del delito, como de cualquiera de los otros componentes del relato fáctico contenido en la acusación; con todo, aun existiendo la vía de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr, no es impedimento para que el tribunal emita un pronunciamiento en tal sentido que el recurso se funde en alguno de los supuestos del art. 849 de la LECr, dado el carácter preeminente de la Constitución y la necesidad de garantizar al recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva²⁵⁶.

Por último, es pertinente agregar que la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha dado lugar al planteamiento de un cúmulo de recursos de casación que en muchos de los casos resultan notoriamente infundados²⁵⁷, por cuanto la pretensión de quienes impugnan se dirige a alegar su disconformidad con la valoración efectuada por el tribunal que ha dictado la sentencia, cuestión que resulta ajena a la función del órgano que conoce de la impugnación²⁵⁸, como cabrá apreciar en las líneas siguientes,

²⁵⁵ En igual sentido, la STS 2443/2008, de 25 de abril.

²⁵⁶ La parte acusadora también puede impugnar en casación refutando las inferencias que hayan conducido al tribunal a un fallo absolutorio, para ello, el recurso ha de fundarse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 141/2006, de 8 de mayo) por la irracionalidad o arbitrariedad existente en la estructura de aquéllas.

²⁵⁷ Señala RUIZ VADILLO, Enrique: “Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1488 (15 abril 1988), pág. 1733, que la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia como apoyo del recurso de casación se ha convertido en una verdadera “cláusula de estilo” que repercute en una excesiva cantidad de impugnaciones ante el TS, muchas de ellas infundadas; en igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: “Sobre la presunción de inocencia”, *cit.*, pág. 93. Por su parte, señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 1999, pág. 79, que la alegación de la vulneración de este derecho fundamental en casación ha decaído en un abuso o fraude, lo que se traduce en graves trastornos a la administración de justicia, pues lo que se pretende es retrasar la firmeza de los fallos condenatorios. Vale agregar que el elevado número de recursos y el abuso en su interposición fueron algunos de los motivos que impulsaron la emisión de la Ley 21/1988, de 19 de julio, que introdujo nuevas causas de inadmisibilidad de la casación (art. 885 de la LECr), referidas a la manifiesta falta de fundamento de la impugnación y a la circunstancia resultante de que el TS hubiere desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

²⁵⁸ STS 1738/2010, de 24 de marzo: “En efecto lo que ocurre en muchos supuestos llegados a la vía casacional no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba

en las que se abordan las facultades que éste ostenta en su tarea de control de la actividad probatoria y, concretamente, de la prueba indiciaria.

2.4.3.2) Alcances del control en casación

Al hablar de la función que ejerce el tribunal de casación en el control de la prueba indiciaria, se hace necesario aludir a la progresiva expansión de las facultades que éste ha desarrollado en torno al control de la actividad probatoria.

Así, en principio, es menester destacar que en esta materia ha existido una continua evolución que, producto de la ardua labor de las más altas instancias en las jurisdicciones ordinaria y constitucional, ha ido ampliando el objeto del control casacional en detrimento del concepto que entendía que la valoración “en conciencia” de la prueba (art. 741 de la LECr) dejaba en total libertad al tribunal de instancia para asumir su decisión, inclusive, sin necesidad de apoyarse en las pruebas practicadas en el juicio oral y sin obligación alguna de motivar su decisión, lo que repercutía en la imposibilidad de atacar los hechos declarados como probados en la sentencia, en tanto no se intentara por el cauce del art. 849.2 de la LECr²⁵⁹.

La consagración en el texto constitucional de los derechos fundamentales, en especial aquellos que repercuten directamente en la esfera procesal (art. 24), y la función de garantes de su protección que se ha encomendado a los órganos del Poder Judicial, han repercutido en un cambio sustancial en el significado de la libre valoración de la prueba, que no es más que la

efectuada por el Juzgador que, en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim. y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE., no hace sino asumir su propia competencia, quedando ésta extramuros de la propia del Tribunal de casación.”

²⁵⁹ VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 115. Respecto de lo que se entendía por libre valoración de la prueba, se considera en la STS 4216/1980, de 22 de diciembre: “[...] el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le atribuye una omnimoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en la que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el dicho Tribunal puede forrar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el proceso de que se trate, sin supeditarla a criterio racional, de sana crítica, lógico o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia, único freno o cortapisa que a esa soberana potestad apreciativa de la prueba establece el legislador en el sistema acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español.” En sentido similar, la STS 5025/1980, de 14 de octubre, antes citada.

inexistencia de reglas legales para su apreciación (a diferencia del sistema de valoración de la prueba legal o tasada), pero que no determina ni una libertad absoluta del juzgador, ni la inexistencia de mecanismos que hagan posible un control de su actuación.

De esa cuenta, al amparo del derecho a la presunción de inocencia se ha suscitado una gradual evolución de las facultades del tribunal de casación (y también de las propias de la jurisdicción constitucional) con miras al control del juicio de hecho, si bien teniendo siempre claro que el conocimiento de este recurso no conlleva una segunda instancia que le permita sustituir el convencimiento del órgano inferior por el suyo propio²⁶⁰.

En una primera etapa, partiendo de reconocer que la efectiva garantía de la presunción constitucional de inocencia exige verificar el fundamento sobre el cual el juzgador ha formado su convicción respecto de la culpabilidad del acusado, se debatió acerca de los límites de tal control con relación al principio de la libre valoración de la prueba o de la íntima convicción, aunque centrando el tema respecto de la función que corresponde al TC al conocer en amparo por vulneración de aquel derecho.

Así, en la STC 31/1981, de 28 de julio, luego de reconocer que conforme al principio de libre valoración de la prueba corresponde al tribunal de instancia valorar el “significado y trascendencia” de ésta, se consideró que para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado “es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”, correspondiendo a la jurisdicción constitucional, ante la pretensión de amparo, estimar si ha concurrido o no dicho presupuesto.

En cuanto al caso concreto sometido a su conocimiento, estimó el TC en su resolución que la sola confesión del procesado ante la policía, sin ratificación o reiteración ante el órgano judicial, no podía fundar una decisión de condena,

²⁶⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 545.

como había ocurrido, por lo que declaró la lesión del mencionado derecho constitucional²⁶¹.

Cabe agregar que en dicha sentencia se formuló un voto particular, en el que se señaló que el respeto a la libre valoración probatoria del juez que conoce del proceso determinaba que la función de control de la jurisdicción constitucional debía limitarse a “comprobar la existencia formal de una actividad probatoria con independencia de su posible fuerza dialéctica o argumentativa”, es decir, constatar únicamente si había existido prueba, sin incidir en forma alguna en el resultado de su valoración, cuestión que, a su parecer, no había sido respetada en la resolución del TC, pues en ésta se concluyó en la existencia de vulneración de aquel derecho constitucional por basarse la decisión de condena en elementos de convicción insuficientes²⁶².

La sentencia y el voto particular coincidieron en que compete al tribunal penal la función de valoración probatoria (art. 741 de la LECr) y que, con el fin de tutelar el derecho a la presunción de inocencia, corresponde a la jurisdicción constitucional verificar si ha existido prueba en la causa, aunque discreparon

²⁶¹ Se consideró en la sentencia: “En consecuencia, una vez aprobada la Constitución y consagrada en el art. 24 la presunción de inocencia como derecho fundamental de la persona que vincula a todos los poderes públicos, no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el art. 17 y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituye base suficiente para desvirtuar dicha presunción.” Respecto de los efectos que provocó el criterio sustentado en esta resolución, basta citar a CÓRDOBA RODA, Juan: “El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba: un estudio de dos sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 (1982), pág. 30, para quien, aunque en la sentencia se entró a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en el que se produjo la violación, inobservando el mandato del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ello no supone que merezca un juicio crítico desfavorable, pues en el caso en que una resolución judicial conlleve vulneración de la presunción de inocencia, “resulta preferible anular dicha resolución a mantener la condena”.

²⁶² Se señaló en el voto particular: “[...] en el proceso penal a que se contrae el recurso, además del atestado cuya naturaleza de medio de prueba pone en duda la Sentencia, después de la entrada en vigor de la Constitución, en base al carácter que le otorga el art. 97 de la L. E. Crim., que es norma anterior a aquélla, y que con independencia de la denuncia, puede contener pruebas diversas a valorar discrecionalmente por el Tribunal penal, han existido en el juicio oral otros elementos que tienen indudablemente el carácter instrumental de prueba según la Ley Procesal Penal, como el examen o confesión del procesado (arts. 688-700), prueba testifical (arts. 701-722) y documental (arts. 726 y 730), y si en la Sentencia de amparo se estiman insuficientes para justificar una Sentencia penal condenatoria, es porque han sido valorados en el correspondiente recurso constitucional, y porque se ha estimado que los hechos probados de la Sentencia no se corresponden con los que el Tribunal Constitucional juzga como existentes, contrariándose de modo cierto, lo determinado en el art. 741 de la L. E. Crim., y lo dispuesto en el art. 44.1 b) de la LOTC, así como los límites establecidos por aquél.”

respecto de cuándo hay mera comprobación de la existencia de prueba y cuándo se valora el resultado de ésta²⁶³.

La referida sentencia repercutió en el significado y contenido del principio de libre valoración de la prueba, en tanto destacó que el juez no puede formar su convicción con base en cualquier actuación o diligencia, a la vez que afirmó la imposibilidad de una condena sin pruebas²⁶⁴. Con todo, en términos generales, la sentencia hizo énfasis en la garantía efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia²⁶⁵.

Así las cosas, vale añadir que la sentencia, lejos de incidir en el resultado de la valoración probatoria llevada a cabo por el tribunal de instancia en el caso concreto, se encargó de verificar si en el proceso habían existido verdaderos actos de prueba sobre los que se apoyara el fallo condenatorio, cuestión de suma importancia en lo que a la observancia de la presunción de inocencia se refiere.

Pues bien, al tratar de identificar los alcances de esta sentencia en cuanto al control casacional de la prueba, cabe indicar, con IGARTÚA SALAVERRÍA, que la expresión “mínima actividad probatoria de cargo” contenida en la resolución, da cabida, al menos, a tres posibles significados respecto de la prueba necesaria para emitir una decisión condenatoria: a) que existan pruebas, pues de no haberlas faltaría la actividad probatoria; b) que existan pruebas “congruentes”,

²⁶³ DÍAZ PALOS, Fernando: “Constitución y casación penal”, en: *La Ley*, nº 2 (1983), pág. 1237.

²⁶⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, págs. 552 y 553. En la posterior STC 55/1982, de 26 de julio, se consideró: “Prueba en conciencia, íntima convicción, quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna, prescindiendo de la prueba [...]”

²⁶⁵ Para VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, *cit.*, pág. 356, la STC 31/1981 significó “darle vigencia constitucional al derecho a la presunción de inocencia, dejando de ser un principio o norma asentada sólo en el texto fundamental, para convertirse en una norma vinculante, operativa, esto es, con vigencia practica.”; asimismo, anota MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal...*, *cit.*, pág. 155, que la decisión supuso un “revulsivo para la función jurisdiccional referida a la valoración de la prueba”. Según NIEVA FENOLL, Jorge: *El hecho y el derecho...*, *cit.*, pág. 185, en lo que respecta a la casación, es dable hablar, incluso, de la existencia de un medio de impugnación anterior y de otro posterior a la sentencia, habiéndole dado un vuelco evidente, especialmente porque previo a dicha resolución se hacía uso de un recurso que puede calificarse como “restringido”. Por el contrario, para ALBACAR LÓPEZ, José Luis: “El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *La Ley*, nº 4 (1981), págs. 1089 y 1090, el criterio mantenido en la sentencia concedió un limitadísimo alcance al principio de libre apreciación de la prueba por el juez penal, permitiéndose el propio TC ponderar los distintos medios de prueba, al punto de poder descartar el valor de convicción de alguno de éstos, ejerciendo así “una función en todo semejante a una nueva instancia penal”.

sino dejarían de ser de cargo; y c) que existan pruebas “congruentes suficientes”, pues en caso contrario se omitiría alcanzar el mínimo exigible de la actividad probatoria²⁶⁶.

De esa cuenta, en su postura inicial, el control ejercido por el TS se ajustó al primer significado de la expresión, en concordancia con el criterio expresado en el voto particular formulado a la sentencia del TC²⁶⁷, limitándose a la mera constatación formal de una actividad probatoria desarrollada con todas las garantías procesales, de manera que habiendo comprobado que dicha prueba existía –para lo cual ha sido preciso determinar qué actuaciones y diligencias pueden considerarse verdaderas pruebas–, no asumía función alguna en cuanto a su valoración, tarea que quedaba por entero en manos del tribunal sentenciador²⁶⁸.

²⁶⁶ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Desventuras de la ‘íntima convicción’”, en: *Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex*, nº 7 (septiembre-octubre 1993), pág. 11.

²⁶⁷ Es preciso acotar que el propio TC, en pronunciamientos posteriores, pareció optar por el criterio sostenido en el voto particular. En tal sentido, entre otras, las SSTC 107/1983, de 29 de noviembre: “[...] la única misión que este Tribunal ha de efectuar es la de precisar si existió en el proceso penal la mínima actividad probatoria exigida por su doctrina, sobre la que pudiera descansar el pronunciamiento de culpabilidad realizado por Sentencia de la Audiencia y que evitara la efectividad de la presunción de inocencia.”; 2/1984, de 18 de enero: “Se desconocerá la presunción de inocencia cuando, sin prueba o prescindiendo de la prueba, se declara la culpabilidad, pues las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación [...]”; y 62/1985, de 10 de mayo: “Ciertamente es indispensable para la realización de esta labor valorativa contar con medios probatorios, traídos al proceso con las debidas garantías procesales, pero supuesta esta aportación probatoria, no es propio de un proceso de garantías constitucionales, como es el amparo, realizar un nuevo análisis de las pruebas practicadas en el proceso judicial, al modo de una renovada valoración, sino que su función se contrae a controlar si la apreciación fáctica se ha realizado sobre pruebas traídas al proceso, cumpliendo las esenciales y debidas garantías de tal actividad.” A esta situación hace referencia DE VEGA RUIZ, José Augusto: “La valoración penal de la prueba y la presunción de inocencia”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1326 (15 octubre 1983), pág. 4, al señalar que ante la polémica desatada por la STC 31/1981, que para algunos críticos traía consigo una nueva instancia penal a cargo del TC, fue éste el que con un “criterio ponderado en extremo” afirmó con posterioridad que el amparo sólo procedería ante la carencia total de actividad probatoria, de forma que de existir ésta, aunque mínima, la tutela pretendida devendría inoperante.

²⁶⁸ VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 115. Como ejemplos de esta primera postura cabe citar las SSTS 895/1982, de 3 de noviembre: “Que el examen que se realice de las actuaciones, a efectos de considerar la invocada y posible violación del derecho de presunción de inocencia, recaiga únicamente sobre la existencia o no de los medios probatorios propuestos o practicados, de conformidad con las garantías que se determinan en el proceso, que no puede extenderse sobre la soberana dinámica que el Juzgador penal hace en conciencia para emitir los juicios valorativos sobre la prueba, en virtud de la función que le está asignada, susceptible de impugnación por otros medios jurídicos (sentencias de 30 de mayo de 1981, 26 de abril y 20 de octubre de 1982).”; 522/1982, de 16 de noviembre: “[...] invoca, como precepto constitucional infringido, el derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la citada Constitución; esta invocación da lugar a que esta Sala, de acuerdo con la doctrina expuesta en la anterior consideración, acuda al examen de la causa a los solos efectos de determinar si existe el ataque a este derecho constitucional, por haber sido condenados los recurrentes con ausencia de medios probatorios, procedimiento factible de vulnerar el derecho alegado a la presunción de inocencia protegida

A la postre, como advierte BACIGALUPO ZAPATER, la extensión, al recurso de casación, de los límites que postulaba aquel voto particular para la jurisdicción constitucional conllevó la reducción de la significación de la garantía de la presunción de inocencia a la simple exigencia de que antes de emitir la sentencia se practicara prueba²⁶⁹.

Por su parte, conforme al segundo significado mencionado, la expresión “mínima actividad probatoria de cargo” exige que la prueba en que se base la condena sea “congruente” con lo que haya de probarse²⁷⁰, es decir que permita la acreditación del hecho y que sea de signo inculpatario, en tanto que de los datos que arroje sea factible demostrar la conducta punible que se atribuye al procesado²⁷¹.

El tribunal de casación asumió también la función de verificar la naturaleza “de cargo” de la prueba sobre la que se apoya la decisión judicial. Con ello, su labor no abarca ya la sola comprobación de la existencia formal de prueba producida con todas las garantías, sino que examina su contenido y resultado

constitucionalmente.”, y 720/1983, 13 de enero: “[...] no se trata de promover una revisión del resultado probatorio aceptado por el Juzgador *a quo*, sino de constatar la existencia de un medio o elemento de prueba que permita destruir la presunción de inocencia, de suerte que una vez advertida dicha ‘actividad probatoria mínima’ debe prevalecer la versión de los hechos del Juzgador de instancia [...] de este modo se concilian las exigencias indeclinables del derecho constitucional a la presunción de inocencia que debe ser acatado por todos los Poderes públicos y entre ellos el Judicial, abriéndole vías de penetración en todas las instancias y recursos procesales, y la necesidad de impedir, por exigencias institucionales del proceso criminal, que este recurso pueda degenerar en una segunda instancia con lesión irreparable para el principio fundamental de la libre apreciación de la prueba que consagra el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

²⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, págs. 18 y 19.

²⁷⁰ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Desventuras...”, *cit.*, pág. 14.

²⁷¹ El TC, en la sentencia 9/1984, de 20 de enero, se pronuncia en tales términos: “[...] el examen de las actuaciones pone de manifiesto que el Tribunal sentenciador pudo basar su fallo condenatorio en dos declaraciones inculpatorias realizadas a presencia judicial, y, siendo ello así, no puede decirse que no concurra aquella mínima actividad probatoria de cargo, que, según afirmaba la Sentencia de este T.C. antes aludida y reitera la constante doctrina del mismo, impide al propio T.C. entrar a conocer de la violación de la presunción de inocencia, al no ser de su competencia la valoración de las pruebas practicadas, como se desprende, entre otros, del art. 44. b) de su mencionada Ley Orgánica (LOTG).”; asimismo, la STC 101/1985, de 4 de octubre: “De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, una vez consagrada en el art. 24.2 de la Constitución, ha pasado de ser un principio general del Derecho a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos, y exige para poder ser desvirtuada una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado. [...] No cabe, pues, afirmar la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo en que se haya basado la Audiencia Provincial para desvirtuar la presunción de inocencia. La declaración del recurrente no confirma ninguno de los hechos subsumibles en la previsión del tipo penal, y los informes de la Policía y el atestado de la Guardia Civil no forman parte de las pruebas a que se refiere el art. 741 de la L.E.Cr. [...]”

con el objeto de determinar su congruencia con los hechos contenidos en la acusación y con la participación del acusado en la comisión de éstos²⁷².

Para comprender el alcance de ese examen resulta útil distinguir entre las funciones de interpretación y valoración de la prueba; así, según explica VEGAS TORRES, mediante la interpretación se fija el “contenido objetivo” de un elemento probatorio, es decir, lo que declara un testigo o lo que consta en un documento, mientras que la valoración se dirige a determinar si ese contenido es verdadero²⁷³.

En tal sentido, para que una prueba se considere “de cargo”, el contenido fijado mediante su interpretación ha de ser objetivamente útil para la demostración del delito y la responsabilidad del acusado en su comisión, ámbito en el que puede intervenir el tribunal de casación, en tanto que su valoración queda a cargo exclusivamente del órgano de instancia²⁷⁴.

²⁷² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 560-565. Cita el autor la STS 5491/1990, de 11 de julio, en la que se consideró: “[...] el juzgador de instancia, que tuvo contacto directo con las pruebas realizadas en el acto solemne del plenario, no puede ser sustituido por ningún otro órgano judicial, ni por el Tribunal Supremo cuando entiende del recurso de casación, ni por el Tribunal Constitucional cuando conoce del recurso de amparo, quienes siempre han de respetar esa valoración libre, que no arbitraria, del Juzgador de instancia, quedando reducido el papel de estos órganos superiores, cuando se alega infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la verificación externa y objetiva respecto de si ha existido o no alguna prueba que propiamente pudiera merecer el concepto de tal por haberse practicado con todas las garantías legales y que pudiera ser reputada de cargo en cuanto acreditativa por su contenido y resultado del hecho afirmado por las partes acusadoras.”

²⁷³ VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 130 y 131.

²⁷⁴ STS 3708/1986, de 28 de junio: “[...] ese, al menos, mínimo de actividad probatoria, tiene que haberse practicado con observancia estricta de las garantías procesales y escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por las Leyes, ser de cargo, es decir, de signo inculpatario o incriminatorio y, finalmente, referirse, tanto a los elementos objetivos como a los subjetivos, del delito o infracción de que se trate.” En cuanto al control ejercido por el tribunal de casación, puede citarse, entre otras, las SSTS 588/1982, de 26 de noviembre: “Así respecto a César, su declaración ante la Policía es enormemente confusa (folio 25), niega todo ante el Juez (folio 30), vuelve a negar en la indagatoria y en el juicio oral, ninguno de sus compañeros le acusan en sus declaraciones ante el Juez o Tribunal, y no es reconocido ni por el Director de la sucursal bancaria ni por ninguno de sus empleados (folios 49 y 51); por lo que es obligado afirmar que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada por pruebas terminantes, aunque toda la dinámica del atraco y las conductas de sus cuatro participantes, suscitan reservas mentales y sospechas sobre la inocencia de este procesado. No ocurre lo mismo con Romeo, que si bien mantiene su negativa en la participación en el atraco durante toda la tramitación de la causa tiene en su contra el haber sido reconocido por el Director del Banco y por uno de los empleados como uno de los cuatro asaltantes; prueba que ha permitido a la Sala de instancia valorarla como bastante, para afirmar su juicio de culpabilidad. Razonamiento que obliga a estimar el recurso formulado por Cesar y desestimar el de Romeo.”; 1143/1983, de 24 de marzo: “[...] por lo que se refiere a la inexistencia de pruebas concluyentes en contra del reo, bastantes a destruir la presunción de inocencia constitucionalmente establecida en su favor, porque sin entrar en su examen e interpretación que, como es sabido, corresponde al Tribunal de instancia de acuerdo con las previsiones señaladas en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el presente caso aparecen las suficientes como para que,

Se trata entonces de controlar aspectos puramente objetivos de la actividad probatoria –su existencia, práctica y contenido–, nunca subjetivos, pues el tribunal de casación no interviene en la valoración de la prueba, sino que se ocupa de constatar que ésta haya recaído sobre la totalidad del hecho formulado en la acusación, incluidos todos los elementos del tipo penal, y que su contenido se dirija a demostrar la culpabilidad del acusado, es decir que sea incriminatorio²⁷⁵.

En cuanto a la tercera acepción mencionada del término “mínima actividad probatoria”²⁷⁶, señala MIRANDA ESTRAMPES que la jurisprudencia del TS fue acogiendo la fórmula “actividad probatoria suficiente”. Según el autor, la suficiencia de la prueba, en concordancia con lo sostenido en determinados pronunciamientos²⁷⁷, sería equivalente a “prueba de cargo congruente y

valorándolas en conciencia, se haya llegado al pronunciamiento hoy combatido, pues, aparte de la objetiva de ocupación de los veintiún kilos de hachís que transportaba a bordo de su automóvil escondidos (folio 1 de sumario), existen otras como las propias declaraciones auto-inculpatorias del acusado que, en todo momento, reconoció haber comprado la droga en Marruecos y su propósito de trasladarla a su país natal, para proceder a su distribución y venta (folios 1, 5, 7, 18 y 20 del sumario y acta del juicio oral), por lo que existiendo una actividad probatoria adecuada, de la que deducir la culpabilidad del procesado, es claro que no se ha infringido el principio constitucional de presunción de inocencia, lo que obliga a la desestimación de este motivo, también en cuanto al fondo y por los dos aspectos que contiene.”; y 964/1983, de 8 de junio: “[...] si se analizan con detenimiento todas las actuaciones del sumario y las pruebas practicadas en el acto del Juicio oral, se llegará a conclusión diametralmente opuesta a la que sostiene el recurrente en petición de una sentencia absolutoria, por cuanto, además de la denuncia formulada por los perjudicados, en la que expresamente dijeron que uno de los que les atracó llevaba en un brazo una inscripción tatuada con la leyenda ‘amor de madre’ –que en efecto luce el procesado–, reconocieron al mismo, ante la Policía, cuando fue detenido después de denunciado el hecho, y posteriormente, ante el Juzgado de Instrucción, en rueda de presos que con tal finalidad se practicó, por lo que es evidente que, existiendo esa mínima actividad probatoria que es precisa para que la Sala pudiese hacer la valoración en conciencia que le exige el artículo 741 de la repetida ordenanza procesal, no se ha vulnerado la Ley, y ello conlleva la necesidad de desestimar este primer motivo del recurso.”

²⁷⁵ ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., págs. 58 y 59.

²⁷⁶ La “prueba congruente suficiente”. IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Desventuras...”, cit., pág. 15.

²⁷⁷ Además de la STS 6891/1989, de 29 de noviembre, citada por el autor, cabe hacer relación de la STS 90/1990, de 9 de enero, en la que se consideró: “No se trata por consiguiente, si de una actividad plural de prueba contradictoria se trata, favorable una, adversa otra al acusado, de decidir cuál tiene más fuerza o credibilidad, se trate de testigos, pericias, documentos, etc., sino de verificar, como ya se anticipó, la existencia o inexistencia de prueba teniendo en cuenta que, en realidad, cuando se hace referencia a la suficiencia o razonabilidad de la prueba se trata de comprobar si con criterios de lógica –de lógica general y de lógica jurídica– de las reglas de experiencia en el campo de los antecedente humanos, etc., puede, en verdad, decirse si hay o no realmente prueba de cargo, exigencia que con toda obviedad, y una vez más hay que hacer referencia incondicionada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, dependerá según se trate de prueba directa e inmediata o de actividad probatoria construida sobre indicios, en cuyo caso hay que exigir que éstos sean varios y que se motive el correlato existente entre todos ellos, como si de una cadena de argumentos concatenados se tratara, y la conclusión condenatoria.”

razonable”, es decir, aquella prueba en cuya valoración se hayan respetado las reglas de la sana crítica²⁷⁸.

Sin embargo, en otros pronunciamientos parece que el TS no identifica la suficiencia de la prueba con la necesaria racionalidad en su valoración, sino que se refiere a tal carácter en orden a la aptitud de la prueba para formar la convicción judicial²⁷⁹, de forma que el control persigue verificar la fuerza o eficacia de la prueba en tanto la decisión de condena exige que la prueba “haya eliminado cualquier duda racional acerca de la culpabilidad del acusado”²⁸⁰.

Ahora bien, la propia jurisprudencia determinó un significativo avance del control ejercido por el tribunal de casación (y también por la jurisdicción constitucional), hasta abarcar el razonamiento empleado por el juzgador de instancia para asumir la condena; con ello, además de verificar la existencia de una actividad probatoria respetuosa de los derechos constitucionales y del

²⁷⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 573 y 574.

²⁷⁹ Como ejemplo de ello, cabe citar la STS 7471/1989, de 19 de diciembre: “La alegación de presunción de inocencia en casación no permite hacer una nueva valoración de la prueba, sino sólo comprobar si la actividad probatoria obrante en la causa es suficiente para ofrecer al Tribunal de instancia base para formar su convicción en uso de la competencia exclusiva que le atribuye el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento (en relación con el 117.3 de la Constitución).”; asimismo, la STS 3374/1993, de 26 de mayo: “El principio de libre valoración de la prueba que corresponde efectuar a los Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución y art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se complementa con la idea esencial de que toda Sentencia condenatoria debe fundamentarse en auténticos actos de prueba, legítimamente obtenidos y con suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia que provisionalmente ampara a todo al que se le imputa un hecho delictivo.” Expone BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia...”, cit., pág. 19, que la fórmula “prueba suficiente” empleada por el TS debe entenderse como “suficiente para fundar la certeza del Tribunal” y señala que dicha fórmula va acercando la postura del órgano de casación a los alcances del control de la actividad probatoria de acuerdo a la jurisprudencia constitucional.

²⁸⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 575-581. Señala el autor que el control casacional sobre la suficiencia de la prueba ha provocado que se establezcan criterios jurisprudenciales de valoración probatoria con validez más allá del caso concreto sometido a examen; así, resalta los criterios aplicables a las declaraciones inculpativas de coimputados o de la víctima (véase apartado 2.1.4 del capítulo anterior), los que, a su juicio, actúan cuales verdaderas reglas de valoración, con lo que el TS se excede en su función, inmiscuyéndose en la revisión del resultado de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el órgano de instancia. A ese respecto, cabe citar la STS 1460/2004, de 4 de marzo: “En ocasiones, la jurisprudencia de esta Sala ha suministrado criterios de valoración, como los que recoge la propia sentencia y que el recurrente, a su vez, reitera, como son la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivadas de relaciones entre agresor y víctima u otras circunstancias; persistencia en la incriminación a lo largo de las sucesivas declaraciones y, en la medida posible, que el testimonio inculpativo aparezca corroborado por acreditamientos exteriores a la declaración de la víctima. Estos criterios no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional.”

ordenamiento procesal que pueda entenderse de cargo, aquel control se dirige a excluir la arbitrariedad de la decisión judicial (art. 9.3 de la CE)²⁸¹.

Fue la doctrina del TC la que impulsó tal ampliación en orden a la efectiva observancia de la presunción de inocencia, haciéndolo en un inicio, precisamente, respecto del control de la prueba indiciaria²⁸². En efecto, mediante la STC 174/1985, de 17 de diciembre, tras afirmar que aquella presunción constitucional establecida en favor del acusado requiere, para ser válidamente desvirtuada, que el resultado de la prueba pueda considerarse racionalmente de cargo, señala el Tribunal que en casos en los que la convicción judicial se funde en prueba indiciaria le corresponde verificar si ésta ha existido verdaderamente o si, por el contrario, el juzgador sólo ha contado con sospechas o simples conjeturas sobre la culpabilidad del procesado, es decir, sin que la presunción de inocencia pueda considerarse legítimamente destruida.

Y es al trazar la línea divisoria entre una verdadera prueba indiciaria y las meras sospechas, que el TC alude a las exigencias de la primera, indicando que debe partir de indicios “plenamente probados” y llegar, mediante “un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”, a la conclusión respecto de la prueba del hecho formulado en la acusación.

Asimismo, la STC 175/1985, también de 17 de diciembre, hace referencia a la viabilidad de que, haciendo uso de la prueba indiciaria, el tribunal concluya “racionalmente” en la acreditación del hecho necesitado de prueba, relativo a la existencia del delito y a la participación del procesado en su comisión,

²⁸¹ Expone BACIGALUPO, Enrique: *Principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 37, que “una sentencia en la que los hechos se establecen arbitrariamente es incompatible con un Estado de derecho que reconoce derechos fundamentales que tienen la finalidad de excluir la arbitrariedad en los procesos judiciales”.

²⁸² Cabe señalar que desde la STC 140/1985, de 21 de octubre, al conocer de amparo contra un auto de inadmisión de recurso de casación, señaló el TC, discrepando del criterio del TS, que éste estaba en posibilidades de examinar las actuaciones obrantes en el proceso a efecto de determinar “cuáles podían ser calificadas como actividad probatoria y si existía alguna mínima actividad probatoria que pudiera entenderse de cargo en relación a la comisión del delito de robo, de forma tal que el Juez –valorando libremente la prueba– pudiera llegar a esta conclusión, incluso realizando inferencias lógicas de tal actividad probatoria, como es normal, siempre que no fueran arbitrarias, irracionales o absurdas”, con lo que se refería, aunque discretamente, a la prueba indiciaria.

añadiendo que un proceso deductivo “arbitrario, irracional o absurdo” conlleva vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En ambas sentencias el TC hace referencia de la necesidad de que la resolución de condena se encuentre motivada, es decir que se hagan constar expresamente, además de las consideraciones de derecho que atañen a la aplicación de las normas jurídicas a unos determinados hechos, “los criterios racionales” que han guiado la valoración probatoria (STC 174/1985), y en el caso de prueba indiciaria, que se indiquen “cuáles son los indicios probados” y “cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal” (STC 175/1985), elementos imprescindibles para conocer cuál ha sido el razonamiento del juzgador a efecto de determinar “si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo” (STC 175/1985) y, con ello, “verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia” (STC 174/1985).

Así, las sentencias asocian la necesidad de una apropiada motivación de las resoluciones judiciales respecto de la actividad probatoria, a la garantía del derecho a la presunción de inocencia, en especial tratándose de prueba indiciaria²⁸³, al punto que en ambos pronunciamientos se declara la lesión a este derecho fundamental derivado de la falta de fundamentación de las sentencias impugnadas²⁸⁴, pues, ante tal vicio, “no resulta” de éstas que exista “una verdadera prueba que pueda estimarse de cargo y que pueda servir de base a la apreciación del juzgador” (STC 174/1985), en otras palabras, “no aparece manifiesta la existencia de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo y de la que se deduzca la culpabilidad de los condenados” (STC 175/1985)²⁸⁵.

²⁸³ VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 118.

²⁸⁴ Es pertinente acotar, como apunta TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo...*”, cit., págs. 136 y 137, que en la STC 174/1985 no se alude a la vulneración, mediante la ausencia del razonamiento judicial en la resolución impugnada, del derecho a la tutela judicial efectiva, como sí lo hace la STC 175/1985.

²⁸⁵ Cabe agregar que en las dos sentencias se afirma no vulnerar la libertad de valoración que compete al juez penal, expresando en ambas que sus conclusiones no suponen “valoración alguna de este Tribunal Constitucional de los indicios recogidos en el proceso, ni de la forma en que el Tribunal Sentenciador haya podido llegar, partiendo de ellos, a la responsabilidad de la acusada, ni menos aún, si cabe, opinión alguna sobre su culpabilidad o inocencia”.

Si bien en un primer momento los alcances de esta doctrina se limitaron a los supuestos de prueba indiciaria, la propia jurisprudencia los amplió, tiempo después, a toda clase de pruebas.

Pues bien, con estas sentencias se configuró una faceta nueva respecto del control ejercido para garantizar la tutela del derecho a la presunción de inocencia, pues a partir de ahora este control comprenderá también la verificación del fundamento racional de la convicción judicial²⁸⁶.

En efecto, no se trata ya sólo de exigir la existencia de pruebas que se reputen válidas y cuyo contenido sea objetivamente incriminatorio, sino que ahora se pone el énfasis en el razonamiento del juzgador, el que puede ser controlado desde la motivación de la sentencia y cuyo examen se dirige a comprobar que la decisión haya sido alcanzada conforme a parámetros de racionalidad.

Con todo, ese control persigue verificar que las conclusiones a las que arribe el juzgador no se revelen ilógicas, absurdas o arbitrarias, y es que la propia CE, en su artículo 9.3, prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos²⁸⁷, erigiéndose el recurso de casación, dada la preeminencia de la disposición constitucional, en un “medio de protección jurídica” contra aquélla²⁸⁸.

²⁸⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “Algunos aspectos...”, *cit.*, pág. 56.

²⁸⁷ Explica GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 124 (enero-abril 1991), pág. 225, que arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y su prohibición condena la “falta de un fundamento objetivo”, añadiendo que “la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente”, en cambio, exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores proclamados en el artículo 1º constitucional, y concluye: “Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones.”

²⁸⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia...”, *cit.*, pág. 48. Se considera en la STS 1491/2009, de 5 de marzo, que corresponde al tribunal de casación, ante denuncias de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, verificar “si se explicitaron con el detalle necesario los razonamientos del Tribunal que le llevaron al juicio de certeza de naturaleza incriminatoria, de suerte que puede verificarse el *iter* discursivo, y, finalmente, si la conclusión es, en sí misma considerada, razonable y por tanto situada extramuros de toda decisión arbitraria pues de alguna manera este Tribunal es el garante de la efectividad de la interdicción de toda arbitrariedad en la decisión judicial, que si es predicable de todo el quehacer público, en virtud del art. 9.3º de la Constitución, tiene una especial intensidad en la actividad judicial en la medida que sus decisiones afectan o pueden afectar a derechos de la mayor importancia como es el derecho a la libertad, en este orden penal”.

Conforme a las notas anteriores, la fundamentación de la sentencia se configura en su principal elemento, pues es por su medio que puede llevarse a cabo aquel control, de forma que, como ha sido afirmado, la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 de la CE) deviene también en exigencia imprescindible para la tutela efectiva del derecho a la presunción de inocencia.

Así las cosas, dejando de lado por un momento la prueba indiciaria, sobre la cual se volverá más adelante, cabe resaltar que el control respecto de la racionalidad de la decisión se extiende a todo tipo de pruebas. En tales casos, el control casacional persigue verificar que el tribunal que dictó la sentencia haya observado en su función valorativa las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos²⁸⁹.

De esa cuenta, se exige que la valoración probatoria se rija por criterios de racionalidad –descartando la arbitrariedad– para concluir válidamente en la constatación del hecho delictivo y la culpabilidad del acusado, pues si la convicción judicial se llegara a formar sin ajuste a las reglas de la sana crítica²⁹⁰, se vulneraría frontalmente el derecho a la presunción de inocencia.

En este específico campo, referido al control del razonamiento judicial al margen de la prueba indiciaria, es menester destacar el papel precursor del TS²⁹¹; en tal sentido, en la importante STS 129/1988, de 19 de enero, al conocer de un recurso de casación en que se invocó la infracción de la presunción de inocencia, se consideró:

“[...] se debe verificar por la Sala si de esta prueba ‘se puede deducir la culpabilidad’ de los procesados. En el caso concreto de la prueba de testigos esta deducción se debe tener por acreditada cuando el Tribunal de instancia haya apreciado las declaraciones de aquéllos según lo establecido en el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, ‘según las reglas del criterio racional’. La Ley hace referencia mediante estas expresiones a las reglas de la lógica y, dentro de ellas, especialmente al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia. La observancia de las reglas de la lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco

²⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 598.

²⁹⁰ Que no son sino “las reglas del correcto entendimiento humano”, como las define COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos...*, cit., pág. 270.

²⁹¹ VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 121.

del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que es –como reiteradamente lo ha subrayado esta Sala– sólo posible al Tribunal de instancia en virtud de la inmediatez y la oralidad. La posibilidad de revisión casacional de la estructura lógica del razonamiento mediante el que el Tribunal de instancia deduce de la prueba practicada la autoría del acusado, no encuentra obstáculo alguno, en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No sólo porque, de acuerdo con las premisas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debe entender que ésta es la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 741 y 717 de la Constitución española, sino también porque sólo de esa manera es posible mantener una adecuada diferenciación entre libre convicción y arbitrariedad, impuesta por el principio del Estado de Derecho (artículo 1 de la Constitución española).²⁹²

Aunque la sentencia se refiere al control casacional en el caso de prueba testifical, el criterio es aplicable a cualquier tipo de pruebas, como da cuenta la propia jurisprudencia²⁹³.

Vale acotar que al ejercer este control, el tribunal de casación, conforme a la naturaleza del recurso, no sustituye el convencimiento alcanzando por el órgano que conoció del juicio y dictó sentencia, en cambio, simplemente

²⁹² Afirma JAÉN VALLEJO, Manuel: “El criterio racional en la apreciación de la prueba penal”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (1989), pág. 69, que esta sentencia supuso una notable ampliación de la tutela del derecho a la presunción de inocencia en sede de casación.

²⁹³ Entre otras, cabe citar las SSTS 2759/2010, de 3 de mayo: “Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2). Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).”; 2499/2010, de 12 de mayo: “Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediatez, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. [...] Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo tenetur* (STS. 1030/2006 de 25.10).”, y 2745/2010, de 18 de mayo: “En lo que concierne al derecho a la presunción de inocencia, esta Sala debe verificar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.”

corroborar que el razonamiento utilizado no se evidencie arbitrario, sin cuestionar la corrección o el sentido de la decisión asumida²⁹⁴.

En efecto, el TS se circunscribe a verificar que la decisión haya sido alcanzada racionalmente, sin que esté en posibilidades de suplir al tribunal sentenciador en las funciones de valoración probatoria y formación de su convicción conforme a los resultados de ésta –sin perjuicio de la vía del art. 849.2 de la LECr–, y es que no ha sido aquél el que ha presenciado la práctica de la prueba, de forma que el límite viene impuesto por la inmediación²⁹⁵ –no ya por la íntima convicción del órgano de instancia–, aunado a que una actuación en tal sentido resulta ajena, por completo, al ámbito del control en casación²⁹⁶.

Como corolario, la fiscalización que ejerce el tribunal de casación respecto del razonamiento probatorio tiende a hacer efectiva la garantía de la presunción

²⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 603. Señala a este respecto IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Motivación de la sentencia...”, cit., pág. 471, que una tarea es sustituir la decisión del órgano de instancia y otra diferente censurar el discurso justificatorio, por ende, cuando el TS, y también el TC, no acepta la validez del razonamiento contenido en el sentencia impugnada no entra en el “fondo”, es decir, en la valoración propiamente dicha, sino que únicamente señala que lo decidido por el tribunal inferior no está racionalmente fundado.

²⁹⁵ STS 3094/2010, de 15 de junio: “[...] la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases. a) La percepción sensorial de la prueba. b) Su estructura racional. La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración. La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción. Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial. [...] En resumen, en las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir un primer nivel dependientes de forma inmediata a la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto, ajeno al control en vía de recurso por un tribunal que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.”

²⁹⁶ STS 2902/2010, de 28 de mayo: “En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal a quo, no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.”

de inocencia²⁹⁷, pues mediante dicho control se exige, además de que el fallo se apoye exclusivamente en pruebas de cargo diligenciadas en el juicio oral y en cuya obtención y práctica no se hayan vulnerado derechos fundamentales, que éstas hayan sido sometidas a una valoración racional de la que pueda colegirse, sin margen alguno de duda razonable, la existencia del delito y la participación del acusado en su comisión²⁹⁸.

Ahora bien, reconduciendo el tema en orden al control casacional de la prueba indiciaria, cabe indicar que la tarea que ejerce el TS en este ámbito, siguiendo las pautas marcadas por la jurisdicción constitucional²⁹⁹, comprende la fiscalización del cumplimiento de las exigencias que condicionan la eficacia de aquélla para entender válidamente desvirtuada la presunción de inocencia, exigencias cuya identificación ha sido producto de una compleja construcción jurisprudencial, como fue apuntado en el capítulo anterior³⁰⁰.

²⁹⁷ Así, este control del razonamiento dirigido a excluir la arbitrariedad, permite también el control en casación de la aplicación de la regla *in dubio pro reo*, como lo pone de manifiesto la STS 2563/2010, de 14 de mayo: “[...] esta Sala ha venido manteniendo de forma pacífica y constante, que el principio *in dubio pro reo* constituye un criterio interpretativo dirigido al Tribunal que valora la prueba, para indicarle que si tras la valoración de la prueba –de cargo y de descargo– no alcanza un juicio de certeza en un contenido incriminatorio con el canon de exigencia de ser una certeza ‘...más allá de toda duda razonable...’, debe absolver. De alguna manera, dicho principio se injerta en el derecho a la presunción de inocencia, porque no basta para la condena la sola convicción del Tribunal –el impresionismo o convicción judicial–, poco vale éste si no encuentra su anclaje en una sólida prueba de cargo. Por ello –como recuerda la STS 17-2-2010, nº 114/2010–, si bien, en una primera aproximación, se ha dicho que este principio o regla interpretativa, se vulnera cuando el Tribunal, tras expresar una duda, no obstante condena; en una segunda, más profunda, trasciende su estudio en este control casacional que no se detiene en la constatación de la presencia de la convicción condenatoria del Tribunal sentenciador, sino que, esta Sala casacional, debe controlar si esa falta de duda, está razonada y es razonable por la calidad de la prueba de cargo que lo soporta. Dicho de otro modo, aunque el Tribunal de instancia no dudara, correspondería a esta Sala casacional verificar si debió dudar por la escasa fiabilidad de la prueba de cargo. Pues bien, en el presente caso, es claro que en la primera aproximación al respecto de este criterio interpretativo, el Tribunal de instancia no exteriorizó ninguna duda, y en relación al segundo nivel de aproximación, verificamos en este control casacional que está justificado que no dudara, a la vista de la calidad de las informaciones y elementos convictivos facilitados por las pruebas.”

²⁹⁸ En ese sentido, VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., pág. 121; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones...” cit., pág. 862.

²⁹⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 588.

³⁰⁰ Entre muchas otras, se considera en la STS 613/2000, de 1 de febrero: “La función del Tribunal casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia. Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son: 1º) Desde el punto de vista formal: a) Que en la sentencia se expresen cuales son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia. b) Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que –aún cuando pueda ser sucinta o escueta– se hace imprescindible

En términos concretos, el tribunal de casación lleva a cabo su labor fiscalizadora dirigida a dos distintos aspectos: a) al control de la fijación de los indicios; y b) al control de la existencia del enlace necesario entre indicios y afirmación presumida, el que ha de responder a criterios de racionalidad³⁰¹.

Asimismo, dada la naturaleza de la prueba indiciaria, se revela absolutamente necesario que en su resolución el tribunal sentenciador explique el razonamiento lógico que, a partir del indicio o indicios constatados, le ha permitido llegar a la conclusión sobre la acreditación del elemento de hecho necesitado de prueba, pues sólo la adecuada fundamentación de la sentencia hace factible el control que corresponde al órgano de casación –y también al

en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) Que estén plenamente acreditados. b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa. c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar. d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (sentencias 515/96 de 12 de julio, o 1026/96 de 16 de diciembre, entre otras muchas). Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un 'enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano' (art. 1253 del C.Civil), (Sentencias 1051/95 de 18 de octubre, 1/96 de 19 de enero, 507/96 de 13 de julio, etc.); asimismo, respecto del alcance del control en casación de la prueba indiciaria, cabe citar las SSTS 3415/2000, de 24 de abril; 3694/2000, de 5 de mayo; 9729/2000, de 29 de diciembre; 271/2001, de 22 de enero; 2076/2001, de 15 de marzo; 6461/2001, de 20 de julio; 8611/2001, de 6 de noviembre; 1076/2002, de 18 de febrero; 3333/2002, de 13 de mayo; 4366/2002, de 14 de junio; 7395/2002, de 7 de noviembre; 488/2003, de 29 de enero; 5258/2003, de 22 de julio; 6444/2003, de 20 de octubre; 7591/2003, de 28 de noviembre; 609/2004, de 4 de febrero; 2185/2004, de 30 de marzo; 6183/2004, de 5 de octubre; 7479/2004, 18 de noviembre; 1387/2005, de 7 de marzo; 3390/2005, de 26 de mayo; 6243/2005, de 18 de octubre; 8036/2005, de 26 de diciembre; 1817/2006, de 27 de marzo; 6185/2006, de 21 de julio; 5683/2006, de 8 de septiembre; 6994/2006, de 13 de noviembre; 2102/2007, de 22 de marzo; 3285/2007, de 18 de mayo; 5290/2007, de 13 de julio; 6914/2007, de 31 de octubre; 678/2008, de 15 de enero; 3137/2008, de 22 de mayo; 6637/2008, de 17 de noviembre; 7271/2008, de 19 de diciembre; 1103/2009, de 13 de marzo; 5144/2009, de 23 de julio; 6880/2009, de 23 de octubre; 7717/2009, de 25 de noviembre; 341/2010, de 22 de enero; 1148/2010, de 23 de febrero; 2534/2010, de 7 de mayo; 3075/2010, de 2 de junio; 907/2011, de 25 de febrero, y 4323/2011, de 23 de junio, por mencionar algunas.

³⁰¹ OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., págs. 185 y 186. Entre otras, se señala en la STS 1162/2009, de 4 de marzo: "Cuando se trata de prueba indirecta o circunstancial –tan de cargo como la prueba directa–, su impugnación por el cauce de la presunción de inocencia únicamente puede ser estimada si los elementos indiciarios valorados por el Tribunal no están debidamente probados (que no es el caso), o si el juicio de inferencia deducido por los jueces *a quibus* a partir del análisis crítico y unitario de aquéllos, se revela contrarios a las máximas de la lógica, del criterio racional y de las reglas de la experiencia, lo que tampoco acaece en el caso presente a la vista de la fuerza de convicción del discurso del Tribunal de instancia con pleno respeto a aquellas exigencias, y de cuya conclusión no cabe oponer vestigio alguno de arbitrariedad o extravagancia."; asimismo, se considera en la STS 4228/2010, de 21 de junio: "De este modo, la evaluación del rigor de una actividad probatoria llevada a cabo conforme a ese esquema obliga a operar analíticamente, para comprobar, primero, si ha concurrido un conjunto de indicios de cuya realidad y calidad no quepa dudar. En segundo término, si éstos han sido tratados conforme a reglas de experiencia tenidas fundadamente por válidas en la práctica social. Y, en fin, si el resultado de esa operación permite concluir, también sin duda, que aquellos datos de hecho son efectivamente indicadores de la existencia de una conducta penalmente relevante."

TC– respecto de la utilización, por aquél, de la prueba indiciaria, lo que determina un elemento de suma importancia a tener en cuenta en la labor fiscalizadora del TS³⁰².

a) Control de la fijación del indicio

En lo que concierne al control de la fijación de los indicios, el tribunal de casación se ocupa de verificar que éstos se encuentren debidamente acreditados, mediante una actividad probatoria que cumpla todas las exigencias para hacer efectiva la garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Por ende, esta función de control se dirige a asegurar la estricta observancia de la exigencia relativa a que el hecho-base se encuentre plenamente acreditado, pues la inferencia no puede operar a partir de indicios no probados, inciertos o de cuya constatación existan dudas³⁰³.

Así, el examen del TS se proyecta sobre la base probatoria que ha tenido en cuenta el órgano de instancia para concluir en la plena acreditación del hecho-base; en tal sentido, el tribunal de casación verifica que los elementos de convicción utilizados para tales efectos constituyan verdaderos actos de prueba, obtenidos y practicados en observancia de las garantías constitucionales y legales de la presunción de inocencia, y cuya valoración haya estado gobernada por las reglas del criterio racional, de forma que la acreditación del indicio no se vislumbre ilógica o arbitraria³⁰⁴.

³⁰² STS 1826/2010, de 3 de marzo: “La prueba indiciaria, de cuya constitucionalidad no puede dudarse –SSTC 174/1985 y 175/1985–, en la medida que exige una específica motivación que desde la enumeración de los indicios acreditados, no desvirtuados e interrelacionados, permite arribar a través de un explícito juicio de inferencia al hecho a acreditar, es prueba segura y en modo alguno subsidiaria.”

³⁰³ Como bien señala ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida...*, cit., pág. 61, la falta de prueba del indicio o la duda que sobre ello se tenga veda la presunción.

³⁰⁴ STS 8596/2003, de 20 de enero: “Y es en este punto donde entra en juego también el principio de presunción de inocencia que puede ser invocado por el acusado para denunciar que esos datos, circunstancias o elementos de hecho que constituyen los indicios de los que el juzgador infiere el hecho-consecuencia, no han quedado probados, dimanando de pruebas ilícitas, o han sido valorados de forma arbitraria, absurda o irracional. [...] la función de esta Sala consiste en verificar que los hechos indiciarios figuren en la sentencia, que hayan sido efectivamente objeto de prueba válida practicada en la instancia

Conforme a lo anterior, cuando la constatación del indicio se haya originado de pruebas no indiciarias, corresponde al tribunal de casación una labor semejante a la que desempeña cuando se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en casos en los que la existencia del delito y la culpabilidad del acusado se deduce de éstas, es decir, verificar, a partir del razonamiento expuesto en la sentencia, si los distintos elementos de prueba válidamente obtenidos y practicados han sido sometidos a una valoración que, con sujeción a las reglas de la sana crítica, haya conducido racionalmente a la acreditación del hecho-indiciante³⁰⁵.

Fuera de ese específico control, no compete al órgano de casación ulterior función, en tanto que no le está permitido variar las conclusiones a que haya arribado el órgano de instancia ni sustituir la convicción que éste haya alcanzado como consecuencia de la valoración de la prueba³⁰⁶; en otras palabras, una vez constatada la racionalidad del razonamiento probatorio, concluye la labor fiscalizadora del TS³⁰⁷.

en virtud de la cual fueron declarados probados, y que la valoración de la prueba que fundamenta la convicción del juzgador de la realidad de esos indicios no quebranta las reglas de la razón, de la lógica y de la experiencia. Debiendo subrayarse una vez más que por ser la valoración de la prueba una competencia exclusiva y excluyentemente atribuida al órgano juzgador de instancia por la Constitución (art. 117.3) y la Ley Procesal (art. 741), le está vedado a las partes procesales y al Tribunal superior encargado de resolver el recurso de casación –o de amparo en su caso– revisar la valoración efectuada por aquél, de suerte que, a excepción de denunciar una eventual arbitrariedad del resultado valorativo, al recurrente no le está permitido modificar la valoración de la prueba en virtud de la cual el Tribunal *a quo* declara probados los hechos indiciarios [...].”

³⁰⁵ En un ámbito distinto a lo que se ha venido tratando, es factible acceder al control casacional de la fijación del indicio mediante la invocación del motivo de error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 de la LECr), si su constatación deviene de la valoración de documentos obrantes en la causa. VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal...*, cit., págs. 152 y 153. Claro está que la procedencia de esta vía se encuentra condicionada a que la equivocación del juzgador, al valorar tales documentos, haya sido determinante para la acreditación del hecho-base y, a la vez, que éstos no resulten contradichos por otros elementos probatorios.

³⁰⁶ STS 1501/2010, de 21 de enero: “Los indicios han de estar plenamente acreditados; exigencia cuyo control casacional no posibilita la revaloración de las pruebas directas practicadas para la demostración de cada indicio o hecho base, al corresponder tal juicio valorativo al Tribunal de instancia de conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto significa que debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo. Pero constatada su existencia no cabe entrar en una nueva valoración de la prueba directa practicada sobre cada hecho base o indicio (Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997; 14 de mayo, 8 de junio y 30 de noviembre de 1998).”; en igual sentido, la STS 5119/2010, de 22 de septiembre.

³⁰⁷ STS 5973/2002, de 19 de septiembre: “Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia. Puede

Por su parte, si la acreditación del indicio deviene, a su vez, de prueba indiciaria, el control respecto de la fijación del hecho-base ha de desarrollarse en torno a la acreditación del indicio originario y a la verificación de la racionalidad de la inferencia operada, en los términos que a continuación se exponen.

Como corolario, cabe señalar que en este primer aspecto, el control casacional tiene por objeto verificar que el indicio es tal por encontrarse plenamente acreditado, conforme a una actividad probatoria válida y sin que existan dudas fundadas a ese respecto.

En tal virtud, si del examen efectuado se constata que el hecho-indiciante no se encuentra acreditado conforme a las exigencias mencionadas, es obvio que la inferencia no podría operar, descartándose la existencia de verdadera prueba indiciaria para los efectos de desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

b) Control del enlace necesario entre indicio y afirmación presumida

En su segundo aspecto, el control casacional se dirige a verificar que entre los indicios y la afirmación presumida exista el enlace o conexión imprescindible para reconocer eficacia en la prueba indiciaria³⁰⁸.

criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo, ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.”

³⁰⁸ STS 8468/2001, de 30 de octubre: “Probados cumplidamente los indicios, la función de esta Sala consiste en verificar que el juicio de valor [de inferencia] deducido de aquéllos por el juzgador de instancia no quebranta los dictados de la razón, de la interpretación lógica y de las normas de la experiencia. Siendo ello así y excluido cualquier hipótesis de arbitrariedad, absurdo o irracionalidad en el proceso intelectual por el que el Tribunal sentenciador enlaza razonada y razonablemente los hechos base con el hecho consecuencia, es claro que la prueba indiciaria practicada posee la suficiente entidad incriminatoria para destruir la presunción de inocencia del acusado.”; asimismo, la STS 4994/2007, de 4 de julio: “En definitiva, en la casación, como en el ámbito jurisdiccional del amparo constitucional, solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ Sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre, F. 3; 220/1998, de 16 de noviembre, F. 4; 120/1999, de 28 de junio, F. 2; 44/2000, de 14 de febrero, F. 2; 155/2002, de 22 de julio, F. 14).”

Dicho enlace, como se ha insistido, debe ajustarse a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a conocimientos científicos, pues un razonamiento que se muestre incoherente, ilógico o, en definitiva, irracional, determina la conculcación del derecho a la presunción de inocencia³⁰⁹. Por ende, la función del tribunal de casación se centra en verificar que se haya observado dicho derecho fundamental, determinando si el razonamiento empleado por los jueces de instancia resulta lógico y coherente o si, por el contrario, se vislumbra arbitrario.

Por consiguiente, al ser un control desplegado sobre el razonamiento judicial, resulta esencial que el tribunal sentenciador haya plasmado en su resolución el proceso intelectual seguido desde los indicios, siendo necesario que especifique éstos, hasta la afirmación presumida, exponiendo en qué reside concretamente el enlace o conexión que ha permitido la inferencia.

Con todo, lo primero que deberá verificar el órgano de casación es si en la resolución recurrida se ha expuesto el razonamiento necesario que hace factible su labor de control, es decir, si se ha indicado cuáles son los indicios probados y se expresa, a la vez, el proceso intelectual seguido por el tribunal para identificar el enlace existente entre éstos y el hecho-indiciado.

Es debido reiterar que esta específica exigencia de motivación del elemento fáctico no se funda únicamente en la disposición del art. 120.3 constitucional, como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, al ser un componente indispensable para ejercer el control que hace viable la garantía de la presunción de inocencia, es evidente que también responde a la salvaguardia de este otro derecho fundamental³¹⁰.

³⁰⁹ STS 341/2010, de 22 de enero: “Es innecesario reiterar que la prueba de indicios permite fundamentar una condena penal. En todo caso, sin embargo, el razonamiento del Tribunal respecto de la misma puede ser objeto de revisión en el recurso de casación cuando hayan sido infringidas las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o el tribunal se haya apartado injustificadamente de conocimientos científicos.”

³¹⁰ Como indica FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones...”, *cit.*, pág. 862, todo el mecanismo de fijación de los hechos probados debe aparecer plasmado en la sentencia, mediante la motivación impuesta por el art. 120.3 de la CE, la cual constituye “la máxima garantía de que se han respetado las exigencias que entraña la efectividad de aquella afirmación interina de inocencia”.

Pues bien, el control que ejerce el tribunal de casación ha de limitarse a la mera constatación de la racionalidad de la inferencia, debiendo respetar el razonamiento del órgano de instancia, en tanto no se evidencie ilógico, absurdo o arbitrario, y siempre con total independencia de la particular convicción que pueda surgir en aquél respecto del objeto de la causa³¹¹.

Así, una vez más, verificada la racionalidad de la inferencia, termina la tarea de control a cargo del tribunal de casación, sin que esté facultado para sustituir la convicción alcanzada por el órgano de instancia, imponiendo la suya propia³¹².

En efecto, lo que realmente importa es que la decisión alcanzada en la sentencia recurrida se evidencie racional, pues la función de elegir la conclusión que se vislumbra más sólidamente fundada corresponde tan solo al órgano de instancia, lo que impide al tribunal de casación, so pretexto del control que ejerce, suplantar a éste en su decisión.

Esta situación determina una importante diferencia entre la función de control que compete al tribunal de apelación y al de casación, pues el primero, al conocer en una segunda instancia propiamente dicha, sí está facultado para sustituir la convicción del órgano de primer grado, corrigiendo, a su juicio, la inferencia operada; mientras que el segundo, dada la naturaleza del recurso, debe limitarse a comprobar la estructura racional de aquélla, conforme al razonamiento contenido en la sentencia³¹³.

³¹¹ Señala GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: "La prueba indiciaria..." *cit.*, pág. 84, que el TS, y también el TC al conocer en amparo, actúan como "Cortes de legitimidad de la decisión", pues verifican la solidez y razonabilidad de las decisiones para el solo efecto de confirmarlas o rechazarlas.

³¹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, *cit.*, págs. 591-593; en igual sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: "Aplicación de la lógica..." *cit.*, pág. 21, y BELLOCH JULBE, Juan Alberto: "La prueba indiciaria", *cit.*, pág. 75.

³¹³ Se considera en la STS 1157/2010, de 8 de marzo: "En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia."; en igual sentido, entre muchas otras, las SSTS 9143/2000, de 12 de diciembre; 5395/2004, de 20 de julio; 4386/2005, 30 de junio; 4835/2007, de 4 de julio; 3754/2008, de 27 de junio; 3317/2009, de 11 de mayo; 8428/2009, de 30 de diciembre; 2797/2010, de 23 de abril, y 3561/2010, de 7 de junio.

Múltiples sentencias del TS se muestran congruentes con este criterio³¹⁴. No obstante, es posible encontrar pronunciamientos que se apartan de dicha doctrina, en los que el tribunal de casación asume la facultad de modificar la inferencia operada por el órgano de instancia para deducir la concurrencia de los elementos subjetivos del delito; sin embargo, en estas resoluciones se parte de la teoría antes enunciada que niega a tales elementos del tipo penal la categoría de hechos, extrayéndolos, sin justificación alguna, de la cobertura de la presunción de inocencia³¹⁵.

Ante ello, es preciso reiterar que los elementos subjetivos del delito constituyen verdaderos hechos cuya concurrencia resulta imprescindible para entender desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, de modo que una vez declarados como probados en la sentencia de instancia no pueden ser variados por el órgano de casación, el que carece de facultades para tales efectos.

³¹⁴ Además de las decisiones antes mencionadas, cabe hacer relación de la STS 79/2009, de 7 de enero, en la que se citan otras resoluciones relativas al tema: “[...] el control de la razonabilidad del juicio de inferencia debe limitarse a verificar ésta, es decir, que la conclusión a que llega por el Tribunal sentenciador sea en sí misma razonable, aunque existan o puedan existir otras posibilidades porque la garantía de la interdicción de arbitrariedad queda satisfecha en tales términos, sin que a pretexto de dicho control, se pueda sustituir el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal sentenciador, por el de esta Sala Casacional, pues también en relación a la prueba de indicios, una vez superados los controles que permiten su admisibilidad, la valoración le corresponde a la Sala sentenciadora de conformidad con el art. 741 LECriminal –STS nº 435/99 de 10 de Junio–, lo que indudablemente ocurriría si la Sala Casacional sustituyera la conclusión razonable alcanzada por el Tribunal de instancia, por otra conclusión diferente aunque también fuese razonable, en tal sentido, las SSTC 174 y 175 ambas de 1985, 244/95 y 182/95, 157/98 de 13 de Julio, 117/2000 de 28 de Enero, 4 Julio de 2001, 68/2001 de 17 de Marzo y 135/2003 de 30 de Julio, declaran de forma clara que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, integrada esta por los elementos que acabamos de citar y delimitando el ámbito del control de la razonabilidad del juicio de inferencia en los términos expuestos. De esta Sala de Casación, se pueden citar las SSTS 41/97 de 21 de Enero, 435/99 de 10 de Junio, 1502/2000, 1179/2001 de 20 de Julio, 6/03 de 9 de Enero, 220/2004 de 20 de Febrero y 788/2004 de 18 de Junio y 954/2004 de 20 de Julio.”

³¹⁵ Inclusive, algunos de estos pronunciamientos han obtenido el respaldo de la jurisdicción constitucional, como se evidencia en la STC 328/2006, de 20 de noviembre, en la que se expone: “Se constata, por tanto, que en el presente caso, como en el resuelto por la STC 170/2005, de 20 de junio, la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente –el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas–, que ambos órganos judiciales dan por acreditados. [...] A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuridicidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (FJ 13 de la Sentencia de casación). Tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos expuesto, en tanto no desborda los límites de la simple interpretación de sus propias competencias, no nos corresponde enjuiciar por carecer de relieve constitucional.”

Aunado a lo anterior, las inferencias –no juicios de valor, como se denominan en aquellas sentencias– operadas para concluir en la fijación de los elementos subjetivos del tipo dan cuenta de uno de los componentes de la estructura de la prueba indiciaria, cuyo control en casación tiene por objeto exclusivo verificar la racionalidad del enlace, en garantía de la presunción de inocencia, sin que el TS esté en posibilidades de corregir el proceso deductivo utilizado, cuestión que resulta ajena, por completo, a su función³¹⁶.

2.4.3.3) Efectos de la sentencia estimatoria del recurso

En términos generales, en los casos en que el tribunal de casación concluya que la sentencia condenatoria impugnada ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en tanto ésta no ha sido destruida legítimamente, la consecuencia es la anulación de la sentencia recurrida y la emisión de otra en la que se declare la absolución del acusado³¹⁷, es decir, aplicando la norma contenida en el art. 902 de la LECr, relativa a los motivos por infracción de ley³¹⁸.

Este efecto fue señalado por el TC desde la sentencia 56/1982, de 26 de julio, al indicar que, no obstante que la violación del derecho a la presunción de inocencia origina un error *in procedendo*, la protección efectiva de éste no podría suponer el efecto establecido para esta concreta clase de vicios en casación, esto es, la devolución de la causa y la orden de reposición y ulterior

³¹⁶ Como indica OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución...*, cit., pág. 205, la casación penal no es una segunda instancia en la que se vuelve a juzgar y valorar las pruebas ya valoradas, más bien, es un “juicio sobre el juicio”, dirigido a verificar que el proceso, incluida la actividad probatoria, se desarrolló con sujeción al Derecho, lo que garantiza que la función judicial no será arbitraria.

³¹⁷ Se refieren a este efecto, entre otros, LUZÓN CUESTA, José María: *La presunción de inocencia ante la casación*, cit., pág. 97; LÓPEZ CASTILLO, Magdalena: *El recurso de casación penal por infracción de ley: artículo 849.1º de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Comares, Granada, 2007, pág. 316; BONET NAVARRO, José: *Casación penal...*, cit., pág. 265, y MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia...*, cit. pág. 351.

³¹⁸ Artículo 902 de la LECr: “Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor.”

sustanciamiento desde el momento en que se cometió la falta (art. 901 bis a) de la LECr)³¹⁹.

Por consiguiente, si el TS aprecia que los indicios no se encuentran debidamente acreditados o que la inferencia no responde a criterios de racionalidad, sino que se evidencia contraria a la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, deberá concluir en la inexistencia de prueba indiciaria válida para destruir la presunción de inocencia (claro está, si la prueba indiciaria ha resultado esencial para la decisión de condena), derecho fundamental cuya tutela precisa casar la sentencia en que se ha consumado su conculcación y la emisión de una nueva en la que se declare la absolución del acusado³²⁰.

Así, la garantía del derecho constitucional exige, para no restarle eficacia, la anulación de la condena dictada sin fundamento probatorio y, consecuentemente, la absolución del agraviado, excluyendo el efecto establecido para los motivos por quebrantamiento de forma, en tanto que la tutela de la presunción de inocencia no podría conllevar para su titular, el acusado, el perjuicio de ser sometido nuevamente a un juicio en el que se

³¹⁹ Se considera en la sentencia: "Dicho en otros términos, podría afirmarse que la violación del derecho a ser presumido inocente sólo se puede originar en un error *in procedendo*. Esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esa violación, pues de un lado el carácter cerrado y casuístico de la enumeración de los motivos de casación por esta causa que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece en su redacción actual no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible, que implica la total ausencia de pruebas y, del otro, la naturaleza misma de tal quebrantamiento exige un remedio distinto y más enérgico que el que ofrece, para este género de defectos, el art. 901 bis, a), de la L.E.Cr." Para MASCARELL NAVARRO, María José: "La carga de la prueba y la presunción de inocencia", en: *Justicia*, nº 3 (1987), pág. 639, si bien la norma que reconoce el derecho a la presunción es de carácter procesal, la razón por la que su invocación en casación no puede hacerse mediante un motivo por quebrantamiento de forma obedece a que su vulneración se produce en el momento en que el juez forma su juicio y dicta sentencia, es decir que se trata de un vicio *in iudicando*, por lo que la consecuencia sería siempre dictar nueva sentencia en la que se declare la absolución del acusado.

³²⁰ Refiere MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia...*, cit. pág. 354, que no era éste el criterio original seguido por el TS, pues, en un primer momento, al determinar la vulneración del derecho, anulaba la sentencia recurrida y ordenaba la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la infracción, en sentido similar al adoptado en un inicio por el TC en sus pronunciamientos. Como ejemplo de tal postura se cita la STS 4081/1988, de 30 de mayo, en la que se considera: "Afirmado lo anterior cabe preguntarse por las consecuencias jurídico-procesales de tal vulneración [del derecho a la presunción de inocencia]. La respuesta a esta cuestión requiere tener presente que, salvo excepciones (SS. Tribunal Constitucional 174/85 y 175/85 por ejemplo), el Tribunal Constitucional ha mantenido desde la sentencia 31/81 que, apreciada una vulneración de la presunción de inocencia corresponde 'retrotraer el procedimiento al momento en el que debió ser observada, esto es, a aquel en que, a la vista de las actuaciones sumariales pueda la acusación solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento, o proponer nueva prueba' (Fundamento Jurídico 5)."

confiera al acusador una segunda oportunidad para demostrar, ahora sin errores, la culpabilidad de aquél³²¹.

Ahora bien, tomando en cuenta que el control que lleva a cabo el tribunal de casación se despliega sobre el razonamiento judicial, es necesario referirse a las consecuencias sobrevinientes ante una eventual carencia de motivación en la sentencia de instancia que impida conocer el proceso mental que ha guiado a los juzgadores para concluir en la constatación de los elementos de hecho necesitados de prueba y, por ende, que imposibilite la fiscalización de la prueba indiciaria.

A ese respecto, cabe reiterar que la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, si bien integra una de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, compone también una exigencia del derecho a la presunción de inocencia, en tanto sólo por su medio puede conocerse el razonamiento empleado por el juzgador para concluir en la existencia del delito y la culpabilidad del acusado y, más aun, en el caso de la prueba indiciaria, constituye un requisito ineludible³²², relevándose imprescindible para apreciar el proceso mental que ha logrado identificar el enlace lógico entre hecho-base y hecho-consecuencia³²³.

³²¹ En este sentido, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “Algunos aspectos...”, *cit.*, pág. 36, y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: “Sobre la presunción de inocencia”, *cit.*, pág. 113. Con todo, cabe advertir que el ámbito de actuación del derecho a la presunción de inocencia determina una distinta consecuencia ante denuncias por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que la garantía de éste precisa que sea el órgano jurisdiccional a cargo de la causa el que dicte una nueva resolución que, fundada en Derecho, dé respuesta al reclamo de tutela del agraviado, lo que haría inviable un efecto similar al que aquí se plantea, pues por el ámbito de su conocimiento y la naturaleza del recurso no sería el tribunal de casación el apto para asumir tal respuesta.

³²² Señala DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La prueba indiciaria...”, *cit.*, pág. 334, que la ausencia o deficiente motivación, atinente a la concreta apreciación de la prueba indiciaria, determina la nulidad de la sentencia; insubsanable al haber producido la efectiva indefensión del condenado.

³²³ STC 249/2000, de 30 de octubre: “[...] hemos destacado recientemente [...] la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias penales, pues, en efecto, su total ausencia ‘afecta al derecho a la presunción de inocencia [...], por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado’. De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo –presunción de inocencia– y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad ‘avalan la necesidad de

De esa cuenta, la falta absoluta de motivación del relato fáctico en la resolución, al imposibilitar el conocimiento de la base probatoria de la condena y, por ende, de la racionalidad de la decisión, lesiona directamente el derecho a la presunción de inocencia, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, una sentencia que carezca de la motivación exigida respecto de la prueba indiciaria, en cuanto no identifique los indicios acreditados, la conclusión a que se ha arribado y el juicio lógico que ha permitido llegar, a partir de aquéllos, a ésta última, al vulnerar frontalmente el referido derecho fundamental, determina que el tribunal de casación disponga su anulación y, mediante la emisión de un segundo fallo, absuelva al procesado³²⁴.

Por último, es menester señalar que en determinados casos en los que la sentencia de instancia no carece por completo de la motivación necesaria, sino que ésta se aprecia insuficiente o defectuosa en tanto no revela con la precisión exigida el enlace necesario entre hecho-base y afirmación presumida, el tribunal de casación se apresta a completarla siempre que en el contexto de la resolución recurrida sea factible identificar los indicios constatados y la conclusión que se ha inferido a partir de éstos, logrando verificar con tales

fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica'." En igual sentido, entre otras, las SSTC 5/2000, de 17 de enero; 117/2000, de 5 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo, y 209/2002, de 11 de noviembre.

³²⁴ Es éste el criterio que se expresa en la STS 2903/2010, de 8 de junio: "[...] con respecto a la motivación fáctica, hemos dicho en STS 285/2006 de 8.3, que no basta con dar como probada la participación de los diversos sujetos incurso en un proceso penal, mediante una genérica y global apreciación probatoria, sino que es necesario, uno por uno, destacar cada uno de los elementos probatorios, indiciarios o directos, de los que se han servido las acusaciones para determinar, después, si los mismos son aptos para destruir la presunción constitucional de inocencia proclamada en el art. 24.2 CE. Por ello la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en la sentencia no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). [...] Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico inculminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. [...] El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no sólo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que pueda arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia, sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000, 1391/2000, 149/2000, 202/2000)."

elementos que la inferencia operada responde a las reglas del criterio racional³²⁵.

Esta solución, que debe ser aplicada con suma cautela por el TS para no suplantar en su función al órgano de instancia, no tiene por objeto desconocer la garantía del derecho a la presunción de inocencia, según se entiende, sino impedir un efecto tan drástico e innecesario como sería la anulación de sentencias condenatorias que, aunque no lo expresen completa y adecuadamente, sí evidencian un juicio racional alejado de toda arbitrariedad y que, consecuentemente, se fundan en prueba indiciaria válida, cuyo control no se torna imposible ante aquel defecto de motivación.

2.4.3.4) Recurso del acusador contra sentencia absolutoria

Como última cuestión, es preciso señalar que la parte acusadora está legitimada para impugnar la sentencia absolutoria y, específicamente, puede también reclamar el control en casación de la prueba indiciaria, si fuere el caso, aunque se reitera que el derecho cuya garantía le ampara es el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), cuya vulneración habrá de invocar para acceder al recurso (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr).

Así, en este ámbito, será el error patente, la arbitrariedad o la irracionalidad en que pudo haber incurrido el tribunal sentenciador en la fijación del indicio o

³²⁵ Así se evidencia, por ejemplo, en la STS 678/2002, de 5 de febrero. Por su parte, en la STS 7495/2006, de 21 de noviembre, el Tribunal se considera imposibilitado de suplir la defectuosa motivación, pues en la resolución recurrida no se especifica los indicios de los que parte la inferencia, por lo que, al acoger la impugnación, dicta nueva sentencia en la que absuelve al procesado; en tal sentido, se considera en la sentencia: "A veces, en el trámite de un recurso de casación podemos suplir una defectuosa construcción en la instancia de una prueba de indicios; pero para ello es necesario que los ya mencionados hechos básicos, es decir, aquellos datos de los que ha de inferirse la realidad del hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia), aparezcan de uno u otro modo en el texto de la sentencia recurrida al menos en sus aspectos esenciales. Incluso en ocasiones acudimos a la prueba practicada en el juicio oral para tomar algún dato complementario para corroborar la prueba de indicios existente en realidad o para en su caso desvirtuarla. Pues bien, en el supuesto que estamos examinando nada hay en el texto de la sentencia recurrida que nos permita la posibilidad de construir la mencionada prueba de indicios en cuanto a este elemento cuestionado: la procedencia del dinero cambiado. [...] Con los datos referidos, no hemos podido construir en casación una prueba de indicios, que pudiera haber servido para subsanar la deficiencia existente en la sentencia recurrida, subsanación que sólo cabe cuando se advierte que hay datos para condenar, pero que no han sido tratados de manera correcta por el tribunal de instancia." Por último, vale indicar que la jurisprudencia del TC se ha mostrado de acuerdo con esta facultad del tribunal de casación, como se indica en las SSTC 256/1988, de 21 de diciembre; 107/1989, de 8 de junio; 155/2002, de 22 de julio, y 245/2007, de 10 de diciembre, entre otras.

en la inferencia operada, el fundamento de la impugnación, en tanto haya sido determinante para la emisión del fallo que se recurre, lo que es controlable únicamente a partir del razonamiento plasmado en la sentencia.

Cabe agregar que la estimación del recurso conllevaría, para los efectos de reparar la falta de tutela judicial, la devolución de actuaciones, ordenando su reposición desde el momento debido³²⁶, que bien puede referirse a la emisión de la sentencia (por ejemplo, ante denuncias de falta de motivación) o, incluso, al desarrollo mismo del juicio oral y público, en caso de considerar que la actividad desarrollada en el proceso podría influir en el ánimo de los juzgadores al dictar una nueva resolución³²⁷.

³²⁶ Se refiere a este efecto MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *Recurso de casación y de revisión penal...*, cit., pág. 162. Por su parte, en la STS 1501/2010, de 21 de enero, se expone: “Mientras que en las sentencias condenatorias la valoración irrazonable de la prueba implica una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española, que conduce a la absolución del acusado, en las sentencias absolutorias recurridas por la acusación, cuando denuncia que el Fallo absolutorio deriva de una irrazonable valoración de la prueba de cargo, la consecuencia de su estimación no es ni el imponer al Tribunal de la instancia una convicción que no obtuvo, ni sustituir la suya por otra fundada en pruebas que el Tribunal de casación no presenció, sino que es la apreciación de la falta de tutela judicial efectiva en la medida en que la irracionalidad valorativa en la Sentencia es incompatible con los cánones de una motivación verdaderamente expresiva de una decisión no arbitraria. En todo caso la falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés sin evidenciar que la del Tribunal es ilógica, absurda o arbitraria.”

³²⁷ Como ejemplo, cabe citar la STS 3656/2009, de 1 de junio, referida a un proceso en el que se acusaba a un individuo de haber dado muerte a su esposa, fingiendo un accidente de tránsito, con el fin de cobrar distintos seguros de vida previamente concertados; entre otras cuestiones, se considera en la resolución: “En la exteriorización del itinerario deductivo que ha llevado a los Jueces de instancia a considerar insuficientes los indicios ofrecidos por las acusaciones, se deslizan argumentos que son más que cuestionables desde el punto de vista de la estricta técnica de valoración probatoria. Obviamente, el análisis de esta Sala se detiene en la metodología que inspira el discurso argumental de la Audiencia. Nuestro ámbito de conocimiento, definido por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, no nos autoriza a discrepar de las conclusiones probatorias que haya alcanzado el órgano de instancia, pero sí, de forma indudable, a revisar el esquema lógico a través del cual ha discurrido el razonamiento del Tribunal *a quo*. Con otras palabras, nuestra discrepancia no alcanza al desenlace probatorio, sino a la metodología empleada para obtener esa conclusión valorativa. [...] Por cuanto antecede, esta Sala estima que la sentencia recurrida, en la medida en que se apartó de las pautas metodológicas que inspiran la valoración de la prueba indiciaria, considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que garantiza una resolución debidamente motivada, con arreglo a los cánones de racionalidad exigibles por nuestro sistema constitucional. Al propio tiempo, toda vez que la afirmación y reconocimiento de ese derecho puede conllevar que la nueva motivación esté filtrada por el peso que la actividad probatoria ya desarrollada haya desplegado en la actitud valorativa de los Jueces de instancia, el restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva nos lleva a imponer la celebración de un nuevo juicio con una Sala integrada por nuevos Magistrados.”

3) Control de la prueba indiciaria por la jurisdicción constitucional

Al iniciar el presente capítulo se indicó que si bien la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se encuentra a cargo, en forma prioritaria, de los órganos del Poder Judicial, la propia Constitución (art. 53.2) establece que ante una eventual falta de tutela por éstos es posible reclamar dicha protección, en vía subsidiaria, ante el Tribunal Constitucional.

Es así como la presunción de inocencia se encuentra provista de esa tutela reforzada, ante la jurisdicción ordinaria primero –mediante la interposición de los recursos procedentes, apelación o casación, según sea el caso– y, posteriormente, sólo si aquélla no ha logrado reparar la lesión del derecho, ante la jurisdicción constitucional.

De esa cuenta, el control de la prueba indiciaria, en tanto ésta última haya determinado el fundamento de la convicción judicial para la emisión de una sentencia condenatoria, también puede ser reclamado ante la jurisdicción constitucional; así, previo a abordar los alcances de ese control, resulta oportuno aludir a la naturaleza de la función desarrollada por el TC y al mecanismo jurisdiccional específico de protección de los derechos fundamentales que ante él puede promoverse, es decir, el amparo constitucional.

3.1) La jurisdicción constitucional

La Constitución es verdadera norma jurídica, la primera de las normas del ordenamiento, la norma fundamental, la *lex superior*³²⁸. La fuerza normativa de la Constitución vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1) y concretamente,

³²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma...*, cit., pág. 49. Señala a este respecto HESSE, Konrad: *Escritos sobre Derecho constitucional*, traducción de Pedro CRUZ VILLALÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 16, que la Constitución es el “orden jurídico fundamental de la Comunidad” y como tal fija los principios rectores con arreglo a los cuales debe formarse la unidad política y asumirse las tareas del Estado, contiene los procedimientos para solucionar los conflictos a lo interno de la propia Comunidad, regula la organización y los mecanismos para la formación de la unidad política y la actuación estatal, y crea las bases y establece los principios del orden jurídico en su conjunto.

en lo que aquí interesa, a los jueces y tribunales que conforman el Poder Judicial³²⁹.

Establece la CE que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con excepción de lo relativo a materia de garantías constitucionales (art. 123.1); así, la propia Constitución confiere a un órgano específico, independiente del Poder Judicial, la función última de garantizar su fuerza normativa.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, verdadero órgano constitucional y verdadero órgano jurisdiccional³³⁰, por disposición de la ley fundamental, asume el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en tanto le corresponde el conocimiento exclusivo de los procesos constitucionales³³¹, encontrándose configurado como el “intérprete supremo” de la Constitución³³².

A ese respecto, debe aclararse que usualmente se habla de la jurisdicción constitucional en referencia a la labor que desarrollan determinados órganos que se encargan de decidir sobre la validez constitucional de las leyes³³³; sin embargo, en el caso español, la competencia atribuida al TC es mucho más

³²⁹ Art. 5.1 de la LOPJ: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

³³⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel: “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1 (enero-abril 1981), págs. 11 y ss., se refiere a ambos aspectos de la naturaleza del TC. Siguiendo al autor, se trata de un verdadero órgano constitucional, en tanto recibe directamente de la Constitución su “status” y sus competencias esenciales, con cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico-político fundamental que ella misma proyecta; y es verdadero órgano jurisdiccional, pues sus decisiones son asumidas en forma de sentencia, ajustándose a normas preestablecidas y conforme a un procedimiento contradictorio, dando respuesta a las pretensiones que formulan, en términos de Derecho, las partes legitimadas por la ley. Asimismo, afirma TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, en: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, cit., pág. 37, que el TC es un órgano constitucional del Estado que, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, cumple sus funciones y ejerce sus competencias aplicando métodos jurisdiccionales.

³³¹ ARAGÓN REYES, Manuel: “El Tribunal Constitucional: significado, composición y competencias”, en: *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 139.

³³² Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

³³³ RUBIO LLORENTE, Francisco: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22 (enero-abril 1988), pág. 10. Aclara el autor que esta acepción no incluye toda la actividad jurisdiccional de los órganos que en forma exclusiva o en última instancia se encargan de esa función, a la vez que excluye las funciones muy próximas a ésta que desempeñan otros órganos jurisdiccionales, distintos a los tribunales constitucionales.

amplia, pues, entre otras³³⁴, abarca también la tutela de los derechos fundamentales³³⁵, es decir, aquella función que determinó la adopción, por CAPPELLETTI, de la expresión: “jurisdicción constitucional de la libertad”³³⁶.

Asimismo, es preciso apuntar que no sólo el TC aplica e interpreta las normas de la Constitución –aunque sí lo hace como instancia máxima³³⁷–, pues también los órganos del Poder Judicial ejercen dichas tareas, las que son inherentes a la función jurisdiccional³³⁸; de esa cuenta, es indudable que el propio TS, al conocer de recursos de casación fundados en la infracción de

³³⁴ Establece el art. 2.1 de la LOTC: “El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a. Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b. Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicas relacionados en el artículo 53.2, de la Constitución. c. De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí. d. De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado. d bis De los conflictos en defensa de la autonomía local. e. De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales. f. De las impugnaciones previstas en el número dos del artículo 161 de la Constitución. g. De la verificación de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley. h. De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes Orgánicas.”

³³⁵ Ámbito competencial que se aleja del modelo de justicia constitucional creado por Hans Kelsen, quien ideó el establecimiento de Tribunales Constitucionales cuyo objeto exclusivo era el control de la constitucionalidad de las normas elaboradas por el Poder Legislativo; al respecto, afirma LÓPEZ GUERRA, Luis: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 22, que ese monopolio del rechazo de las leyes del Parlamento fue el factor justificador de la existencia de tales Tribunales, en tanto se configuraba como mecanismo de defensa de la Constitución como norma suprema. Así, a este respecto cabe señalar que el modelo adoptado por España se inserta dentro del sistema concentrado de jurisdicción constitucional, conforme a la tradición europea que encomienda a un único tribunal de composición especial, no inserto en la jurisdicción ordinaria, la función de declarar la inconstitucionalidad de las normas. ALMAGRO NOSETE, José: *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 30.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro: *La jurisdicción constitucional de la libertad: con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción de Héctor Fix ZAMUDIO, Imprenta Universitaria, México, 1961, pág. 5. Cabe resaltar, con CASCAJO CASTRO, José Luis; y GIMENO SENDRA, Vicente: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 26, la notable evolución de los distintos sistemas de justicia constitucional en lo referente a la protección de los derechos fundamentales, al punto que la tutela reforzada de éstos se configura no sólo como “uno de los dominios íntimos de la jurisdicción constitucional”, sino también como una de sus tareas de mayor importancia.

³³⁷ En cuanto a la importancia del TC en el contexto político y jurídico, cabe citar a GARCÍA PELAYO, Manuel: “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 15, quien destaca que al corresponderle regular la constitucionalidad de la acción estatal, su cometido se dirige a dar “plena existencia al Estado de Derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución”, componentes imprescindibles de un verdadero “Estado constitucional”. De igual forma, señala TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “El Tribunal Constitucional español...”, *cit.*, pág. 39, que la función específica del TC, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, es la de ser “garante, custodio o defensor del poder constituyente objetivado en el texto de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos, todos los poderes constituidos”.

³³⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, en: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 455; así, advierte el autor que en el sistema español, justicia constitucional y jurisdicción constitucional no son equivalentes, pues no sólo el TC asume la eficacia normativa de la Constitución.

precepto constitucional, se ocupa igualmente de asegurar la eficacia normativa del texto constitucional.

En tal sentido, la tutela de los derechos fundamentales, materia que determina una de las funciones más trascendentales a cargo de la jurisdicción constitucional, es desarrollada, esencialmente, mediante el conocimiento y decisión del instrumento procesal del amparo constitucional³³⁹, cuya interposición es viable contra actos del poder a los que se reprocha la vulneración de aquéllos.

En especial, por el ámbito de la investigación, resulta de suma importancia el amparo constitucional contra decisiones judiciales³⁴⁰, vía específica para denunciar la conculcación del derecho a la presunción de inocencia ocasionada en el desarrollo de un proceso penal, una vez agotados los recursos pertinentes ante la jurisdicción ordinaria.

3.1.1) La garantía constitucional del amparo

El amparo constituye un mecanismo procesal de protección de los derechos fundamentales frente a las violaciones cometidas por actos de los poderes públicos³⁴¹; es, como lo califica FIGUERUELO BURRIEZA, el último recinto de las

³³⁹ Se denomina con ese término: “amparo constitucional” (en adelante, indistintamente, amparo), cuyo conocimiento es exclusivo del TC, con el objeto de diferenciarlo de aquel que, como apunta Díez-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio: “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; y Díez-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio: *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales: dos ensayos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 70, a veces es llamado “amparo judicial” o “amparo ordinario”, referido al “procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” a que alude el art. 53.2 de la CE como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales a cargo de los tribunales ordinarios, del que, por las razones expuestas oportunamente, no se hace relación en esta investigación.

³⁴⁰ Indica RUBIO LLORENTE, Francisco: “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35 (mayo-agosto 1992), pág. 32, que la posibilidad de impugnar en amparo las decisiones judiciales denunciando que se han aplicado normas inconstitucionales o que se han aplicado de manera inconstitucional aquellas que con otra interpretación no lo serían, determina “la vía más eficaz para hacer de la Constitución un texto vivo”.

³⁴¹ Art. 41.2 de la LOTC: “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”

garantías jurisdiccionales que estable la Constitución para lograr la eficacia práctica de aquellos derechos³⁴².

Una primera connotación que es necesario resaltar es que el amparo es un verdadero proceso por cuyo medio actúa la concreta función jurisdiccional encomendada al Tribunal Constitucional³⁴³. Se trata de un proceso autónomo, independiente por completo del conflicto sometido a conocimiento de los órganos del Poder Judicial.

No es, por ende, un medio de impugnación por el que se objeta una resolución judicial³⁴⁴; por el contrario, la pretensión deducida en amparo se funda en la lesión de un derecho fundamental, con distinción de la pretensión específica que se ejercite en el proceso en el que aquella resolución haya recaído³⁴⁵.

Asimismo, se trata de un mecanismo extraordinario de protección, pues sólo los derechos que la Constitución expresamente prevé pueden ser objeto de tutela por la jurisdicción constitucional³⁴⁶. Así, dada su naturaleza extraordinaria, únicamente los derechos reconocidos en el art. 14, en la Sección primera del Capítulo II (arts. del 15 al 29) y en el art. 30 de la CE son

³⁴² FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pág. 31.

³⁴³ Como refiere GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 278, se trata de un verdadero proceso constitucional, tanto por el fundamento de la pretensión como por el órgano jurisdiccional al que se ha encomendado su conocimiento.

³⁴⁴ Destaca PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios...*, *cit.*, pág. 236, que no se trata de un recurso, sino de “un proceso diferenciado y distinto destinado exclusivamente a depurar la violación de derechos fundamentales producida por poderes públicos o, al menos, la violación de derechos no remediada por los órganos encargados de hacerlo”.

³⁴⁵ CORDÓN MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1992, págs. 32-35. Señala a este respecto RUBIO LLORENTE, Francisco: “El recurso de amparo”, en: RUBIO LLORENTE, Francisco; y JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid [etc.], 1998, pág. 40, que si la jurisdicción constitucional es auténtica jurisdicción, el amparo es un auténtico proceso que no es continuación de otro, sino uno independiente y autónomo con un régimen jurídico peculiar. Por su parte, para CARMONA CUENCA, Encarna: *La crisis del recurso de amparo: la protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2005, pág. 40, la autonomía del proceso de amparo se funda en que la pretensión deducida en éste no es la misma que la del proceso seguido ante el tribunal ordinario y, además, en que el TC configura una jurisdicción especial, distinta de la ordinaria.

³⁴⁶ PÉREZ TREMPES, Pablo: *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 25.

susceptibles de amparo ante el TC, en armonía con lo dispuesto en los arts. 53.2 de la CE y 41.3 de la LOTC³⁴⁷.

Por otro lado, es importante señalar el carácter subsidiario del amparo, el que actúa como garantía última de los derechos en el orden jurídico interno³⁴⁸. En efecto, el art. 44.1.1 de la LOTC exige que en los casos en que la vulneración del derecho fundamental se atribuya a un acto u omisión de un órgano del Poder Judicial, previo a acudir al amparo constitucional, se agoten todos los recursos previstos por el ordenamiento procesal en la vía judicial, habiendo denunciado formalmente, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello³⁴⁹.

Así, reconociendo el papel preeminente que en la defensa de los derechos fundamentales corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, se hace necesario reclamar ante éstos la tutela de esos derechos y sólo en los casos en que se no obtenga una respuesta satisfactoria es dable acudir ante el TC en vía de amparo³⁵⁰. De este modo, es imprescindible que previamente se hayan

³⁴⁷ STC 6/1998, de 13 de enero: “[...] no es ocioso recordar lo declarado en la STC 159/1997, dictada por el Pleno del Tribunal, conforme a cuya doctrina ‘el recurso de amparo tiene como ‘finalidad esencial’ (STC 1/1981, fundamento jurídico 2.) la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades contemplados en el art. 53.2 C.E. a los que exclusivamente se circunscribe su ámbito (SSTC 10/1985, 32/1987 y 54/1993, entre otras), de tal modo que a lo único que este Tribunal puede dar respuesta en dicho proceso es a la existencia o no de una vulneración de los mencionados derechos y libertades fundamentales, sin que le resulte posible hacer pronunciamiento alguno que exceda de dicho ámbito’.”

³⁴⁸ PÉREZ TREMP, Pablo: *El recurso de amparo*, cit., pág. 25. Es, como señala TUR AUSINA, Rosario: *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional: efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 139, el “punto de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales de mayor valor del catálogo de libertades que el Título de la Constitución de 1978 configura”.

³⁴⁹ STC 227/1999, de 13 de diciembre: “En el proceso constitucional de amparo, cuando éste se pretende respecto del Poder Judicial, su objeto inmediato consiste en una decisión, cualquiera que fuera su forma, donde se haya puesto fin a la vía judicial sin posibilidad de ulterior remedio. Tal es el marco propio en el cual ha de interesarse la salvaguardia de las libertades y derechos fundamentales, y solamente una vez agotadas las oportunidades que ofrezca el sistema de acciones y recursos podrá plantearse el sedicente agravio en sede constitucional, nunca directamente. Aun cuando el rigor de esta regla general admita alguna excepción que no es del caso, lo dicho refleja la función subsidiaria que tiene encomendado el amparo constitucional, conectado a su vez con el principio medular de la independencia judicial, desde la incoación hasta la terminación de cada procedimiento, en cuyo desarrollo nadie aparece autorizado para interferir (SSTC 247/1994 y 31/1995). Ese carácter subsidiario, dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en el requisito que es exigible a la pretensión para su viabilidad procesal: el agotamiento de la vía judicial, utilizando en ella todos los recursos disponibles.”

³⁵⁰ STC 1/1981, de 26 de enero: “La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias.”

interpuesto los distintos medios de impugnación por cuyo medio sea factible recabar la tutela del derecho lesionado³⁵¹.

En tal sentido, en el caso de la presunción de inocencia, cuya violación es imputable al juez o tribunal del orden penal que al dictar sentencia forma su convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado en su comisión sin que exista fundamento probatorio que, conforme a las exigencias constitucionales, logre enervar aquella verdad interina, es requisito inexcusable, antes de promover el amparo ante la jurisdicción constitucional, reclamar en la propia jurisdicción ordinaria la protección del derecho fundamental³⁵².

Conforme a lo anterior, será necesario agotar los recursos procedentes contra la sentencia condenatoria, sea apelación o casación –los que, como se ha indicado, posibilitan en su estricto campo de acción la salvaguardia del derecho a la presunción de inocencia–, según el caso, y únicamente si al decidir éstos no se satisface la pretensión de tutela del agraviado, se estará en condiciones de solicitar al TC su actuación³⁵³.

Con todo, la intervención subsidiaria de la jurisdicción constitucional mediante la garantía del amparo se circunscribe a verificar si los órganos del Poder Judicial han ocasionado, por acción u omisión, lesión al derecho fundamental, y a proveer, de ser el caso, su adecuada protección, estándole vedado hacer consideraciones ajenas a dicho ámbito respecto de la actuación de tales órganos (art. 54 de la LOTC); en otras palabras, el TC debe abstenerse de inmiscuirse en la función que con exclusividad ha sido

³⁵¹ Como apunta REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: “El recurso de amparo”, en: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *et al.: Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid [etc.], 2000, pág. 132, la intervención del TC debe limitarse a aquellos supuestos en los que resulta imposible ya toda reparación en la vía judicial ordinaria. Se trata, a decir de CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: “Facticidad y límites procesales al enjuiciamiento en amparo”, en: VIVER PI-SUNYER, Carles (coord.): *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 345, de situaciones en las que el Poder Judicial “ya ha dicho su última palabra”.

³⁵² La tantas veces citada STC 31/1981, de 28 de julio, se refiere a esta exigencia, haciendo notar la necesidad de reclamar, como requisito previo, “el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado dentro de la propia jurisdicción ordinaria, al ser el amparo un medio último y subsidiario de garantía”.

³⁵³ A ese respecto, señala PÉREZ TREMPES, Pablo: “La Constitución como motivo de casación...”, *cit.*, pág. 1456, que la lógica de la subsidiariedad exige como vía previa agotar el recurso de casación en aquellos casos en que exista dicho recurso y siempre que sea cauce hábil para reparar la lesión.

encomendada por la Constitución a los jueces y tribunales ordinarios (art. 117.3 de la CE)³⁵⁴.

Tal limitación conlleva que todo lo relativo a la determinación de hechos acreditados mediante la valoración de la prueba introducida a la causa, la selección e interpretación de las normas jurídicas aplicables y la operación de subsunción en el caso concreto, al estar comprendidos en la potestad jurisdiccional que corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, quedan fuera de la función del TC³⁵⁵.

En tal virtud, la misma LOTC en su art. 44.1.b) establece la prohibición, para el Tribunal, de entrar a conocer de los hechos que hayan dado lugar al proceso en el que se haya producido la violación del derecho fundamental cuya tutela se reclama. Asimismo, el propio TC, desde un inicio, se ha encargado de recalcar que la garantía constitucional del amparo no es una instancia de revisión de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria³⁵⁶, haciendo hincapié en que su naturaleza no se asemeja a la de una nueva instancia judicial³⁵⁷ o a una tercera instancia³⁵⁸.

³⁵⁴ STC 2/1982, de 29 de enero: “[...] en supuestos como el presente en que se impugnan actos de órganos judiciales, la decisión que hemos de adoptar ha de circunscribirse a determinar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales susceptibles de amparo, y en su caso a preservar o restablecer estos derechos o libertades, sin que podamos formular consideración alguna sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales ajena a tales extremos, como indica por lo demás con meridiana claridad el art. 54 de la LOTC.”

³⁵⁵ CORDÓN MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*, cit., pág. 102.

³⁵⁶ Entre otras resoluciones, el ATC 106/1980, de 26 de noviembre, en el que se consideró: “[...] dicho recurso no es una instancia de revisión del derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación. Se trata, por el contrario, de un procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados en la Constitución vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en este caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso y en cuya consideración no puede entrar el Tribunal Constitucional según lo preceptuado en el art. 44.1 b) de su Ley Orgánica.”

³⁵⁷ STC 78/1988, de 27 de abril: “Es de destacar, una vez más, que este recurso no constituye una nueva instancia judicial, sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales, [...]”

³⁵⁸ STC 11/1982, de 29 de marzo: “[...] la competencia del Tribunal Constitucional tiene ciertas peculiaridades cuando el objeto del recurso es una resolución judicial. En particular, por lo que ahora interesa, debe reiterarse la afirmación de que este Tribunal no es una tercera instancia a la que corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada. Por el contrario, cuando la Sala conoce del recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, ha de partir de los hechos declarados probados (art. 44.1 b) de la LOTC), y hemos de limitar nuestra función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer tales libertades o derechos (art. 54 de la LOTC).”

3.2) Amparo y prueba indiciaria

Al abordar el estudio acerca del alcance del control en casación de la actividad probatoria que funda la convicción judicial, se aludió a la continua evolución que ha existido en esta materia, haciendo la aclaración que ello no sólo ha sido producto de los criterios de ambas jurisdicciones, la ordinaria, derivado de la jurisprudencia del TS, y la constitucional, sino que ha influido también en el ámbito de actuación de las dos.

Así, cabe indicar que en lo que a la tutela de la presunción de inocencia se refiere, el control que ejerce el TC, a raíz de la denuncia en amparo de la conculcación de aquel derecho fundamental, se dirige a verificar la existencia de una actividad probatoria válida en la que se apoye la condena, que el tribunal sentenciador haya expuesto el razonamiento que ha determinado su conclusión sobre la acreditación de los elementos de hecho contenidos en la acusación y, finalmente, que dicha conclusión haya sido alcanzada conforme a parámetros de racionalidad, excluyendo una decisión arbitraria³⁵⁹.

Con todo, esa función de protección no faculta al Tribunal a adentrarse en la labor propia de los órganos ordinarios, estando excluido de realizar ulterior valoración de la prueba introducida a la causa³⁶⁰.

³⁵⁹ Para VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, cit., pág. 327, el TC ha de estar en posibilidades de fiscalizar si la presunción de inocencia debe entenderse o no desvirtuada por la actividad probatoria practicada, de ello “depende que la presunción de inocencia, tan majestuosamente proclamada en textos fundamentales nacionales e internacionales vigentes, sea un derecho constitucional útil y eficaz o más bien *flatus vocis* o expresión prácticamente vacía de contenido.”

³⁶⁰ STC 174/1985, de 17 de diciembre: “[...] no le compete [al TC] revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el citado art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues su jurisdicción respecto a la actuación de los Tribunales ordinarios, se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales (art. 119.3; 123.1, 161.1 b) de la Constitución y 44 y 54 de la LOTC), sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia.” De igual forma, la STC 148/2009, de 15 de junio: “Este Tribunal ha reiterado que, al amparo del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales los órganos judiciales alcanzan su íntima convicción, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.” Ahora bien, entre otras, en la STC 155/2002, de 22 de julio, se hace referencia a las facultades y los límites del TC en esta materia; así, se señala en la resolución: “Como hemos explicado en multitud de ocasiones, nuestra función de protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer lugar, en coordenadas mucho más restringidas a las materiales antes sugeridas, pero extraordinariamente trascendentes, la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. Aún en un plano predominantemente formal, en segundo lugar, nos corresponde comprobar, cuando así se nos solicite, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria

Pues bien, corresponde ahora concretar el alcance del control que ejerce el TC respecto de la prueba indiciaria ante reclamaciones por infracción del derecho a la presunción de inocencia, pudiendo señalar que su ámbito de actuación se extiende a verificar que se cumplan las exigencias necesarias para apreciar la validez de aquélla, es decir que el control que dicho órgano ejerce se desarrolla en términos muy similares, sino iguales, al control por el tribunal de casación³⁶¹.

3.2.1) Alcances del control por el Tribunal Constitucional

En su oportunidad se hizo mención de las SSTC 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, en las que se establece que el control en amparo se extiende sobre el razonamiento judicial, correspondiendo a la jurisdicción constitucional verificar si ha existido verdadera prueba indiciaria capaz de enervar la presunción de inocencia, en tanto se parta de hechos plenamente probados (indicios), de los que, mediante un proceso mental acorde con las reglas del criterio humano, se logre concluir en la constatación de los hechos contenidos en la acusación.

practicada. Desde la perspectiva del resultado de la valoración, en tercer y último lugar, nuestro papel debe ser, por las razones ya apuntadas, extraordinariamente cauteloso. Lejos de la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él. [...] Dicho de otro modo: en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. [...] No podemos, al socaire de la presunción de inocencia, enjuiciar, ni siquiera desde la perspectiva de la razonabilidad, la valoración de la prueba en sí misma considerada, sino sólo en relación con la inferencia fáctica que de ella se deduzca. Ese es un límite de nuestra jurisdicción, para la que la valoración de la prueba, sea directa o indiciaria, está vedada por hallarse atribuida de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales ordinarios. Desde este punto de partida ha de admitirse que nuestra estimación del amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia comportaría la anulación de la declaración de culpabilidad y de la consiguiente Sentencia condenatoria; pero la conclusión inversa no es cierta: nuestra denegación del amparo no implicaría una confirmación de la culpabilidad declarada por los Tribunales ordinarios, sino sólo la constatación de que se han cumplido al dictar la condena aquellos requisitos que nuestra jurisdicción puede controlar de entre todos los que la Constitución exige." En sentido similar, la STC 9/2011, de 28 de febrero, entre otras.

³⁶¹ DELGADO GARCÍA, Joaquín: "Prueba de indicios", *cit.*, pág. 401. Destaca el autor que el punto diferenciante estaría en la invocación del motivo del art. 849.2 de la LECr, de tan escasa utilidad práctica.

En ambas decisiones se pone énfasis en la exigencia de que el tribunal sentenciador exponga el razonamiento que le ha llevado a inferir, a partir de los indicios, la afirmación presumida –al grado que en las dos resoluciones se otorga el amparo, precisamente, por no expresarse dicho razonamiento–, elemento de singular importancia para ejercer el control de la prueba indiciaria y que se torna imprescindible para determinar si la inferencia responde a parámetros de racionalidad o si, por el contrario, resulta absurda o arbitraria, en detrimento del referido derecho fundamental.

A partir de estas decisiones, el TC ha logrado configurar, mediante una consolidada doctrina jurisprudencial, el ámbito de su control vía amparo. Así, en la STC 169/1986, de 22 de diciembre, se alude a la necesidad que el hecho-base esté “suficientemente acreditado”, del que ha de partir la inferencia, es decir, “la operación que lleva al hecho consecuencia, a la presunción rectamente entendida, que será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión”; de esa cuenta, según el Tribunal, su control se dirige a rechazar la incoherencia, la arbitrariedad y el capricho del juzgador “como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba”. Finaliza el TC considerando que “no existe tal prueba si no se exterioriza razonándolo el nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia, pero inmotivada o, mejor dicho, no explicada o no explicitada por el Juzgador”³⁶².

En la STC 256/1988, de 21 de diciembre, señala el TC que es viable, mediante amparo, “residenciarse” ante él la concurrencia de los requisitos que

³⁶² Por su parte, en la STC 229/1988, de 1 de diciembre, el Tribunal alude nuevamente a la exigencia de que el órgano que dicte la sentencia indique cuáles son los indicios que considera probados y “cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios”; lo anterior, con el objeto de enjuiciar la “racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatar que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia”. En esta sentencia, el TC se refiere concretamente al control casacional de la prueba indiciaria, refiriendo que corresponde al TS verificar si en la resolución impugnada se cumplen dichas “exigencias constitucionales”, con lo que la función de la jurisdicción constitucional se dirige a constar si el tribunal de casación ha cumplido su concreta labor de control; así, expresa el TC: “[...] al no haber verificado el Tribunal Supremo si la prueba indiciaria en la que se basa la Sentencia condenatoria satisfacía o no las exigencias constitucionales, es preciso concluir que ha vulnerado el art. 24.2 de la Constitución, por cuanto no resulta justificado que nos encontremos ante una verdadera prueba que pueda estimarse de cargo y que pueda servir fundadamente de base a la apreciación del Juzgador.”

diferencian la prueba indiciaria de las meras sospechas o conjeturas, es decir, “la presencia de unos indicios suficientemente probados y la condición de racionalidad y coherencia en el proceso mental que ha de exteriorizarse en la resolución judicial y que lleva a entender probados los hechos constitutivos del delito”.

Más recientemente, en la STC 44/2000, de 14 de febrero, se indica que para apreciar validez en la prueba indiciaria es necesario que se cumplan los requisitos siguientes: que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos “constitutivos de delito” se deduzcan de esos hechos mediante “un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que sea explicitado en la Sentencia”. Asimismo, en la STC 148/2009, de 15 de junio, se insiste en los mencionados requisitos de la prueba indiciaria, aludiendo especialmente al control de la inferencia operada en los términos siguientes:

“[...] el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).”

Pues bien, en congruencia con el criterio mantenido por el TC, el control que ejerce en esta materia se dirige a determinar, en términos generales, si la decisión condenatoria se funda en verdadera prueba indiciaria o si, en cambio, la convicción judicial se basa en meras sospechas o conjeturas sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado³⁶³, para lo que resulta necesario constatar si concurren los requisitos que permiten reconocer en aquélla eficacia enervante de la presunción de inocencia³⁶⁴.

³⁶³ En el apartado 3.4.2 del capítulo I se hizo énfasis en la necesidad de diferenciar las presunciones de las simples conjeturas.

³⁶⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel: “Derecho a la presunción de inocencia (III): ‘mínima actividad probatoria’ como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”, en: ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.); y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coord.): *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 905. A ese respecto, se expone en la STC 124/2001, de 4 de junio: “Si, con carácter general, hemos mantenido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede producirse tanto cuando no existan pruebas de cargo válidas, como cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando el discurso motivador sea irrazonable por ilógico o insuficiente, cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del *iter* discursivo del

Por ende, en primer lugar, corresponde al TC verificar que los indicios a partir de los cuales ha operado la inferencia se encuentran debidamente acreditados mediante una actividad probatoria válida en orden a las exigencias de la garantía de aquel derecho fundamental³⁶⁵.

De igual forma, el Tribunal se encarga de examinar el razonamiento contenido en la sentencia, mediante el cual se justifica la formación de la convicción judicial respecto de la constatación del delito y la participación en éste del procesado; en tal sentido, como se ha indicado, se hace necesario que el órgano sentenciador exponga dicho razonamiento en su resolución, correspondiendo a la jurisdicción constitucional comprobar si se ha cumplido esta exigencia.

Con todo, el control del TC no se limita simplemente a constatar que se ha hecho explícito el razonamiento en la sentencia, sino que verifica también que éste no resulta arbitrario, irracional o absurdo³⁶⁶.

Se trata entonces de controlar tanto ese aspecto formal de la prueba indiciaria, configurado por la necesaria explicación del razonamiento en que apoya su convicción el tribunal ordinario, como su aspecto material, es decir, la

Tribunal cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, por aplicación de nuestra doctrina, es preciso analizar, desde el límite enunciado al principio, tanto que el hecho base ha resultado probado, como que el razonamiento (en definitiva el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido) es coherente, lógico y racional. Ésta es la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas. Aquélla implica una verdadera manera de acreditar un hecho delictivo y la participación que en él tuvo el recurrente. Estas no son sino suposiciones que no logran desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.”

³⁶⁵ Por ejemplo, se considera en la STC 173/1997, de 14 de octubre: “Respecto de la ‘prueba de indicios’, es doctrina constante y reiterada que para que la denominada prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia resulta necesario que los indicios se basen en hechos plenamente acreditados [...]. Este Tribunal ha reconocido expresamente en varias ocasiones el valor indiciario de la aprehensión de sustancias de tráfico ilícito para considerar probado el extremo relativo a si el acusado conocía o no su existencia [...]. Pero es imprescindible para ello que el hecho mismo de la ocupación o aprehensión del objeto de tráfico ilícito esté plenamente acreditado por los medios de prueba válidos (STC 256/1988 y AATC 915 y 1.342/1987, 785/1988 y 110/1990).” Asimismo, se señala en la citada STC 18/2002, de 14 de octubre: “En suma, dado que el elemento de convicción que acreditaría el hecho base (es decir, la existencia de huellas del inculcado en una hucha hallada en el domicilio de la denunciante) se incorporó en la fase de instrucción por una mera ampliación de diligencias policiales, sin firma de la denunciante y sin que ésta ratificara la entrega del objeto en cuestión posteriormente ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral, ha de entenderse que tal incorporación a las actuaciones judiciales no se ha realizado con cumplimiento de las indispensables garantías para ser considerado una prueba a partir de la cual pudiera desvirtuarse válidamente la presunción de inocencia del recurrente, razón por la cual se ha de otorgar el amparo, con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.”

³⁶⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “*In dubio pro reo*’...”, *cit.*, pág. 140.

racionalidad del proceso mental que ha permitido llegar, de los indicios, a la afirmación presumida³⁶⁷.

Conforme a ello, una vez determinado que en la sentencia se expresa el razonamiento necesario, el TC se dirige a verificar si la inferencia operada se ajusta al criterio racional, apreciando vulneración del derecho a la presunción de inocencia si evidencia que el nexo existente entre indicio y afirmación presumida resulta absurdo, ilógico o incoherente. En consecuencia, también la jurisdicción constitucional se adentra en el control de la racionalidad en la estructura de la prueba indiciaria con el objeto de descartar la arbitrariedad en la decisión judicial respecto de la prueba de los elementos de hecho contenidos en la acusación.

En ese orden de ideas, como ha precisado la jurisprudencia del TC, se apreciará irracional un razonamiento que resulte contrario a la lógica o coherencia, o en el que la conclusión inferida a partir de los indicios se muestre excesivamente abierta, débil o indeterminada³⁶⁸.

Así las cosas, es menester señalar que en su función de control no le está permitido al TC sustituir las inferencias contenidas en el razonamiento expresado en la sentencia contra la que se reclama en amparo, pues una vez constatada la racionalidad de éstas, ninguna otra función compete a la jurisdicción constitucional, en tanto que, por su propia naturaleza, le está vedado inmiscuirse en las funciones que con exclusividad competen a los órganos del Poder Judicial³⁶⁹.

³⁶⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., págs. 586 y 587.

³⁶⁸ Se considera en la STC 137/2002, de 3 de junio: “[...] la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC ya citadas 189/1998, de 29 de septiembre, 220/1998, de 17 de diciembre, y 124/2001, de 4 de junio).” Asimismo, cabe citar, entre muchas otras, las SSTC 155/2002, de 22 de julio; 111/2008, de 22 de septiembre; 108/2009, de 11 de mayo, y 148/2009, de 15 de junio.

³⁶⁹ STC 137/2002, de 3 de junio, antes citada: “[...] es doctrina constante del Tribunal que tales límites de control no pueden llegar a sustituir las inferencias de los órganos judiciales cuando las deducciones se basan en una apreciación lógica y sólida, aunque pueda ser criticable (STC 189/1998, de 28 de

Por último, deviene oportuno señalar, frente a opiniones que reprochan que esta concreta tarea de control de la prueba indiciaria ejercida por el TC –en términos muy similares a la que ejerce el tribunal de casación– excede los límites de su labor³⁷⁰, convirtiendo al amparo en una última instancia o en una casación encubierta³⁷¹, que si bien la jurisdicción constitucional, al ejercer este control, llega “hasta el límite de su función” en la tutela del derecho a la presunción de inocencia, no por ello interfiere en tareas que no le competen³⁷², en tanto no sustituye la concreta inferencia operada, sino que se circunscribe a verificar su racionalidad, rechazando la arbitrariedad, cuya concurrencia en la formación de la convicción judicial conllevaría lesión al referido derecho fundamental³⁷³.

septiembre, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 13), lo que equivale a decir que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera a afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos.” Asimismo, la STC 43/2007, de 26 de febrero: “Pues bien, la inferencia alcanzada por la Sala no puede ser calificada de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de validez requerido, ya que se apoya en datos suficientemente concluyentes a partir de los cuales puede lógicamente deducirse la influencia de la ingesta de bebidas alcohólicas en las facultades psicofísicas del recurrente en amparo para la conducción del vehículo a motor. Ningún otro juicio compete a este Tribunal, dado que conviene recordar, de un lado, que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que ‘el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita en amparo’ (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 4) y, de otro, que ‘entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos’ (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 4).”; en igual sentido, la STC 109/2009, de 11 de mayo. Por último, se estima en la STC 87/2010, de 4 de noviembre: “[...] la inferencia sobre la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que realizan los órganos judiciales no puede ser calificada de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este Tribunal le competa ningún otro juicio, ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 239/2006, de 17 de julio, FJ 7; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9, y 219/2009, FJ 9).”

³⁷⁰ En tal sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 588; y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, en: *Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex*, nº 12 (septiembre-octubre 1994), pág. 68.

³⁷¹ GUI MORI, Tomás: “Filosofía constitucional de la prueba”, cit., pág. 1153.

³⁷² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “‘*In dubio pro reo*’...”, cit., págs. 140 y 141. Expone el autor: “Con esta construcción el Tribunal Constitucional no se convierte en juez de los hechos, pues no los califica ni enjuicia, ni en revisor de la valoración de la prueba, pues no la sustituye por otra, pero es innegable que al poder rechazar por ‘arbitrario, irracional o absurdo’ el proceso deductivo construido sobre la actividad probatoria y expresamente contenido en la sentencia penal condenatoria, el Tribunal Constitucional llega hasta el límite de su función definitoria del derecho fundamental, sin entrar a ser lo que no puede ser, esto es, un juez sobre los hechos, cuyo conocimiento (en el sentido de enjuiciamiento) le está vedado (art. 44.1, b), LOTC). Por este camino el Tribunal parece haber llegado hasta donde podía ir.”

³⁷³ Así, parafraseando a BACIGALUPO, Enrique: *Principios constitucionales...*, cit., pág. 37, cabe señalar que la exigencia de excluir la arbitrariedad de las decisiones judiciales justifica reconocer al tribunal de amparo las mismas facultades de control que ejerce el órgano de casación.

3.2.2) Efectos de la sentencia estimatoria del amparo

La estimación del amparo determina distintas consecuencias con el objeto de reparar el derecho que haya resultado lesionado. En tal sentido, el art. 55 de la LOTC establece efectos diferentes de la sentencia que otorgue el amparo, de conformidad con el derecho cuya tutela se reclame y la clase de vulneración que de éste se haya ocasionado³⁷⁴.

Pues bien, en el caso específico del control de la prueba indiciaria, de concluir el TC que no se han observado los requisitos para reconocer su validez, entenderá conculcada la presunción constitucional de inocencia si la condena encuentra fundamento en aquélla, disponiendo que se restablezca al agraviado en el goce de su derecho³⁷⁵.

Así, en las citadas SSTC 174 y 175/1985, al determinar que se había vulnerado el referido derecho fundamental, la solución conllevó declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, incluidas las emitidos por el TS al conocer en casación (art. 55.1.a) de la LOTC) y, a la vez, se decidió, en ambos

³⁷⁴ Establece dicho artículo: "1. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a. Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos. b. Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c. Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación."

³⁷⁵ Cabe señalar que la mera constatación acerca de la inobservancia de las exigencias de validez de la prueba indiciaria no conlleva, por sí misma, la vulneración de la presunción de inocencia, en tanto en la causa existan otras pruebas que, siendo válidas, sirvan de apoyo para la condena del acusado; a ello se refiere la STC 68/2010, de 18 de octubre: "[...] si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 9; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8; 12/2002, de 28 de enero, FJ 5; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 8; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7). Nos corresponde, por tanto, analizar, en primer lugar, si existen otras pruebas de cargo válidamente practicadas. Y, constatada la existencia de esas otras pruebas, hemos de decidir si a partir del análisis de las resoluciones judiciales, se puede concluir o no que la condena se ha fundado en esas otras pruebas de cargo válidas, pues del resultado de este análisis dependerá el contenido de nuestro fallo. En efecto, si existieran otras pruebas válidas de cargo, pero éstas requirieran una nueva valoración por parte de la Sala sentenciadora, procedería acordar la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia, para que fueran los órganos judiciales quienes las realizaran, pues a este Tribunal no le compete valorar pruebas (por todas, SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 14; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 7). Por el contrario, si del examen de la Sentencia condenatoria pudiera llegarse a la conclusión de que las pruebas cuya nulidad hemos apreciado no resultan indispensables ni determinantes para el fallo de culpabilidad, sino que, por el contrario, éste puede seguir asentándose en el resto de la prueba practicada válidamente conforme al razonamiento contenido en las resoluciones judiciales, por haber llevado a cabo una 'valoración y fundamentación probatoria expresa de cada uno de los medios de prueba, motivando su contenido incriminatorio', no procedería acordar la retroacción de actuaciones (por todas, SSTC 12/2002, de 28 de enero, FJ 5; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9)."

procesos, retrotraer las actuaciones al momento mismo de dictarse sentencia por los órganos jurisdiccionales ordinarios que habían conocido de los juicios orales (Audiencias Provinciales), disponiendo que se dictaran nuevas resoluciones con las que se entendería restablecidos en sus derechos a los agraviados.

Ante tal solución, como bien señala MIRANDA ESTRAMPES, las nuevas sentencias que se llegaran a dictar no tendrían que ser necesariamente absolutorias³⁷⁶, aunque para la emisión de una decisión de condena sí deberían observarse en ellas los requisitos exigidos para la validez de la prueba indiciaria.

Ahora bien, en un pronunciamiento anterior, la STC 173/1985, de 16 de diciembre, luego de considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal, afirmando que el otorgamiento del amparo no podría impedir el enjuiciamiento del solicitante por los hechos que habían dado lugar al proceso penal en el que se cometió la lesión a su derecho, decidió retrotraer las actuaciones hasta la acusación del Ministerio Fiscal “para que éste pueda proponer las pruebas que estime oportunas”³⁷⁷.

Con esta última solución, como afirma VIVES ANTÓN, el TC actúa como si fuese tribunal de casación que resuelve un recurso por quebrantamiento de forma. Señala que fue el propio TC, en la sentencia 56/1982, antes citada, al referirse a los efectos resultantes de la estimación del recurso de casación por vulneración de la presunción de inocencia, quien afirmó que la vulneración de este derecho fundamental exigía un remedio “distinto y más enérgico” que el establecido en el art. 901 bis a) de la LECr, es decir, una solución distinta a la

³⁷⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria...*, cit., pág. 587.

³⁷⁷ Se considera en la sentencia: “Como ya dijo este Tribunal en la Sentencia de la Sala Primera de 28 de julio de 1981, fundamento jurídico quinto, el otorgamiento del amparo no puede impedir que el hoy recurrente sea juzgado por los hechos que dieron pie al proceso penal en el que se cometió la lesión a su derecho a la presunción de inocencia. Lo que ahora procede, como allí también se dijo, es ‘retrotraer el procedimiento al momento en que debió ser observada (la presunción de inocencia), esto es, a aquél en que a la vista de las actuaciones sumariales pueda la acusación solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento, o proponer nueva prueba’.”

devolución de la causa y la orden de reposición y ulterior sustanciamento desde el momento en que se cometió la falta³⁷⁸.

En tal virtud, para el autor resulta paradójico y hondamente insatisfactorio que si la vulneración del derecho a la presunción de inocencia es apreciada por el tribunal de casación, la solución exige dictar nueva sentencia en la que se declare la absolución del procesado; mientras que si el que conoce es el TC en vía de amparo, la consecuencia conlleva la reposición de actuaciones y, consecuentemente, la celebración de nuevo juicio contra el procesado³⁷⁹.

Así, sería reprochable, al igual que se indicó al tratar el tema de los efectos de la estimación del recurso de casación, que se otorgara a la acusación una segunda oportunidad para demostrar la culpabilidad del acusado, con el evidente menoscabo de garantías que significaría para éste último³⁸⁰.

De esa cuenta, es preciso indicar que, a diferencia de lo sostenido en la mencionada STC 173/1985, la vulneración del derecho fundamental se suscitó al momento mismo de dictarse la sentencia de condena, es decir, al formar el tribunal su convicción sobre la constatación de los elementos de hecho contenidos en la acusación, momento en el que debe determinar si existe una actividad probatoria válida de cargo, de la que sea factible concluir, racionalmente, en la existencia del delito y la participación del acusado en su comisión³⁸¹.

Así las cosas, si bien el TS está facultado para dictar nueva sentencia una vez estimado un recurso fundado en motivo por infracción de ley (art. 902 de la LECr), tal consecuencia deviene de que al casar la resolución impugnada, la que aun no se encuentra firme por haber sido recurrida en casación, es preciso poner fin al proceso. En cambio, el TC, que no puede dictar una nueva decisión

³⁷⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Acerca de los efectos de la estimación del recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia", en: *Poder Judicial*, nº 3 (septiembre 1986), págs. 98-100.

³⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Acerca de los efectos...", *cit.*, pág. 103.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "La prueba de indicios...", *cit.*, pág. 1238.

³⁸¹ En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado...*, *cit.*, pág. 422; y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "La prueba de indicios...", *cit.*, pág. 1238.

en el caso concreto, para restablecer la efectividad del derecho fundamental debería declarar la nulidad de la sentencia objetada en amparo, la que ya se encuentra firme y con cuya anulación se producen “los mismos efectos que con la absolución pura y simple”, sin necesidad de retrotraer actuaciones³⁸².

Pues bien, es ésta la solución que, al final, fue acogida por la jurisdicción constitucional, pues en casos en los que determine que se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, declara la nulidad de la sentencia condenatoria de que se trate, sin retroacción de actuaciones³⁸³.

En concreto, al determinar el TC que en el proceso penal no se han observado las exigencias de la prueba indiciaria por estimar que el indicio no se encuentra debidamente probado, que el enlace entre éste y la afirmación presumida no responde a criterios racionales o, en su caso, que en la sentencia impugnada no se expresa el razonamiento que permita conocer el proceso mental seguido por los juzgadores³⁸⁴, apreciando vulneración del derecho

³⁸² VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Acerca de los efectos...”, *cit.*, págs. 98 y 104. Explica el autor: “El recurso de amparo rompe entonces la cosa juzgada; pero no para permitir una nueva actuación jurisdiccional, como sucede en el recurso de casación, en el que todavía no hay sentencia firme, sino sólo para que el Tribunal Constitucional restablezca imperativamente la efectividad de cualquier derecho fundamental que hubiera podido ser desconocido en el proceso.”; por último, agrega que al declararse la nulidad de la sentencia condenatoria, “el caso queda cerrado y la inocencia del reo restablecida”.

³⁸³ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia...*, *cit.* pág. 366. Como ejemplo de ello cabe citar, nuevamente, la STC 155/2002, de 22 de julio.

³⁸⁴ Para VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Acerca de los efectos...”, *cit.*, pág. 105, en los casos en que se infrinja la obligación de motivación del fallo, la solución únicamente debería consistir en la subsanación por el órgano competente. Ahora bien, la jurisprudencia del TC no lo ha determinado así, declarando la nulidad de la sentencia cuando determine vulneración del derecho a la presunción de inocencia, precisamente, por ausencia de motivación. Conforme a ello, en la STC 340/2006, de 11 de diciembre, con cita de otros pronunciamientos, el Tribunal declara la nulidad de la sentencia de condena por estimar violado el referido derecho fundamental por falta de motivación, para lo cual considera: “Así, desde una perspectiva global, al no aparecer explicitado en la Sentencia condenatoria, siquiera sea concisamente, el proceso mental razonado y conforme con las reglas del criterio humano a través del cual a partir de los indicios se ha llegado a los hechos constitutivos del delito, se ha incumplido uno de los requisitos básicos de la prueba indiciaria, que permite distinguirla de las meras sospechas (entre otras muchas, SSTC 180/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 9; 170/2005, de 20 de junio, FJ 4; y 75/2006, de 13 de marzo, FJ 9).” Asimismo, se señala en la STC 245/2007, de 10 de diciembre: “La cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las Sentencias impugnadas no es una cuestión que atañe sólo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este Tribunal ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio. [...] Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC 151/1997, de 18 de junio (FJ 5), para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 C.E. y

fundamental a la presunción de inocencia, declara la nulidad de la sentencia condenatoria (art. 55.1.a de la LOTC).

Sin embargo, en determinados supuestos, no limitados al ámbito de la prueba indiciaria, sino referidos, en general, a la tutela del derecho a la presunción de inocencia, aun apreciando la vulneración de éste último, el TC opta por retrotraer las actuaciones al momento anterior al que se dictó la sentencia, a efecto de que el órgano que corresponda, en ejercicio de la función que le es propia, dicte una nueva observando el derecho vulnerado³⁸⁵, ello derivado de la existencia de otras pruebas válidas que, mediante ulterior valoración, puedan servir para sostener el fallo³⁸⁶, o cuando la condena haya recaído en virtud de una pluralidad de delitos y no se aprecie la infracción de aquel derecho en la declaración de culpabilidad por la comisión de todos éstos³⁸⁷.

convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva.”

³⁸⁵ Se refiere a este efecto, SÁNCHEZ SISCART, José Manuel: “Segunda instancia”, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (dir.): *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 545.

³⁸⁶ STC 127/2010, de 29 de noviembre: “La constatación de la anterior vulneración determinaría también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase la condena [...]. Sin embargo, en aquellos casos en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal *ad quem*, existen otras válidamente practicadas, hemos declarado que no procede el enjuiciamiento acerca de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque no corresponde a este Tribunal valorar si la prueba que pueda considerarse constitucionalmente legítima es suficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad y la condena de los recurrentes. Por ello, en tales ocasiones lo procedente es ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o si, por el contrario, decide revisarla (SSTC 200/2002, de 28 de octubre, FJ 7; 230/2002, de 9 de diciembre; 203/2005, de 18 de julio, FJ 5; y 170/2009, de 9 de julio, FJ 6).” Asimismo, la citada STC 68/2010, de 18 de octubre.

³⁸⁷ STC 12/2011, de 28 de febrero: “[...] debemos anular las Sentencias impugnadas en los extremos que resulten lesivos del derecho fundamental concernido, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Nacional, para que se proceda a dictar una nueva Sentencia en la que observen las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). A este respecto, de una parte, la anulación no ha de alcanzar a la condena por el delito de estragos, sobre la que no se ha formulado reproche constitucional alguno. De otra, y como ya hemos afirmado, la motivación plasmada en las Sentencias combatidas no proporciona las razones que avalan la condena por once tentativas de asesinato, pero sí aparece debidamente justificada la condena por la tentativa de asesinato del conductor del autobús militar y al menos un ocupante, por lo que la anulación tampoco habrá de proyectarse al pronunciamiento condenatorio que se refiere a éstos, [...]”. Por otro lado, ameritaría también retroacción de actuaciones el caso en el que se aprecie vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en lo que atañe a la acreditación de determinados elementos de un tipo penal, pero que el resto de elementos debidamente acreditados permitan tipificar el hecho en otra figura delictiva; a ello se refiere la STC 35/1995, de 6 de febrero: “Es obligado, pues, concluir que,

Con todo, el significado de la declaración de nulidad (sin retroacción de actuaciones), que no es acompañada de ulteriores pronunciamientos del TC, debe buscarse en la propia jurisprudencia constitucional³⁸⁸.

En tal sentido, se explica en el ATC 134/1992, de 25 de mayo, al referirse a la ejecución de lo resuelto en una resolución anterior (STC 140/1991, de 20 de junio³⁸⁹) en la que se había declarado la nulidad de las sentencias impugnadas en amparo al estimar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del solicitante, que la tutela de este derecho fundamental se había alcanzado plenamente con su reconocimiento expreso (art. 55.1.b) de la LOTC) y con la eliminación de las sentencias condenatorias (art. 55.1.a) de la LOTC), sin necesidad de adoptar nuevas medidas o llevar a cabo ulteriores actuaciones.

De esa cuenta, considera el TC que la reparación del derecho no conlleva retroacción del procedimiento contra el solicitante de amparo, es decir que no recae en el órgano sentenciador mandato alguno de emitir nueva resolución de fondo ni, menos aun, de repetir el juicio en detrimento del propio acusado³⁹⁰.

efectivamente, las resoluciones judiciales que apreciaron la existencia de violencia en la sustracción del bolso en cuestión con sólo fundamento en el testimonio de referencia (irrelevante a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia por las razones expuestas) han vulnerado el art. 24.2 C.E. debiendo, en consecuencia, estimarse la demanda de amparo, en relación con este solo extremo. Para restablecer el derecho del actor a la presunción de inocencia en lo referente al carácter violento de la sustracción, resulta necesario declarar la nulidad de las Sentencias y, al mismo tiempo, retrotraer las actuaciones al Juzgado núm. 3 de lo Penal de Barcelona, para que dicte nueva Sentencia respetando el citado derecho fundamental.”

³⁸⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel: “Derecho a la presunción de inocencia...”, *cit.*, pág. 975. Para GÓMEZ AMIGO, Luis: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 259, sería preferible siempre que el TC, al otorgar el amparo, expresara los efectos concretos de su decisión, es decir, si deben retrotraerse actuaciones y dictar nueva resolución o si, por el contrario, declarada nula la resolución que vulnera el derecho habría que considerar firme la resolución de instancia no lesiva, de existir ésta, o que, en cualquier caso, no deben realizarse nuevas actuaciones, dado que, para los tribunales ordinarios, puede no resultar sencilla la interpretación del sentido de la decisión asumida.

³⁸⁹ Se señala en la sentencia: “En consecuencia de todo lo expuesto, ha de concluirse que las Sentencias impugnadas vulneran el derecho a la presunción de inocencia de don [...], por lo que procede estimar el amparo por él interpuesto, y reponerle en su derecho, lo que conduce a la anulación, en lo que a él respecta, de las Sentencias impugnadas.”

³⁹⁰ Se considera en el referido ATC, entre otras cosas, lo siguiente: “[...] la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia se alcanzaba plenamente con su reconocimiento expreso y con la estricta eliminación de las resoluciones judiciales que condenaron al demandante de amparo ignorando el citado derecho fundamental a la presunción de inocencia, sin necesidad de adoptar otras medidas ni realizar actuaciones. En concreto, en el fallo no se incluyó mandato alguno en orden a la retroacción del procedimiento penal o a la adopción de una nueva resolución sobre el fondo por parte de los órganos jurisdiccionales competentes. Resulta evidente, por tanto, que el cumplimiento de nuestra Sentencia no exige, ni repetir el enjuiciamiento del recurrente de amparo, ni una nueva resolución sobre el fondo, puesto que, de una parte, la anulación decretada en la STC 140/1991 no lo fue por quiebra alguna de

Como corolario, en los casos en que se constate la conculcación del derecho a la presunción de inocencia por no observarse los requisitos de validez de la prueba indiciaria, el TC declara la nulidad de la sentencia condenatoria y reconoce expresamente el derecho fundamental que se ha lesionado al solicitante del amparo, sin ser necesario, para el restablecimiento de éste, ulterior pronunciamiento por el órgano jurisdiccional ordinario, en tanto la resolución que ha provocado aquella lesión³⁹¹, al declararse su nulidad, no surte ya efecto alguno³⁹².

carácter procedimental, sino por la lesión, en las Sentencias anuladas, del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E., y, de otra, como antes se dijo, nuestra Sentencia no incluyó mandato alguno, por no considerarlo necesario, en orden a la retroacción del proceso penal. En el presente caso, además, resulta inaceptable desde la perspectiva constitucional que, anuladas las Sentencias penales condenatorias por no respetar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por las razones apuntadas en la STC 140/1991, se llegue a dictar por los mismos órganos judiciales nueva resolución de fondo, reiterando así el *ius puniendi* del Estado respecto del recurrente de amparo.”

³⁹¹ Vale señalar que la declaración de nulidad habrá de recaer tanto respecto de la sentencia condenatoria del órgano que conoció en primera instancia o en única instancia, como de la que resolvió la impugnación promovida contra ésta –apelación o casación–, en caso de que el recurso no haya procedido (STC 66/2006, de 27 de febrero), o sólo respecto de ésta última, si la condena fue emitida por el tribunal superior (entre otras, la SSTC 137/2007, de 4 junio, y 108/2009, de 11 de mayo).

³⁹² Señala PIBERNAT DOMENECH, Xavier: “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 29 (mayo-agosto 1990), pág. 154, que la declaración de nulidad efectuadas por el TC al otorgar el amparo se retrotrae al momento de dictarse la decisión, cuyos efectos son originarios o *ex tunc*, que equivale a que no hubiera existido.

CONCLUSIONES

I

La prueba configura una institución de singular relevancia en el Derecho procesal, pues únicamente sobre su base, es decir, tan sólo con fundamento en los datos y motivos que de ella se deriven, puede el juez alcanzar el convencimiento acerca de la exactitud o no de los enunciados fácticos afirmados o negados por las partes al formular sus pretensiones, de manera que si tales enunciados se subsumen en la abstracta regulación contenida en la norma jurídica, puede aquél proveer una solución justa, en aplicación del Derecho, al conflicto sometido a su conocimiento.

II

En el caso específico del proceso penal, la actividad probatoria que se desarrolle ha de dirigirse a formar en el juez el convencimiento acerca de la destrucción del estado de inocencia que rige a favor del acusado, pues éste, por disposición constitucional, se presume inocente del ilícito que se le atribuya, correspondiendo a la parte acusadora demostrar que han concurrido los elementos objetivos y subjetivos contenidos en el tipo penal de que se trate, así como la efectiva participación de aquél en su consumación, cuestiones concretas que necesariamente deben constatararse para la emisión de un fallo de condena por parte del órgano jurisdiccional.

III

Las facultades conferidas al juez por el ordenamiento procesal para disponer de oficio la práctica de diligencias de prueba deben ser asumidas con suma cautela, a fin de no perjudicar la imparcialidad que ha de informar su función; así, el ejercicio de tales facultades habrá de dirigirse al único objeto de aclarar alguna situación relevante para la causa, procediendo el juzgador con sujeción a los datos ya existentes en el proceso y sin alterar los enunciados fácticos introducidos en éste por las partes, a las que habrá de garantizárseles el ejercicio de sus derechos y, de manera especial, la oportunidad de proponer

la prueba pertinente para contradecir la que haya sido diligenciada oficiosamente.

IV

La presunción de inocencia configura un derecho fundamental inherente al concepto de dignidad de la persona, cuyos alcances se proyectan a las distintas etapas del proceso penal, encontrándose inmersos en su contenido tanto el derecho a ser tratado como inocente ante situaciones en las que el Estado ejercite el *ius puniendi*, como el derecho a que la declaración de culpabilidad y la consecuente imposición de la pena derivada de la comisión del delito se hagan efectivas como resultado exclusivo de una actividad probatoria que de manera legítima y sin margen de duda razonable permita al juez alcanzar la convicción acerca de la destrucción de aquella verdad interina de inocencia.

V

La actividad probatoria apta para entender legítimamente destruida la presunción constitucional de inocencia debe fundarse en la existencia cierta de medios de prueba, practicados en la etapa de juicio, salvo determinadas excepciones, sin vulneración de derechos fundamentales y en concordancia con la normativa procesal aplicable, de los que, valorados con base en criterios de racionalidad, resulten datos que con carácter objetivamente incriminatorio señalen al acusado como el responsable del ilícito que se persigue, debiendo el juez expresar en su sentencia los fundamentos concretos de la decisión que asuma.

VI

La prueba indiciaria comprende una actividad intelectual llevada a cabo por entero en la mente del juzgador, en virtud de la cual, a partir de un hecho o enunciado fáctico conocido (indicio, hecho-indiciante o hecho-base), debidamente comprobado en el proceso, logra alcanzar la convicción acerca del acaecimiento de otro hecho o enunciado (afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia), necesitado de prueba, por existir entre

ambos un enlace o nexo directo que determina que, de verificarse el primero, surge el segundo como lógica y natural consecuencia, logrando el juez presumir, como conclusión cierta y fundada, su efectiva constatación.

VII

La prueba indiciaria resulta útil y eficaz para lograr enervar, sin vulneración de los derechos del acusado, la presunción de inocencia que la Constitución reconoce a su favor, en tanto responda a un razonamiento llevado a cabo con sujeción a la lógica, a leyes científicas o a máximas de la experiencia, es decir, a criterios de racionalidad, lo que permite la formación de la convicción judicial sin margen de duda razonable y, a la vez, posibilita la emisión de una sentencia de condena exenta de arbitrariedad y en correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

VIII

Es indudable la importancia que la ardua labor jurisprudencial llevada a cabo por los Tribunales Supremo y Constitucional ha tenido en la configuración de la doctrina imperante en materia de prueba indiciaria, especialmente en lo que concierne al reconocimiento de su eficacia para desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia del acusado y, consecuentemente, en la determinación de las exigencias y requisitos que, inexcusablemente, habrán de cumplirse para tales efectos.

IX

No existe prelación alguna entre la denominada prueba directa, referida a aquella que versa concretamente sobre los hechos cuya verificación se persigue, y la prueba indiciaria, pues con auxilio en ambas puede alcanzarse legítimamente la convicción judicial acerca de los hechos de la causa, pudiendo operar la última mencionada en cualquier caso, siempre que se existan las condiciones para ello, es decir, siempre que exista un indicio que por encontrarse en relación lógica y directa con otro hecho necesitado de prueba, permita concluir en su constatación.

X

Resulta absolutamente inaceptable apoyar el empleo de la prueba indiciaria en el mero interés por evitar la impunidad y, con ello, la indefensión social frente al delito, derivado de la inexistencia de pruebas directas en las cuales apoyar un fallo condenatorio, pues aquélla no sólo determina un razonamiento fundado que permite alcanzar válidamente la convicción judicial, sino que, aunado a ello, por imperativo constitucional, cualquier prueba sobre la cual se construya la condena será admisible únicamente si se ha logrado desvirtuar, con estricta sujeción a los derechos y garantías reconocidos al inculpado, la presunción de inocencia que opera a su favor.

XI

La prueba indiciaria, de naturaleza idéntica a la prueba de presunciones, propia del proceso civil, constituye una actividad intelectual desarrollada por el juzgador, no así un medio de prueba, en tanto, a diferencia de lo que sucede con éstos, de aquélla el juez no obtiene dato alguno que amerite ulterior valoración para verificar las afirmaciones iniciales formuladas por las partes, sino que es él quien a partir de las afirmaciones instrumentales aportadas por los distintos medios de prueba, mediante un razonamiento propio, logra asumir conclusiones distintas que corroboran o no los enunciados fácticos propuestos por las partes; aunado a lo anterior, el ordenamiento procesal no contiene regulación alguna respecto de la proposición o práctica de la prueba indiciaria, como sí sucede con los distintos medios de prueba.

XII

El razonamiento que lleva a cabo el juez en el contexto de la prueba indiciaria debe partir de un indicio o indicios efectivamente acreditados en el proceso mediante una actividad probatoria válida, en congruencia con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, para lo cual es factible hacer uso de una presunción anterior, en tanto constituye un mecanismo útil para alcanzar, sin merma de garantías, la convicción judicial.

XIII

Para que la prueba indiciaria opere de manera eficaz, si bien es común la existencia de un conjunto de indicios, es igualmente factible que el razonamiento parta de un único indicio, en tanto éste refleje una específica significación probatoria que, fundada en la conexión lógica que deberá existir con el hecho-indiciado, permita al juez concluir, sin margen de duda razonable, en su concreta verificación.

XIV

Del ejercicio por parte del acusado de los derechos a guardar silencio y a declarar no es dable extraer indicio alguno que opere en su contra, aunque en el desarrollo del proceso se logre corroborar que lo manifestado resulta falso o inexacto; de lo contrario, sería evidente la ineficacia de tales derechos fundamentales y, a la postre, se determinarían consecuencias nocivas derivadas, precisamente, de su concreto ejercicio.

XV

La eficacia reconocida a la prueba indiciaria para desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia reside tanto en la constatación plena del indicio, como en la solidez y coherencia del enlace o nexo existente entre éste y el hecho-consecuencia, el que ha de reflejar un razonamiento incuestionable, alejado de toda incertidumbre y cimentado en criterios de racionalidad, que por su precisión y fundamento determine la exclusión de cualquier otra conclusión alternativa, incluidas las explicaciones que respecto del hecho atribuido ofrezca el inculpado, descartando, a la vez, que la decisión asumida se vislumbre absurda, antojadiza o carente de razón.

XVI

Para la validez de la prueba indiciaria se hace necesario que el juez, en la sentencia que emita, además de identificar el indicio o indicios constatados, exprese el fundamento concreto que evidencie el nexo lógico existente entre éstos y la afirmación presumida, es decir que le es exigible que exponga las líneas generales del razonamiento llevado a cabo para concluir, a partir de

aquéllos, en la verificación del hecho o hechos necesitados de prueba, lo que responde a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, así como del derecho a la presunción de inocencia, en tanto constituye el mecanismo específico que permite apreciar (a las partes, a los tribunales superiores e, incluso, a la sociedad en general) la base racional de la decisión asumida.

XVII

Para la salvaguardia del derecho a la presunción de inocencia se hace necesario garantizar la posibilidad de acceder al control de la prueba indiciaria, mediante el cual el órgano competente se ocupe de corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos para su validez; dicho control se ejerce, en primer orden, por vía de los medios de impugnación que es dable promover contra la sentencia condenatoria en el proceso penal (apelación y casación), y en el caso de que éstos no resulten eficaces para proveer la protección pretendida, es viable el planteamiento de amparo ante la jurisdicción constitucional.

XVIII

El derecho al recurso que asiste al condenado en el proceso penal, como mecanismo para requerir ante un tribunal superior la revisión del fallo y de la pena impuesta, encuentra reconocimiento constitucional por virtud de la normativa internacional en materia de derechos humanos, específicamente el artículo 14.5 del PIDCP; en lo que respecta a las demás partes, el derecho a recurrir se encuentra inmerso en la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que el legislador prevea los mecanismos concretos para acceder a ello, con lo cual, una vez configurados legalmente las vías y procedimientos de impugnación, aquél derecho fundamental determina la eficacia de su ejercicio.

XIX

El derecho al recurso reconocido en el artículo 14.5 del PIDCP, conforme a una interpretación favorable a asegurar su eficacia, hace exigible que la impugnación que se regule en la normativa interna para refutar la decisión de condena y la pena impuesta posibilite un examen completo de la declaración

de culpabilidad por parte del tribunal superior, permitiéndole censurar tanto las cuestiones jurídicas, como aquellas de orden fáctico o probatorio, con lo cual, es menester que mediante dicha impugnación se acceda a una segunda instancia, cuestión que sólo la apelación garantiza, lo que determina que sea ésta el recurso que mejor responde ante las exigencias de la normativa internacional.

XX

La intermediación constituye un principio esencial en el proceso penal, mediante el cual se posibilita al juez el contacto directo, sin intermediarios, con las fuentes de prueba de las que extraerá los datos y elementos útiles para asumir su decisión; sin embargo, su valor es meramente instrumental, como técnica útil para la formación de la prueba, no siendo un método para alcanzar la convicción judicial, por lo que no existe impedimento alguno para que, mediante las técnicas de grabación de la imagen y el sonido, se reproduzcan ante el tribunal de apelación las pruebas practicadas en primera instancia, haciendo factible el control de la valoración llevada a cabo en ésta y, a la vez, el control respecto de la determinación de hechos probados, lo que indudablemente redundaría en el refuerzo de las garantías procesales y en la efectividad del derecho al recurso.

XXI

En el ámbito del control en apelación, el tribunal *ad quem* está facultado para corroborar la plena acreditación del hecho-indiciante, así como la existencia del nexo necesario entre éste y el hecho-indiciado, verificando que la inferencia operada responda a criterios de racionalidad y, a la vez, que el órgano de primera instancia haya expresado en su sentencia los fundamentos de su razonamiento; en tal sentido, el tribunal de apelación, en su función de órgano de segunda instancia, está facultado para corregir aquella inferencia, en orden a las circunstancias del caso concreto y a su particular criterio, pudiendo variar la conclusión que de ésta se derive, es decir, la afirmación presumida que determine la constatación o no de los hechos relevantes para la causa.

XXII

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales que reconoce la CE, así como la imposibilidad de acceder a una segunda instancia en un considerable número de sentencias condenatorias, han supuesto la reconfiguración del recurso de casación en el orden penal, llegándose a concebir como mecanismo eficaz para la tutela de aquellos derechos, lo que ha repercutido en una interpretación extensiva y carente de formalismos respecto de las normas que lo regulan, en especial de aquellas referidas a los motivos por los cuales puede accederse a la impugnación y a las causas de su inadmisión, cuestiones que, indudablemente, han ido en beneficio de la salvaguardia del derecho a la presunción de inocencia.

XXIII

En el ámbito del control en casación, el TS se encarga de controlar tanto la fijación del indicio, verificando que haya sido válidamente acreditado en el proceso, como la racionalidad del enlace necesario entre aquél y el hecho-consecuencia, corroborando que la presunción no resulte absurda, ilógica o contradictoria; sin embargo, en su función, el tribunal de casación no está facultado para sustituir o variar la convicción alcanzada por el órgano de instancia, pues, al no constituir este recurso una segunda instancia, debe limitarse a fiscalizar la estructura racional de la inferencia operada, respetando el criterio expresado por el órgano que ha dictado la sentencia recurrida, sin modificar en sentido alguna la inferencia operada.

XXIV

En el caso que el tribunal de casación determine la violación al derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba indiciaria válida que fundamente la declaración de culpabilidad, sea porque el indicio no se encuentra debidamente probado, porque la inferencia operada no responde a criterios de racionalidad o porque el órgano de instancia no ha expuesto los elementos esenciales de su razonamiento en la sentencia, deviene imperativa la anulación de ésta y, mediante la emisión de otra, declarar la absolución del

acusado, lo que denota la eficacia de la garantía del derecho fundamental que se persigue tutelar.

XXV

La parte acusadora está legitimada para instar el control de la prueba indiciaria por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derivado de la arbitrariedad en la fijación del indicio o en la inferencia operada, o de la falta de expresión, en la sentencia, de los elementos que han formado parte del razonamiento judicial; así, de estimar el órgano competente el fundamento de la alegación invocada, dispondrá la retroacción de actuaciones, ordenando su reposición desde el momento en que se cometió la infracción, que bien puede incluir la repetición del juicio oral, solución que responde a la efectiva tutela del derecho cuya protección se pretende.

XXVI

En el ámbito del control en amparo, el TC verifica que el indicio o indicios hayan quedado debidamente acreditados en el proceso, corroborando también que la presunción operada responda a criterios de racionalidad y, por último, que en la sentencia se hayan expresado los elementos que han formado parte del razonamiento del juzgador; en tal sentido, por el carácter subsidiario del amparo, tomando en cuenta las limitaciones legales y la prohibición de interferir en las potestades propias de la jurisdicción ordinaria, el TC, en ningún caso, está facultado para sustituir o modificar la inferencia llevada a cabo por el órgano que dictó la sentencia.

XXVII

Ante situaciones en las que el TC estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por incumplimiento de los requisitos que determinan la validez de la prueba indiciaria, procede a declarar la nulidad de la sentencia condenatoria de que se trate, pero sin disponer la retroacción de actuaciones y sin que sean necesarios ulteriores pronunciamientos, pues, una vez declarada la nulidad de la sentencia respectiva, ésta no surte ya efecto alguno, haciendo efectiva la tutela del referido derecho fundamental.

XXVIII

Si bien la función que asume el TC al ejercer el control de la prueba indiciaria permite advertir una notoria similitud con la labor desarrollada por el tribunal de casación en esta materia, es menester hacer notar que la actuación de aquél se engloba dentro del marco de las funciones que le han sido encomendadas, no interfiriendo indebidamente en la competencia de la jurisdicción ordinaria, pues, en todo caso, su acción se dirige a constatar la vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia ante alegaciones sobre su infracción (en ciertos casos desestimadas previamente por el propio órgano de casación), para lo cual resulta necesario corroborar el efectivo cumplimiento de los requisitos exigidos para reconocer en aquélla validez para desvirtuar legítimamente la verdad interina de inocencia que, desde la Constitución, se reconoce a favor del acusado.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.

AGUILERA DE PAZ, Enrique: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, tomo VI, Editorial Reus, Madrid, 1925.

AGUILÓ REGLA, Josep: “Presunciones, verdad y normas procesales”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 57 (noviembre 2006).

ALAMILLO CANILLAS, Fernando: “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en: *La Ley*, nº 1 (1983).

ALBACAR LÓPEZ, José Luis: “El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *La Ley*, nº 4 (1981).

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico”, en: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídica, México, 1974.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Perspectivas de la casación”, en: *Estudios diversos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1985.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Proceso, autocomposición y autodefensa”, en: *Estudios diversos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1985.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “Algunos supuestos controvertidos en la motivación de resoluciones judiciales”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7540 (4 enero 2011), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011].

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2011.

ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, tomo II, Trivium, Madrid, 1995.

ALMAGRO NOSETE, José: *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

ALONSO SALAZAR, Luis: “El mérito –especie fáctica– de la sentencia penal en el recurso de casación”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 3 (2000).

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1961.

ALTES MARTÍ, Miguel Ángel: “A propósito de la prueba de indicios: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre”, en: *Revista General de Derecho*, nº 658-659 (junio-agosto 1999).

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando: *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2007.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Comares, Granada, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en: MIR PUIG, Santiago, *et al.*: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, en: *Los “hechos” en la sentencia penal*, Distribuciones Fontamara, México, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “La sentencia”, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; y DEL MORAL GARCÍA, Antonio (coords.): *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares, Granada, 2010.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.): *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre el valor de la intermediación (una mirada crítica)”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 46 (marzo 2003).

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre la garantía judicial de los derechos”, en: *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ARAGÓN REYES, Manuel: “El Tribunal Constitucional: significado, composición y competencias”, en: *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

ARANGÜENA FANEGO, Coralía: “Proceso penal y doble instancia”, en: *Justicia*, nº 1 (1994).

ARAZI, Roland: “Los principios procesales y la prueba”, en: MORELLO, Augusto M. (coord.): *La prueba: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*, Librería Editorial Platense, La Plata (Argentina), 1996.

ARCE, Ramón; y FARIÑA, Francisca: “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en: BALLESTERO PASCUAL, José Antonio (dir.): *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2009.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2003.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ASENCIO MELLADO, José María: “La prueba: garantías constitucionales del artículo 24.2”, en: *Poder Judicial*, nº 4 (diciembre 1986).

ASENCIO MELLADO, José María: “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 66 (noviembre 2009).

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*, traducción de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Civitas, Madrid, 1985.

BACIGALUPO, Enrique: *Principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Doble instancia y principio de inmediación (a propósito de la llamada ‘doble instancia’)”, en: *Actualidad Penal*, tomo 1 (2002).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “El Tribunal Supremo y la unidad del orden jurídico-penal”, en: *Actualidad Penal*, tomo 2 (1993).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Los modelos jurídicos de la casación penal”, en: *Revista del Poder Judicial*, nº especial XIX (2006).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

BAILY, Bernard: *The ideological origins of the american revolution*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge (Massachusetts), 1992.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de Derecho penal (parte especial): delitos contra las personas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1986 (imp. 1992).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios”, en: *La Ley*, nº 1 (1991).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; y BACIGALUPO, Silvina: *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

BANACLOCHE PALAO, Julio; y ZARZALEJOS NIETO, Jesús: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992.

BARONA VILAR, Silvia: *Derecho jurisdiccional III: proceso penal* (con Juan MONTERO AROCA, Juan Luis GÓMEZ COLOMER y Alberto MONTÓN REDONDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BARONA VILAR, Silvia: “Medidas alternativas a la prisión provisional”, en: *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

BASSATT TORRES, Nelson: *La duda razonable en la prueba penal: (con especial referencia a Puerto Rico)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, traducción de Conrado A. FINZI, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio DE LAS CASAS, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

BELDA, Enrique: “Sobre el derecho a la presunción de inocencia. *Satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damnari* (Ulpiano): es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”, en: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 3 (1999).

BELING, Ernst: *Esquema de Derecho penal: la doctrina del delito-tipo*, traducción de Sebastián SOLER, Depalma, Buenos Aires, 1944.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “La prueba indiciaria”, en: MIR PUIG, Santiago, *et al.: La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

BELTRÁN MONTOLIU, Ana: *La defensa en el plano internacional de los grandes criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BENÉYTEZ MERINO, Luis: “Juicio de valor y jurisprudencia”, en: *Poder Judicial*, nº 19 (septiembre 1990).

BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel OSSORIO FLORIT, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7535 (27 diciembre 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011].

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: “Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional”, en: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (dir.): *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

BERMÚDEZ OCHOA, Eduardo Víctor: “La sentencia de apelación”, en: FABIÁN MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y procesal*, traducción de Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Bosch, Barcelona, 1977.

BLANCO LOZANO, Carlos: *Tratado de Derecho penal español*, tomo I, vol. 2, J.M. Bosch, Barcelona, 2005.

BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BONET NAVARRO, José: *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

BONET NAVARRO, José: *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

BOQUERA OLIVER, José María: “Presunción de inocencia del hombre, presunción de legalidad del acto administrativo y tutela judicial efectiva”, en: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, et al.: *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

BORJA OSORNO, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla (México), 1969.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: “Presunción de inocencia, investigación y prueba”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

BORRAJO INIESTA, Ignacio; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Derecho procesal penal* (con Isabel HUERTAS MARTÍN, Marta DEL POZO PÉREZ y Carmen VICENTE JIMÉNEZ), CISE Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: “La impugnación de sentencias y de determinados autos en el proceso de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado (Comentarios a la Disposición Final Segunda. Núms. 13, 14, 15, 16 y 17, LOTJ 5/1995)”, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, *et al.*: *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Instituto de Estudios Penales, Granada, 1996.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: “Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano”, en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *et al.*: *Rigor doctrinal y práctica forense*, Atelier, Barcelona, 2009.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: “Pruebas de referencia y garantías procesales”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6821 (15 noviembre 2007), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, en: *La Ley*, nº 2 (1992).

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: “Facticidad y límites procesales al enjuiciamiento en amparo”, en: VIVER PI-SUNYER, Carles (coord.): *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CAFFERATA NORES, José I.: “*In dubio pro reo* y recurso de casación contra la sentencia condenatoria”, en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES, José I.: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1994.

CAFFERATA NORES, José I.: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, tomo I, vols. 1 y 2, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Algunos aspectos críticos del blanqueo de bienes: legislación y jurisprudencia”, en: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (dir.): *Las últimas reformas penales II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

CALDERÓN CEREZO, Ángel: “Análisis sustantivo del delito (I): prevención y represión del blanqueo de capitales”, en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

CALDERÓN CEREZO, Ángel; y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho penal: parte especial: adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1999.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: “La generalización –*rectius*, desaparición– del doble grado de jurisdicción en el proceso penal español”, en: *Revista de Derecho Procesal* (2006).

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *La segunda instancia penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal”, en: *Justicia*, nº 1 (1990).

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “Comentario a la Ley orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional”, en: *La Ley*, nº 4 (1983).

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “Estudio de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del art. 849.2º de la Ley de enjuiciamiento criminal”, en: *La Ley*, nº 1 (1986).

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: “La prueba: disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de enjuiciamiento civil. L. 1/2000”, en: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (ed.): *Responsa iurisperitorum digesta*, vol. III, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.: “El lavado de dinero y fraudes”, en: *Pauta*, nº 48 (mayo 2005).

CAPPELLETTI, Mauro: *La jurisdicción constitucional de la libertad: con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción de Héctor FIX ZAMUDIO, Imprenta Universitaria, México, 1961.

CARBALLO ARMAS, Pedro: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: (selección jurisprudencial)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

CARMONA CUENCA, Encarna: *La crisis del recurso de amparo: la protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2005.

CARMONA RUANO, Miguel: “La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el tribunal del jurado”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.): *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995,

CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, traducción de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982.

CARRARA, Francesco: *Opúsculos de Derecho criminal*, vol. V, traducción de José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO, Temis, Bogotá, 1980.

CARRERAS, Jorge: “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en: CARRERAS, Jorge; y FENECH, Miguel: *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.

CASCAJO CASTRO, José Luis; y GIMENO SENDRA, Vicente: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1988.

CASTELLANO ARROYO, María: “Estudio individual de los indicios: estudio de ADN”, en: ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.): *Dogmática penal, política*

criminal y criminología en evolución, Universidad de La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos, Comares, Peligros (Granada), 1997.

CEDEÑO HERNÁN, Marina: "Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional", en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (mayo- agosto 2000).

CHAMORRO, Jesús Vicente: *Del recurso de casación en materia civil*, Aranzadi, Pamplona, 1991.

CHAMORRO BERNAL, Francisco: *El artículo 24 de la Constitución. Tomo I: el derecho de libre acceso a los tribunales*, Lura editorial, Barcelona, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, traducción de Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Rafael GREGO, Valetta Ediciones, Florida (Argentina), 2005.

CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, traducción de José CASÁIS Y SANTALÓ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 372.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "El derecho constitucional a la presunción de inocencia", en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (coords.): *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

CIUDAD ESPEJO, Luciana: *Origen y desarrollo de los elementos fundamentales de la casación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, vol. V, Ediar, Buenos Aires, 1966.

CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

COBO DEL ROSAL, Manuel: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.

COBO DEL ROSAL, Manuel; y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos: *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, CESEJ, Madrid, 2005.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: “La unificación de doctrina en el proyecto de ley de modificación de la casación”, en: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (dir.): *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: *El recurso de casación en materia civil*, Bosch, Barcelona, 1978.

CORCHETE MARTÍN, María José: *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: “En el límite entre dolo e imprudencia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3 (septiembre-diciembre 1985).

CORDERO, Franco: *Codice di procedura penale commentato da Franco Cordero*, UTET, Turín, 1992.

CÓRDOBA RODA, Juan: “El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba: un estudio de dos sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 (1982).

CORDÓN MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1992.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: “Teoría general de los recursos en materia penal y la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.): *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1997.

COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El juez como garante de los derechos fundamentales”, en: HERNANDO SANTIAGO, Francisco José, *et al.*: *Constitución y Poder Judicial: XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, en: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en: ARAGÓN REYES, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001.

DE ARANDA Y ANTÓN, Gonzalo: “La reforma del recurso de casación penal”, en: *Revista de Derecho Procesal* (2006).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, en: *Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex*, nº 12 (septiembre-octubre 1994).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (2007).

DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho procesal civil español*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

DE LA PLAZA, Manuel: *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

DE LA PLAZA, Manuel: “La casación criminal española: su origen. Desarrollo en el mundo hispánico y posibles reformas”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo V, fascículo II (mayo-agosto 1952).

DE LA RÚA, Fernando: *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: “La motivación del veredicto fundado en prueba indiciaria”, en: AGUIAR DE LUQUE, Luis; y VARELA CASTRO, Luciano (dirs.): *La ley del jurado: problemas de aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos: “Indicios y presunciones en la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7549 (18 enero 2011), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 22 enero 2011].

DE PINA, Rafael: *Tratado de las pruebas civiles*, Editorial Porrúa, México, 1942.

DE PRADA BENGOA, Pilar: “Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DE SANTO, Víctor: *La prueba judicial: teoría y práctica*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “El recurso de casación penal, en la actualidad”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La prueba indiciaria en la jurisprudencia constitucional”, en: MIR PUIG, Santiago, *et al.*: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “Problemática del enjuiciamiento de los delitos económicos”, en: *Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, nº III (2003).

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “Prueba ilícita en particular (I)”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo; y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Cizur Meno (Navarra), 2010.

DE VEGA RUIZ, José Augusto: “Consideraciones sobre la presunción de inocencia”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1327 (25 octubre 1983).

DE VEGA RUIZ, José Augusto: “La presunción de inocencia hoy”, en: *Justicia*, nº 1 (1984).

DE VEGA RUIZ, José Augusto: “La valoración penal de la prueba y la presunción de inocencia”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1326 (15 octubre 1983).

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: “Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha”, en: *Poder Judicial*, nº 33 (marzo 1994).

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DE VICENTE NÚÑEZ, Amable: “La presunción de la inocencia en el proceso penal”, en: *La Ley*, nº 4 (1982).

DEL GIUDICE, Pasquale: *Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras*, traducción de Álvaro LÓPEZ ORRIOLS, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885.

DEL MOLINO, María Soledad: “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 3 (1993).

DEL OLMO GÁLVEZ, Juan: “El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor”, en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

DELGADO GARCÍA, Joaquín: “Prueba de indicios”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, tomos I y II, Temis, Bogotá, 2002.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio; y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo: “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 43 (marzo 2002).

DÍAZ FUENTES, Antonio: *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2004.

DÍAZ PALOS, Fernando: “Constitución y casación penal”, en: *La Ley*, nº 2 (1983).

DÍAZ PITA, María del Mar: *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.): *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*, B de F, Montevideo [etc.], 2007.

DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio: “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; y DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio: *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales: dos ensayos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (mayo-agosto 2000).

DÍEZ-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.): *Código penal alemán StGB: Código procesal penal alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

EISNER, Isidoro: *La inmediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

“El derecho al ‘doble examen’ o ‘doble instancia’ en el proceso penal español y el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas emitido según el párrafo cuarto del artículo quinto del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos denunciando la inexistencia en España del derecho al ‘doble examen’ o ‘doble instancia’ en el proceso penal español”, en: *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*, nº 3 (2000).

ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, traducción de Adolfo POSADA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.): *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

España. Consejo General del Poder Judicial: *Anteproyecto del Código penal 1992 e informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Apresurado comentario al ‘informe’ o ‘exposición’ del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso ‘Gómez Vázquez V. España’ (10-28 julio 2000)”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 3 (2000).

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal”, en: *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: “Reglas de la sana crítica y casación (sobre la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990)”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (1990).

FARALDO CABANA, Patricia: “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995”, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI (1998).

FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, vol. I, Editorial Labor, Barcelona [etc.], 1960.

FENECH, Miguel: *El proceso penal*, AGESA, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *La Ley*, nº 4 (1987).

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en: DELGADO GARCÍA, Joaquín (dir.): *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias”, en: *Revista General de Derecho*, nº 505-506 (octubre-noviembre 1986).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 64 (marzo 2009).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2005.

FERRER I BELTRÁN, Jordi: “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *et al.*: *Proceso, prueba y estándar*, Ara Editores, Lima, 2009.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

FLETCHER, George P.: *Gramática del Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

FLORIÁN, Eugenio: *Delle prove penali*, Instituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1961.

FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, traducción de Leonardo PRIETO-CASTRO, Bosch, Barcelona, [1934?].

FORNER DELAYGUA, Joaquín J.: *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable*, Bosch, Barcelona, 2005.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tomo I, Editorial La España Moderna, Madrid, [1930?].

GALLARDO RUEDA, Alberto: “El derecho a la presunción de inocencia”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 38 (1989).

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

GARAYALDE MARTÍN, Elena: “¿Cuál es el estándar de prueba exigible para procesar?”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7180 (22 mayo 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 30 junio 2009].

GARBERÍ LLOBEGRAT, José: “El alcanzable mito de la segunda instancia penal”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6507 (19 junio 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

GARBERÍ LLOBEGRAT, José; GIMENO SENDRA, Vicente; y CONDE PUMPIDO-TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales: comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2000.

GARBERÍ LLOBREGAT, José; y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe: *La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA CARRERO, M.: “La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia”, en: *Poder Judicial*, nº 5 (diciembre 1982).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 124 (enero-abril 1991).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 43.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: “La prueba en el delito de blanqueo de capitales: aspectos prácticos”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7177 (19 mayo 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 18 mayo 2010].

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: “Proceso penal y doble instancia”, en: *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984.

GARCÍA PELAYO, Manuel: “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1 (enero-abril 1981).

GARRIDO LORENZO, María Ángeles: “Hacia la reforma de la segunda instancia penal: los recursos de apelación y casación a examen”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción*,

recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: “¿*Freedom of proof?*’ El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 52 (marzo 2005).

GIANTURCO, Vito: *La prova indiziaria*, A. Guiffre-Editore, Milano, 1958.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, fascículo 2 (mayo-agosto 1990).

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: “La prueba indiciaria en el proceso penal”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 56 (julio 2006).

GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal*, tomo II (con Víctor MORENO CATENA, José ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente: “La casación y el derecho a los recursos: (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1488 (15 abril 1988).

GIMENO SENDRA, Vicente: “La intermediación en la 2.^a instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6876 (5 febrero 2008), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

GIMENO SENDRA, Vicente: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (con Antonio TORRES DEL MORAL, Pablo MORENILLA ALLAD y Manuel DÍAZ MARTÍNEZ), Colex, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2008.

GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999.

GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso I: teoría general del proceso; y II: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ AMIGO, Luis: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso penal: tratamiento jurisprudencial*, Editorial Forum, Oviedo, 2004.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *La prueba en el proceso penal: selección de jurisprudencia*, Forum, Oviedo, 1991.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos: “La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 48 (noviembre 2003).

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal civil, parte general: el proceso declarativo ordinario*, vol. I, [s.n.], Madrid, 1979.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Manuel: “Los recursos en el procedimiento abreviado”, en: *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: “La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas

parciales”, en: MORENO CATENA, Víctor, *et al.*: *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Argumentación y prueba judicial”, en: FERRER BELTRÁN, Jordi, *et al.*: *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 50 (julio 2004).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

GORPHE, François: *De la apreciación de las pruebas*, traducción de Luis ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.

GORPHE, François: *La crítica del testimonio*, traducción de Mariano RUIZ-FUNES, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962.

GORPHE, François: *Las resoluciones judiciales: estudio psicológico y forense*, traducción de Luis ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

GÓRRIZ ROYO, Elena María: “La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal”, en: CARBONELL MATEU, J. C; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E. (dirs.); y CUERDA ARNAU, M. L. (coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en: *Revista de Derecho Penal*, nº 22 (septiembre 2007).

GUASP, Jaime: *Concepto y método de Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1997.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1998.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

GUERRA SAN MARTÍN, José; BELLOCH JULBE, Juan Alberto; y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, Enrique: “El derecho a la presunción de inocencia”, en: *La Ley*, nº 4 (1982).

GUI MORI, Tomás: “Filosofía constitucional de la prueba”, en: *La Ley*, nº 2 (1991).

GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: “La prueba preconstituída”, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio: *Los recursos ordinarios en el proceso penal*, Editorial Porrúa, México, 2000.

HERRERA ABIÁN, Rosario: *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, Granada, 2006.

HESSE, Konrad: *Escritos sobre Derecho constitucional*, traducción de Pedro CRUZ VILLALÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Consideraciones sobre los recursos en materia penal”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (1999).

HOBBS, Thomas: *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, traducción de Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 1989 (imp. 1993).

I Jornada de Catedráticos de Derecho Procesal de las Universidades de España: “Conclusiones”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº II (abril-junio 1965).

IACOVIELLO, Francesco M.: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Desventuras de la ‘íntima convicción’”, en: *Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex*, nº 7 (septiembre-octubre 1993).

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *El Comité de Derechos Humanos, la casación española y el control del razonamiento probatorio*, Civitas, Madrid, 2004.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “La motivación de las sentencias”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31 (septiembre-diciembre 1991).

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Motivación de la sentencia, presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2 (2001).

ILLUMINATI, Giulio: *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.

JAÉN VALLEJO, Manuel: “El criterio racional en la apreciación de la prueba penal”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (1989).

JAÉN VALLEJO, Manuel: “Incidencia sobre la presunción de inocencia de las declaraciones sumariales dadas por reproducidas en el juicio (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 64/86 y precedentes)”, en: *Revista General de Derecho*, nº 504 (septiembre 1986).

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La prueba en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1978.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando: “Nociones básicas”, en: JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.): *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, DM, Murcia, 2002.

JIMÉNEZ RAMOS, Mario: “El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública”, en: CIMAS GIMÉNEZ, María del Carmen (dir.): *Delitos contra la salud: novedades jurisprudenciales: nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

JORGE BARREIRO, Alberto: “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 48 (noviembre 2003).

JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

JUANES PECES, Ángel: “El principio de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en: *Poder Judicial*, nº especial VI (1989).

JUANES PECES, Ángel: “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia: la imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia”, en: *La Ley*, nº 1 (1996).

LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LEGUISAMÓN, Héctor E.: *Las presunciones judiciales y los indicios*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

LESSONA, Carlos: *Teoría general de la prueba en Derecho civil o exposición comentada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.: parte general: confesión e interrogatorio*, traducción de Enrique AGUILERA DE PAZ, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana).”, en: *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (1995).

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia en el proceso penal: doctrina y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000.

LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel: *Código de processo penal: anotado e comentado: legislação complementar*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (coords.): *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El doble examen en la jurisdicción penal”, en: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 17 (marzo 2001).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “La motivación de las sentencias”, en: MIR PUIG, Santiago, et al.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Meno (Navarra), 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; y GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, León: *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LÓPEZ CASTILLO, Magdalena: *El recurso de casación penal por infracción de ley: artículo 849.1º de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Comares, Granada, 2007.

LÓPEZ COIG, Juan Carlos: “La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple los requisitos exigidos por los tratados internacionales?”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6567 (10 octubre 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

LÓPEZ GUERRA, Luis: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

LÓPEZ INFANTES Y PÉREZ, Leopoldo: *Apreciación de la prueba en materia criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1919.

LÓPEZ MORENO, Santiago: *La prueba de indicios*, Imprenta de Aurelio J. Alaria, Madrid, 1879.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “El control de los hechos en el juicio de apelación”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 66 (noviembre 2009).

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho: organización judicial y principios rectores del proceso*, Dykinson, Madrid, 1998.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Tratado de Derecho procesal civil*, Dykinson, Madrid, 2000.

LORENZO SALGADO, José María: *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Bosch, Barcelona, [1983?].

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 2000.

LUZÓN CUESTA, José María: *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991.

MADRIGAL, Consuelo: “Casación o unificación de la doctrina: el futuro del Tribunal Supremo”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 63 (noviembre 2008).

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, 1b, Hammurabbi, Buenos Aires, 1989.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (a propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], nº 10-02 (febrero 2008), <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf> [consulta: 30 junio 2009].

MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: “Sobre la presunción de inocencia”, en: *Actualidad Penal*, tomo 1 (1992).

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, tomos I, III y V, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Mariano AYERRA REDÍN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, 1952 y 1954.

MARCA MATUTE, Javier: “El imputado y el derecho de defensa en la instrucción”, en: ABEL LLUCH, Xavier; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (dirs.): *Estudios sobre prueba penal. Volumen I: actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

MARTÍN GARCÍA, Pedro, *et al.*: *Los recursos penales*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio: “La revisión de los errores judiciales”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

MARTÍN SANTOS, María del Pilar: “La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental”, en: *Derecho y opinión*, nº 1 (diciembre 1993).

MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: “Inmediación y prueba en la segunda instancia”, en: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (dir.): *Las reformas procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.):

Recursos en el orden jurisdiccional penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal: control de la presunción de inocencia*, Editorial Comares, Granada, 1996.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La prueba indiciaria”, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, et al.: *La prueba en el proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *Recurso de casación y de revisión penal: control de la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍNEZ BUSTOS, César: *Las drogas ante la ley*, [s.n.], León, 1973, pág. 61.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes: “Evolución histórica de las presunciones. Dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana”, en: *Revista Jurídica del Notariado*, nº 58 (abril-junio 2006).

MARTÍNEZ SILVA, Carlos: *Tratado de pruebas judiciales*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 21.

MASCARELL NAVARRO, María José: “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en: *Justicia*, nº 3 (1987).

MAZA MARTÍN, José Manuel: “El recurso de unificación de doctrina en materia penal”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MENDONCA, Daniel: “Presunciones”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. I, nº 21 (1998).

MESTRE DELGADO, Esteban: “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3 (septiembre-diciembre 1985).

MICHELI, Gian Antonio: *Curso de derecho procesal civil*, vol. II, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.

MIGUEL Y ROMERO, Mauro: *Derecho procesal teórico (procedimientos judiciales)*, tomo II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934.

MIGUEL Y ROMERO, Mauro; y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos: *Derecho procesal práctico*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1967.

MIR PUIG, Santiago: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “Prueba indiciaria y condena en segunda instancia”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7402 (14 mayo 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 6 febrero 2011].

MITTERMAIER, C. J. A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979.

MOLINA MANSILLA, María del Carmen: *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.

MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos en el proceso ante el tribunal del jurado*, Comares, Granada, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad) (1)”, en: MONTERO AROCA, Juan (dir.): *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MONTERO AROCA, Juan: “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La utilidad jurídica de un eslogan político”, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.): *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONTESQUIEU, Charles-Louis DE SECONDAT, Barón de: *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes BLÁSQUEZ y Pedro DE VEGA, Tecnos, Madrid, 1985 (imp. 1987).

MORENILLA RODRÍGUEZ, José María: “Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en: *Poder Judicial*, nº especial II (1987).

MORENO CATENA, Víctor (dir.): *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor: “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, en: FERRER GARCÍA, Ana María; y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo (dirs.): *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Derecho penal, parte general: fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Dykinson, S.L., Madrid, 2004.

MORILLO MÉNDEZ, Antonio: “[Certeza formal y valoración de la prueba]: [Naturaleza de la prueba por indicios]”, en: *Carta Tributaria: Monografías*, nº 2 (enero 2002).

MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: “Presunción de inocencia y proscripción de la tortura”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7283 (13 noviembre 2009), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 18 mayo 2010].

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco; y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: “Indicios probatorios en los escritos de alegaciones”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 (1969).

MUÑOZ SABATÉ, Luis: “La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil”, en: *La Ley*, nº 3 (1993).

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona, 1993.

NIEVA FENOLL, Jorge: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

NIEVA FENOLL, Jorge: *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003.

NIEVA FENOLL, Jordi: “La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales”, en: *Justicia*, nº 1-2 (2006).

NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2010.

NUZZO, Francesco: *L'appello nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

ORENES RUIZ, Juan Carlos: *Libertad de información y proceso penal: los límites*, Thomzon-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

ORTELLS RAMOS, Manuel: “Derecho a la presunción de inocencia (III): ‘mínima actividad probatoria’ como resultado probatorio. Regla de solución de la duda

sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”, en: ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.); y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coord.): *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ORTZ BERENGUER, Enrique; y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Compendio de Derecho penal: (parte general y parte especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OVEJERO PUENTE, Ana María: *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PABÓN GÓMEZ, Germán: *Lógica del indicio en materia criminal*, tomo I, Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.

PALMA HERRERA, José Manuel: *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDERSA, Madrid, 2000.

PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Lavado de dinero y corrupción bancaria en la praxis: problemas de investigación y prueba”, en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.: Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario: delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

PARDO IRANZO, Virginia: *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PARRA QUIJANO, Jairo: “Ideas sobre la prueba ilícita”, en: *IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal*, Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano, San Cristóbal (Venezuela), 2003.

PASTOR ALCOY, Francisco: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PAZ RUBIO, José María, *et al.:* *La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales*, Colex, Madrid, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales y su actual valoración”, en: *Revista General de Derecho*, nº 586-587 (julio-agosto 1993).

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: *Introducción al Derecho procesal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús: “Un reto inaplazable para la justicia penal en el siglo XXI: la aprobación de una nueva Ley de enjuiciamiento criminal”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (dir.): *La justicia procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos: *Teoría de la prueba y Derecho penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.): *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”, en: *Jueces para la Democracia*, nº 67 (marzo 2010).

PÉREZ MANZANO, Mercedes: “La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 6566 (9 octubre 2006), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 20 enero 2010].

PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2005.

PÉREZ TREMPES, Pablo: *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PÉREZ TREMPES, Pablo: “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 7 (mayo-agosto 1999).

PÉREZ TREMPES, Pablo: “La interpretación de los derechos fundamentales”, en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.): *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005.

PERIS GÓMEZ, Manuel: *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976.

PIBERNAT DOMENECH, Xavier: “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 29 (mayo-agosto 1990).

PICATOSTE BOBILLO, Julio C.: “La prisión provisional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

PICÓ I JUNOY, Joan: “El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras”, en: *Justicia*, nº 1-2 (2009).

PICÓ I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7430 (23 junio 2010) <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 23 junio 2010].

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho procesal civil: proceso declarativo, proceso de ejecución*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1985.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio: *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

PRIETO SANCHÍS, Luis: “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2 (1983).

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

PRIORI POSADA, Giovanni F.: “El proceso en el Estado constitucional”, en: TARUFFO, Michele, *et al.: Constitución y proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho procesal llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de septiembre de 2009*, Ara Editores, Lima, 2010.

PUERTA, Luis-Román: “La segunda instancia penal y el recurso de unificación de doctrina. Perspectivas de futuro”, en: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (dir.): *Las reformas procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

PUJADAS TORTOSA, Virginia: *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “De la receptación y otras conductas afines (arts. 298 a 304)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.); y MORALES PRATS, Fermín (coord.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2008.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2010.

Real Academia Española [Madrid]: *Diccionario de la Lengua Española*, tomos I y II, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: “El recurso de amparo”, en: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *et al.: Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid [etc.], 2000.

REVERÓN PALENZUELA, Benito: “Generalización de la segunda instancia en el proceso penal y supresión del ‘error en la apreciación de la prueba’ como motivo de apelación”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; y ORTELLS RAMOS, Manuel (dirs.): *Problemas actuales del proceso iberoamericano: XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo II, Servicio de Publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006.

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando: *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: “Límites para la revisión fáctica en apelación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal (comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7329 (27 enero 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 6 febrero 2011].

RICCI, Francisco: *Tratado de las pruebas*, tomo I, traducción de Adolfo BUYLLA y Adolfo POSADA, Editorial La España Moderna, Madrid, [1880?].

RICO FERNÁNDEZ, Juan Carlos: “Aplicación del principio de presunción de inocencia en la vía casacional”, en: *La Ley*, nº 4 (1983)

RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José F.; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *El proceso penal práctico: comentarios, jurisprudencia, formularios*, La Ley, Madrid, 2009.

RIVERA MORALES, Rodrigo: *Las pruebas en el derecho venezolano*, Librería J. Rincón G., Barquisimeto (Venezuela), 2009.

RIVERA SILVA, Manuel: *El procedimiento penal*, Editorial Porrúa, México, 1963.

RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

ROBLES, Ricardo: "Delitos contra el patrimonio (III)", en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.); y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.): *Lecciones de Derecho penal: parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006.

ROCHA DEGREEF, Hugo: *Presunciones e indicios en juicio penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, S.L., Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 1999.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio: "Notas sobre presunción de inocencia", en: *Poder Judicial*, nº 39 (septiembre 1995).

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "La prueba de indicios: comentarios a tres sentencias del Tribunal Constitucional", en: *La Ley*, nº 2 (1986).

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Presunción de inocencia no minimizada", en: *La Ley*, nº 4 (1983).

RODRÍGUEZ REY, Fernando: "El derecho a la tutela judicial efectiva", en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (coord.): *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Bosch, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen: *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuesta de reforma*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Dykinson, Madrid, 2008.

ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho procesal civil*, traducción de Ángela ROMERA VERA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997 (impr. 2006).

ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal”, traducción de Íñigo DE ORTIZ URBINA GIMENO, en: HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2007.

ROXIN, Claus: *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El recurso de amparo”, en: RUBIO LLORENTE, Francisco; y JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid [etc.], 1998.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22 (enero-abril 1988).

RUBIO LLORENTE, Francisco: “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35 (mayo-agosto 1992).

RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas anotaciones sobre la construcción de la sentencia penal desde la perspectiva constitucional”, en: *Estudios de Derecho procesal penal*, Comares, Granada, 1995.

RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, en: *Poder Judicial*, nº 3 (septiembre 1986).

RUIZ VADILLO, Enrique: “Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas del proceso penal”, en: *Estudios de Derecho procesal penal*, Comares, Granada, 1995.

RUIZ VADILLO, Enrique: “Crisis de la justicia y reforma del proceso penal”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1488 (15 abril 1988).

RUIZ VADILLO, Enrique: “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español: perspectiva actual y futura”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1641 (15 julio 1992).

RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Colex, Madrid, 1997.

RUIZ VADILLO, Enrique: *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Alcobendas (Madrid), 1994.

RUIZ VADILLO, Enrique: “Hacia una nueva casación penal (la Constitución, punto central de nuestra reflexión)”, en: *Estudios de Derecho procesal penal*, Comares, Granada, 1995.

RUIZ VADILLO, Enrique: “La posición del tribunal de casación penal en el Estado constitucional”, en: *Actualidad Penal*, tomo 2 (1991).

RUIZ VADILLO, Enrique: “Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente” en: *Poder Judicial*, nº 25 (marzo 1992).

SAAVEDRA GALLO, Pablo: “De la impugnación de la sentencia”, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (coord.): *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas (análisis de las modificaciones introducidas a la Ley de enjuiciamiento criminal por L.O. 8/2002, L.O. 9/2002 y L. 38/2002)*, Comares, Granada, 2003.

SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada: “La acción como derecho a la tutela judicial efectiva”, en: *Justicia*, nº 1-2 (2010),

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago: “La protección de los derechos”, en: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.): *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, SEPIN, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2006.

SÁNCHEZ SISCART, José Manuel: “Segunda instancia”, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (dir.): *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: “Facultades de valoración del tribunal *ad quem* (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002)”, en: FABIÁ MIR, Pascual; y BENITO LÓPEZ, Alejandro (dirs.): *Los recursos de*

casación y apelación en el orden penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SANJURJO RÍOS, Eva Isabel: *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal (adaptado a la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial)*, Reus, Madrid, 2010.

SANTIAGO PÉREZ, Jorge: *Lógica, sentencia y casación: doctrina, jurisprudencia y técnica procedimental*, [s.n.], Córdoba (Argentina), 1989.

SENTÍS MELENDO, Santiago: *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba, los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: *Derecho procesal penal* (con Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Xulio Xosé FERREIRO BAAMONDE y José Ramón PIÑO RODRÍGUEZ), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: *La prueba en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Contribución al estudio de la prueba", en: *Estudios de Derecho procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "De la prueba de las obligaciones", en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "De las presunciones", en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Del recurso de casación", en MONTERO AROCA, Juan (coord.): *La reforma de los procesos civiles (comentario a la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal)*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Función del indicio en el proceso penal”, en: *Estudios de Derecho procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963.

STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SILVA MELERO, Valentín: “Presunciones e indicios en el proceso penal”, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 176 (julio-agosto 1944).

SUAU MOREY, Jaime: “Recurso de casación penal y doctrina constitucional”, en: *La Ley*, nº 4 (1991).

TARSKI, Alfred: *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.

TARUFFO, Michele: “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, traducción de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, en: *Jueces para la Democracia*, nº 52 (marzo 2005).

TARUFFO, Michele: “Consideraciones sobre prueba y motivación”, traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, en: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; y CANDAU PÉREZ, Alfonso: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele: *La prueba*, traducción de Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid [etc.], 2008.

TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi FERRER BELTRÁN, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

TENA ARAGÓN, María Félix: “Recursos penales”, en: CARMONA RUANO, Miguel (dir.): *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

TODOLÍ GÓMEZ, Arturo: “Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos graves”, en: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* [en línea], nº 19 (enero-junio 2007), http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/na/19-27.pdf [consulta: 20 enero 2010].

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, en: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “‘*In dubio pro reo*’, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal* (con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, Rafael HINOJOSA SEGOVIA y Julio MUERZA ESPARZA), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

TONINI, Paolo: *La prova penale*, CEDAM, Padova, 2000.

TORRES GELLA, Francisco: “¿El fin, por fin, de la única instancia en materia penal?: reforma del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre”, en: *Diario La Ley* [en línea], nº 7523 (3 diciembre 2010), <http://www.diariolaley.laley.es/> [consulta: 06 febrero 2011].

TUR AUSINA, Rosario: *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional: efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: “El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en: *Justicia*, nº 1 (1991).

VARELA GÓMEZ, Bernardino J.: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Discrecionalidad y Derecho procesal”, en: *Justicia*, nº 3-4 (1995).

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2 (1984).

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, [s.l.], 1979.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “La ‘prueba en contrario’ en las presunciones judiciales”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4 (2001).

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch, Barcelona, 1984.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.): *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: “Rasgos definitorios de la casación civil”, en: *El sistema de recursos: perfeccionamiento del derecho de ejecución singular*, X Reunión de Profesores de Universidades españolas, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1977.

VECINA CIFUENTES, Javier: *La casación penal: el modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003.

VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel: *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos: *Curso de Derecho procesal penal*, tomo II, Artes Gráficas Helénicas, Madrid, 1962.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VILLAMOR MONTERO, Pedro-Roque: “El recurso de apelación contra sentencias: problemática actual”, en: MAZA MARTÍN, José Manuel (dir.): *Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y revisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

VILLEGAS RODRÍGUEZ, Manuel: “La presunción como prueba en el derecho y el derecho de presunción de inocencia”, en: *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº XXV (1993).

VITALE, Gustavo L.: *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Acerca de los efectos de la estimación del recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia”, en: *Poder Judicial*, nº 3 (septiembre 1986).

VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en: *Poder Judicial*, nº especial II (1987).

WACH, Adolf: “El sistema de prueba”, en: *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, traducción de Ernesto KROTOSCHIN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: *Derecho al recurso en el proceso penal: nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: *El recurso en el enjuiciamiento criminal español: elementos para una teoría procesal general*, Atelier, Barcelona, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal: parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZARAGOZA AGUADO, Javier: "Análisis sustantivo del delito (II): cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en derecho comparado", en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.): *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

ZUCKERMAN, Adrian A. S.: "*Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*", en: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (ed.): *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

I) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt)
STEDH de 18 de enero de 1978 (Irlanda vs. Gran Bretaña)
STEDH de 7 de octubre de 1988 (Salabiaku vs. Francia)
STEDH de 25 de septiembre de 1992 (Pham Hoang vs. Francia)
STEDH de 25 de enero de 1996 (Murray vs. Reino Unido)
STEDH de 2 de mayo de 2000 (Condron vs. Reino Unido)
STEDH de 27 de junio de 2000 (Salman vs. Turquía)
STEDH de 20 de marzo de 2001 (Telfner vs. Austria)
STEDH de 10 de abril de 2001 (Tamli vs. Turquía)
STEDH de 8 de abril de 2004 (Tahsin vs. Turquía)

II) Resoluciones del Tribunal Constitucional

STC 1/1981, de 26 de enero
STC 9/1981, de 31 de marzo
STC 13/1981, de 22 de abril
STC 25/1981, de 14 de julio
STC 31/1981, de 28 de julio
STC 2/1982, de 29 de enero
STC 11/1982, de 29 de marzo
STC 13/1982, de 1 de abril
STC 22/1982, de 12 de mayo
STC 42/1982, de 5 de julio
STC 55/1982, de 26 de julio
STC 56/1982, de 26 de julio
STC 77/1983, de 3 de octubre
STC 107/1983, de 29 de noviembre
STC 124/1983, de 21 de diciembre

STC 2/1984, de 18 de enero
STC 9/1984, de 20 de enero
STC 102/1984, de 12 de noviembre
STC 108/1984, de 26 de noviembre
STC 114/1984, de 29 de noviembre
STC 27/1985, de 26 de febrero
STC 37/1985, de 8 de marzo
STC 51/1985, de 10 de abril
STC 60/1985, de 6 de mayo
STC 62/1985, de 10 de mayo
STC 101/1985, de 4 de octubre
STC 110/1985, de 8 de octubre
STC 140/1985, de 21 de octubre
STC 145/1985, de 28 de octubre
STC 173/1985, de 16 de diciembre
STC 174/1985, de 17 de diciembre
STC 175/1985, de 17 de diciembre
STC 19/1986, de 7 de febrero
STC 64/1986, de 21 de mayo
STC 80/1986, de 17 de junio
STC 123/1986, de 22 de octubre
STC 126/1986, de 18 de noviembre
STC 169/1986, de 22 de diciembre
STC 55/1987, de 13 de mayo
STC 56/1987, de 14 de mayo
STC 57/1987, de 18 de mayo
STC 58/1987, de 19 de mayo
STC 150/1987, de 1 de octubre
STC 177/1987, de 19 de noviembre
STC 6/1988, de 21 de enero
STC 22/1988, de 18 de febrero
STC 37/1988, de 3 de marzo

STC 78/1988, de 27 de abril
STC 105/1988, de 8 de junio
STC 119/1988, de 20 de junio
STC 229/1988, de 1 de diciembre
STC 256/1988, de 21 de diciembre
STC 18/1989, de 30 de enero
STC 33/1989, de 13 de febrero
STC 107/1989, de 8 de junio
STC 201/1989, de 30 de noviembre
STC 56/1990, de 20 de marzo
STC 76/1990, de 26 de abril
STC 94/1990, de 23 de mayo
STC 111/1990, de 18 de junio
STC 124/1990, de 2 de julio
STC 165/1990, de 29 de octubre
STC 194/1990, de 29 de noviembre
STC 14/1991, de 28 de enero
STC 139/1991, de 20 de junio
STC 140/1991, de 20 de junio
STC 240/1991, de 12 diciembre
STC 30/1992, de 18 de marzo
STC 71/1992, de 13 de mayo
STC 138/1992, de 13 de octubre
STC 219/1992, de 3 de diciembre
STC 63/1993, de 13 de marzo
STC 175/1993, de 27 de mayo
STC 282/1993, de 27 de septiembre
STC 336/1993, de 15 de noviembre
STC 384/1993, de 21 de diciembre
STC 22/1994, de 27 de enero
STC 62/1994, de 28 de febrero
STC 78/1994, de 14 de marzo

STC 85/1994, de 14 de marzo
STC 93/1994, de 21 de marzo
STC 206/1994, de 11 de julio
STC 244/1994, de 15 de septiembre
STC 283/1994, de 24 de octubre
STC 35/1995, de 6 de febrero
STC 37/1995, de 7 de febrero
STC 86/1995, de 6 de junio
STC 95/1995, de 19 de junio
STC 128/1995, de 26 de julio
STC 133/1995, de 25 de septiembre
STC 157/1995, de 6 de noviembre
STC 166/1995, de 20 de noviembre
STC 199/1996, de 3 de diciembre
STC 24/1997, de 11 de febrero
STC 45/1997 de 11 de marzo
STC 54/1997, de 17 de marzo
STC 101/1997, de 20 de mayo
STC 123/1997, de 1 de julio
STC 173/1997, de 14 de octubre
STC 6/1998, de 13 de enero
STC 41/1998, de 24 de febrero
STC 68/1998, de 30 de marzo
STC 81/1998, de 2 de abril
STC 116/1998, de 2 de junio
STC 151/1998, de 13 de julio
STC 157/1998, de 13 de julio
STC 189/1998, de 28 de septiembre
STC 220/1998, de 16 de noviembre
STC 14/1999, de 22 de febrero
STC 85/1999, de 10 de mayo
STC 91/1999, de 26 de mayo

STC 111/1999, de 14 de junio
STC 120/1999, de 28 de junio
STC 161/1999, de 27 de septiembre
STC 227/1999, de 13 de diciembre
STC 5/2000, de 17 de enero
STC 21/2000, de 31 de enero
STC 44/2000, de 14 de febrero
STC 96/2000, de 10 de abril
STC 117/2000, de 5 de mayo
STC 131/2000, de 16 de mayo
STC 139/2000, de 29 de mayo
STC 171/2000, de 26 de junio
STC 202/2000, de 24 de julio
STC 249/2000, de 30 de octubre
STC 72/2001, de 26 de marzo
STC 124/2001, de 4 de junio
STC 17/2002, de 28 de enero
STC 70/2002, de 3 de abril
STC 94/2002, de 22 de abril
STC 109/2002, de 6 de mayo
STC 123/2002, de 20 de mayo
STC 130/2002, de 3 de junio
STC 137/2002, de 3 de junio
STC 155/2002, de 22 de julio
STC 167/2002, de 18 de septiembre
STC 170/2002, de 30 de septiembre
STC 178/2002, de 14 de octubre
STC 180/2002, de 14 de octubre
STC 209/2002, de 11 de noviembre
STC 230/2002, de 9 de diciembre
STC 237/2002, de 9 de diciembre
STC 43/2003, de 3 de marzo

STC 56/2003, de 24 de marzo
STC 135/2003, de 30 de junio
STC 142/2003 de 14 de julio
STC 146/2003, de 14 de julio
STC 189/2003, de 27 de octubre
STC 206/2003, de 1 de diciembre
STC 229/2003, de 18 de diciembre
STC 12/2004, de 9 de febrero
STC 40/2004, de 22 de marzo
STC 163/2004, de 4 de octubre
STC 18/2005, de 1 de febrero
STC 55/2005, de 14 de marzo
STC 61/2005, de 14 de marzo
STC 111/2005, de 9 de mayo
STC 112/2005, de 9 de mayo
STC 137/2005, de 23 de mayo
STC 143/2005, de 6 de junio
STC 145/2005, de 6 de junio
STC 170/2005, de 20 de junio
STC 186/2005, de 4 de julio
STC 205/2005, de 18 de julio
STC 263/2005, de 24 de octubre
STC 267/2005, de 24 de octubre
STC 272/2005, de 24 de octubre
STC 296/2005, de 21 de noviembre
STC 300/2005, de 21 de noviembre
STC 334/2005, de 20 de diciembre
STC 37/2006, de 13 de febrero
STC 66/2006, de 27 de febrero
STC 74/2006, de 13 de marzo
STC 75/2006, de 13 de marzo
STC 80/2006, de 13 de marzo

STC 123/2006, de 24 de abril
STC 141/2006, de 8 de mayo
STC 150/2006, de 22 de mayo
STC 229/2006, de 17 de julio
STC 284/2006, de 9 de octubre
STC 328/2006, de 20 de noviembre
STC 340/2006, de 11 de diciembre
STC 43/2007, de 26 de febrero
STC 73/2007, de 16 de abril
STC 117/2007, de 21 de mayo
STC 137/2007, de 4 de junio
STC 196/2007, de 11 de septiembre
STC 213/2007, de 8 de octubre
STC 245/2007, de 10 de diciembre
STC 256/2007, de 17 de diciembre
STC 36/2008, de 25 de febrero
STC 48/2008, de 11 de marzo
STC 50/2008, de 26 de mayo
STC 102/2008, de 28 de julio
STC 111/2008, de 22 de septiembre
STC 115/2008, de 29 de septiembre
STC 141/2008, de 30 de octubre
STC 1/2009, de 12 de enero
STC 24/2009, de 26 de enero
STC 66/2009, de 9 de marzo
STC 108/2009, de 11 de mayo
STC 109/2009, de 11 de mayo
STC 120/2009, de 18 de mayo
STC 148/2009, de 15 de junio
STC 214/2009, de 30 de noviembre
STC 1/2010, de 11 de enero
STC 2/2010, de 11 de enero

STC 30/2010, de 17 de mayo
STC 56/2010, de 4 de octubre
STC 68/2010, de 18 de octubre
STC 70/2010, de 18 de octubre
STC 87/2010, de 4 de noviembre
STC 124/2010, de 29 de noviembre
STC 127/2010, de 29 de noviembre
STC 9/2011, de 28 de febrero
STC 12/2011, de 28 de febrero
STC 25/2011, de 14 de marzo
STC 46/2011, de 11 de abril
ATC 106/1980, de 26 de noviembre
ATC 80/1983, de 23 de febrero
ATC 569/1984, de 3 de octubre
ATC 353/1988, de 16 de marzo
ATC 134/1992, de 25 de mayo
ATC 63/1997, de 6 de marzo
ATC 467/2006, de 20 de diciembre
ATC 338/2008, de 27 de octubre
ATC 5/2009, de 12 de enero

III) Resoluciones del Tribunal Supremo (se identifican con el número correspondiente del Repertorio Oficial de Jurisprudencia, conforme a los índices del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial).

Sala de lo Penal

STS 4933/1980, de 24 de septiembre
STS 5025/1980, de 14 de octubre
STS 4216/1980, de 22 de diciembre
STS 684/1982, de 1 de junio
STS 895/1982, de 3 de noviembre
STS 522/1982, de 16 de noviembre

STS 588/1982, de 26 de noviembre
STS 720/1983, de 13 de enero
STS 1512/1983, de 31 de enero
STS 1143/1983, de 24 de marzo
STS 964/1983, de 8 de junio
STS 905/1984, de 7 de julio
STS 454/1984, de 22 de octubre
STS 808/1984, de 2 de noviembre
STS 804/1984, de 24 de noviembre
STS 523/1986, de 10 de febrero
STS 2995/1986 de 3 de junio
STS 3708/1986, de 28 de junio
STS 5293/1986, de 7 de octubre
STS 5456/1986, de 14 de octubre
STS 6186/1986, de 11 de noviembre
STS 6429/1986, de 21 de noviembre
STS 6733/1986, de 2 de diciembre
STS 7261/1986, de 20 de diciembre
STS 654/1987, de 4 de febrero
STS 1601/1987, de 6 de marzo
STS 2796/1987, de 21 de abril
STS 2976/1987, de 28 de abril
STS 6808/1987, de 29 de octubre
STS 129/1988, de 19 de enero
STS 2123/1988, de 23 de marzo
STS 3532/1988, de 11 de mayo
STS 4081/1988, de 30 de mayo
STS 8946/1988, de 20 de diciembre
STS 8310/1989, de 7 de abril
STS 7912/1989, de 30 de junio
STS 7914/1989, de 30 de junio
STS 8690/1989, de 18 de septiembre

STS 6444/1989, de 16 de noviembre
STS 6550/1989, de 20 de noviembre de
STS 6891/1989, de 29 de noviembre
STS 7471/1989, de 19 de diciembre
STS 90/1990, de 9 de enero
STS 5491/1990, de 11 de julio
STS 5876/1990, de 20 de julio
STS 6901/1990, de 4 de octubre
STS 7265/1990, de 15 de octubre
STS 8466/1990, de 22 de noviembre
STS 8615/1990, de 27 de noviembre
STS 9794/1990, de 27 de diciembre
STS 9344/1991, de 8 de marzo
STS 2509/1991, de 16 de mayo
STS 10038/1991, de 17 de junio
STS 6353/1991, de 18 de noviembre
STS 523/1992, de 28 de enero
STS 613/1992, de 30 de enero
STS 8943/1992, de 9 de diciembre
STS 9144/1992, de 16 de diciembre
STS 1289/1993, de 6 de marzo
STS 3374/1993, de 26 de mayo
STS 3509/1993, de 31 de mayo
STS 7195/1993, de 27 de octubre
STS 7523/1993, de 9 de noviembre
STS 8258/1993, de 1 de diciembre
STS 8429/1993, de 7 de diciembre
STS 8845/1993, de 16 de diciembre
STS 290/1994, de 27 de enero
STS 567/1994, de 4 de febrero
STS 5568/1994, de 19 de julio
STS 21015/1994, de 4 de octubre

STS 22492/1994, de 4 de octubre
STS 13683/1994, de 13 de octubre
STS 6788/1994, de 22 de octubre
STS 17787/1994, de 7 de diciembre
STS 7398/1995, de 10 de marzo
STS 7517/1995, de 30 de marzo
STS 9723/1995, de 19 de abril
STS 8559/1995, de 5 de mayo
STS 5159/1995, de 18 de octubre
STS 195/1996, de 19 de enero
STS 386/1996, de 26 de enero
STS 1883/1996, de 27 de marzo
STS 2401/1996, de 22 de abril
STS 3068/1996, de 21 de mayo
STS 3180/1996, de 24 de mayo
STS 4348/1996, de 13 de julio
STS 6646/1996, de 25 de noviembre
STS 7391/1996, de 20 de diciembre
STS 7647/1996, de 30 de diciembre
STS 602/1997, de 1 de febrero
STS 2611/1997, de 15 de abril
STS 3613/1997, de 23 de mayo
STS 8103/1997, de 29 de mayo
STS 3855/1997, de 31 de mayo
STS 3920/1997, de 3 de junio
STS 5328/1997, de 29 de julio
STS 6202/1997, de 20 de octubre
STS 8019/1997, de 29 de diciembre
STS 410/1998, de 26 de enero
STS 1782/1998, de 16 de marzo
STS 2434/1998, de 15 de abril
STS 4144/1998, de 22 de junio

STS 4147/1998, de 22 de junio
STS 5644/1998, de 6 de octubre
STS 7036/1998, de 25 de noviembre
STS 7098/1998, de 27 de noviembre
STS 171/1999, de 20 de enero
STS 519/1999, de 30 de enero
STS 891/1999, de 11 de febrero
STS 2169/1999, de 29 de marzo
STS 2921/1999, de 30 de abril
STS 4100/1999, de 10 de junio
STS 4924/1999, de 9 de julio
STS 6254/1999, de 11 de octubre
STS 7434/1999, de 23 de noviembre
STS 8509/1999, de 28 de diciembre
STS 16/2000, de 10 de enero
STS 613/2000, de 1 de febrero
STS 1486/2000, de 26 de febrero
STS 1509/2000, de 28 de febrero
STS 2756/2000, de 4 de abril
STS 3415/2000, de 24 de abril
STS 3694/2000, de 5 de mayo
STS 4321/2000, de 29 de mayo
STS 4837/2000, de 13 de junio
STS 5194/2000, de 26 de junio
STS 6530/2000, de 19 de septiembre
STS 8284/2000, de 15 de noviembre
STS 8485/2000, de 21 de noviembre
STS 9143/2000, de 12 de diciembre
STS 9729/2000, de 29 de diciembre
STS 271/2001, de 22 de enero
STS 2076/2001, de 15 de marzo
STS 3505/2001, de 30 de abril

STS 3556/2001, de 30 de abril
STS 4136/2001, de 21 de mayo
STS 5951/2001, de 9 de julio
STS 6461/2001, de 20 de julio
STS 7695/2001, de 9 de octubre
STS 8210/2001, de 24 de octubre
STS 8468/2001, de 30 de octubre
STS 8611/2001, de 6 de noviembre
STS 9338/2001, de 29 de noviembre
STS 9732/2001, de 12 de diciembre
STS 10160/2001, de 21 de diciembre
STS 678/2002, de 5 de febrero
STS 708/2002, de 5 de febrero
STS 949/2002, de 13 de febrero
STS 1076/2002, de 18 de febrero
STS 1396/2002, de 27 de febrero
STS 1698/2002, de 11 de marzo
STS 1928/2002, de 18 de marzo
STS 1993/2002, de 20 de marzo
STS 3333/2002, de 13 de mayo
STS 4231/2002, de 11 de junio
STS 4366/2002, de 14 de junio
STS 5060/2002, de 8 de julio
STS 5787/2002, de 6 de septiembre
STS 5973/2002, de 19 de septiembre
STS 6018/2002, de 21 de septiembre
STS 6712/2002, de 14 de octubre
STS 7395/2002, de 7 de noviembre
STS 7414/2002, de 8 de noviembre
STS 7460/2002, de 11 de noviembre
STS 8106/2002, de 3 de diciembre
STS 8855/2002, de 26 de diciembre

STS 8596/2003, de 20 de enero
STS 488/2003, de 29 de enero
STS 1379/2003, de 28 de febrero
STS 1690/2003, de 12 de marzo
STS 4199/2003, de 17 de junio
STS 4548/2003, de 28 de junio
STS 4818/2003, de 8 de julio
STS 5258/2003, de 22 de julio
STS 5692/2003, de 24 de septiembre
STS 6100/2003, de 7 de octubre
STS 6444/2003, de 20 de octubre
STS 7048/2003, de 11 de noviembre
STS 7591/2003, de 28 de noviembre
STS 8288/2003, de 19 de diciembre
STS 128/2004, de 19 de enero
STS 609/2004, de 4 de febrero
STS 1108/2004, de 20 de febrero
STS 1460/2004, de 4 de marzo
STS 2185/2004, de 30 de marzo
STS 5245/2004, de 16 de julio
STS 5256/2004, de 16 de julio
STS 5395/2004, de 20 de julio
STS 6183/2004, de 5 de octubre
STS 7224/2004, de 10 de noviembre
STS 7479/2004, de 18 de noviembre
STS 7773/2004, de 30 de noviembre
STS 7842/2004, de 2 de diciembre
STS 131/2005, de 19 de enero
STS 629/2005, de 4 de febrero
STS 1041/2005, de 21 de febrero
STS 1387/2005, de 7 de marzo
STS 1407/2005, de 8 de marzo

STS 2756/2005, de 29 de abril
STS 2986/2005, de 11 de mayo
STS 3390/2005, de 26 de mayo
STS 3700/2005, de 8 de junio
STS 3737/2005, de 9 de junio
STS 4129/2005, de 22 de junio
STS 4386/2005, 30 de junio
STS 5070/2005, de 21 de julio
STS 5385/2005, de 20 de septiembre
STS 5898/2005, de 5 de octubre
STS 6243/2005, de 18 de octubre
STS 6277/2005, de 19 de octubre
STS 6490/2005, de 25 de octubre
STS 6566/2005, de 27 de octubre
STS 6913/2005, de 11 de noviembre
STS 6941/2005, de 15 de noviembre
STS 6983/2005, de 17 de noviembre
STS 8036/2005, de 26 de diciembre
STS 57/2006, de 13 de enero
STS 1303/2006, de 14 de febrero
STS 1489/2006, de 21 de febrero
STS 1280/2006, de 2 de marzo
STS 1543/2006, de 2 de marzo
STS 1741/2006, de 15 de marzo
STS 1817/2006, de 27 de marzo
STS 3136/2006, de 22 de mayo
STS 3202/2006, de 22 de mayo
STS 6185/2006, de 21 de julio
STS 5683/2006, de 8 de septiembre
STS 6952/2006, de 27 de octubre
STS 6903/2006, de 30 de octubre
STS 6994/2006, de 13 de noviembre

STS 7495/2006, de 21 de noviembre
STS 8452/2006, de 1 de diciembre
STS 8427/2006, de 5 de diciembre
STS 845/2007, de 23 de enero
STS 462/2007, de 26 de enero
STS 2253/2007, de 9 de marzo
STS 2102/2007, de 22 de marzo
STS 2511/2007, de 2 de abril
STS 3285/2007, de 18 de mayo
STS 3604/2007, de 30 de mayo
STS 3932/2007, de 4 de junio
STS 4835/2007, de 4 de julio
STS 4994/2007, de 4 de julio
STS 5290/2007, de 13 de julio
STS 5274/2007, de 20 de julio
STS 6186/2007, de 14 de septiembre
STS 6401/2007, de 21 de septiembre
STS 6627/2007, de 28 de septiembre
STS 6796/2007, de 4 de octubre
STS 6498/2007, de 10 de octubre
STS 6914/2007, de 31 de octubre
STS 7472/2007, de 2 de noviembre
STS 8109/2007, de 12 de noviembre
STS 7228/2007, de 15 de noviembre
STS 7808/2007, de 16 de noviembre
STS 8018/2007, de 4 de diciembre
STS 678/2008, de 15 de enero
STS 590/2008, de 25 de enero
STS 1692/2008, de 8 de abril
STS 2443/2008, de 25 de abril
STS 3137/2008, de 22 de mayo
STS 2890/2008, de 5 de junio

STS 3691/2008, de 12 de junio
STS 3350/2008, de 13 de junio
STS 4465/2008, de 19 de junio
STS 3754/2008, de 27 de junio
STS 4003/2008, de 7 de julio
STS 4337/2008, de 10 de julio
STS 5019/2008, de 25 de septiembre
STS 6002/2008, de 31 de octubre
STS 5966/2008, de 13 de noviembre
STS 6637/2008, de 17 de noviembre
STS 6531/2008, de 21 de noviembre
STS 6634/2008, de 3 de diciembre
STS 6966/2008, de 12 de diciembre
STS 7278/2008, de 16 de diciembre
STS 7271/2008, de 19 de diciembre
STS 31/2009, de 2 de enero
STS 79/2009, de 7 de enero
STS 920/2009, de 29 de enero
STS 616/2009, de 2 de febrero
STS 416/2009, de 5 de febrero
STS 610/2009, de 12 de febrero
STS 918/2009, de 12 de febrero
STS 959/2009, de 17 de febrero
STS 609/2009, de 24 de febrero
STS 962/2009, de 26 de febrero
STS 1162/2009, de 4 de marzo
STS 1491/2009, de 5 de marzo
STS 1103/2009, de 13 de marzo
STS 2951/2009, de 30 de abril
STS 3317/2009, de 11 de mayo
STS 4188/2009, de 22 de mayo
STS 3930/2009, de 27 de mayo

STS 3656/2009, de 1 de junio
STS 4156/2009, de 17 de junio
STS 4628/2009, de 18 de junio
STS 4841/2009, de 22 de junio
STS 5228/2009, de 29 de junio
STS 4964/2009, de 7 de julio
STS 4851/2009, de 14 de julio
STS 5272/2009, de 16 de julio
STS 5144/2009, de 23 de julio
STS 5233/2009, de 24 de julio
STS 5096/2009, de 27 de julio
STS 5601/2009, de 11 de septiembre
STS 6230/2009, de 17 de septiembre
STS 5946/2009, de 24 de septiembre
STS 6067/2009, de 29 de septiembre
STS 6823/2009, de 15 de octubre
STS 6880/2009, de 23 de octubre
STS 6940/2009, de 26 de octubre
STS 8261/2009, de 29 de octubre
STS 6953/2009, de 5 de noviembre
STS 6734/2009, de 9 de noviembre
STS 7717/2009, de 25 de noviembre
STS 7131/2009, de 26 de noviembre
STS 7245/2009, de 30 de noviembre
STS 7242/2009, de 1 de diciembre
STS 7710/2009, de 3 de diciembre
STS 7788/2009, de 11 de diciembre
STS 7783/2009, de 14 de diciembre
STS 8082/2009, de 14 de diciembre
STS 8427/2009, de 22 de diciembre
STS 8484/2009, de 23 de diciembre
STS 8300/2009, de 28 de diciembre

STS 8414/2009, de 29 de diciembre
STS 8428/2009, de 30 de diciembre
STS 992/2010, de 8 de enero
STS 1501/2010, de 21 de enero
STS 341/2010, de 22 de enero
STS 301/2010, de 25 de enero
STS 279/2010, de 27 de enero
STS 303/2010, de 28 de enero
STS 551/2010, de 28 de enero
STS 344/2010, de 29 de enero
STS 306/2010, de 4 de febrero
STS 895/2010, de 5 de febrero
STS 307/2010, de 10 de febrero
STS 642/2010, de 10 de febrero
STS 913/2010, de 22 de febrero
STS 1148/2010, de 23 de febrero
STS 1826/2010, de 3 de marzo
STS 1157/2010, de 8 de marzo
STS 1539/2010, de 8 de marzo
STS 1305/2010, de 18 de marzo
STS 1872/2010, de 22 de marzo
STS 1738/2010, de 24 de marzo
STS 1751/2010, de 21 de abril
STS 2797/2010, de 23 de abril
STS 2115/2010, de 27 de abril
STS 2120/2010, de 29 de abril
STS 2759/2010, de 3 de mayo
STS 2534/2010, de 7 de mayo
STS 2499/2010, de 12 de mayo
STS 2563/2010, de 14 de mayo
STS 2745/2010, de 18 de mayo
STS 2500/2010, de 19 de mayo

STS 2555/2010, de 20 de mayo
STS 3534/2010, de 24 de mayo
STS 2902/2010, de 28 de mayo
STS 3075/2010, de 2 de junio
STS 3561/2010, de 7 de junio
STS 2903/2010, de 8 de junio
STS 3094/2010, de 15 de junio
STS 4228/2010, de 21 de junio
STS 3878/2010, de 6 de julio
STS 4707/2010, de 17 de septiembre
STS 4643/2010, de 21 de septiembre
STS 5119/2010, de 22 de septiembre
STS 6648/2010, de 10 de noviembre
STS 6025/2010, de 11 de noviembre
STS 6215/2010, de 24 de noviembre
STS 6474/2010, de 1 de diciembre
STS 6816/2010, de 2 de diciembre
STS 7333/2010, de 22 de diciembre
STS 905/2011, de 22 de febrero
STS 907/2011, de 25 de febrero
STS 1645/2011, de 10 de marzo
STS 1809/2011, de 22 de marzo
STS 2888/2011, de 5 de abril
STS 2853/2011, de 16 de abril
STS 3759/2011, de 15 de junio
STS 4323/2011, de 23 de junio
ATS 8958/2001, 14 de diciembre

Sala de lo Civil

STS 2180/1999, de 29 de marzo

IV) Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica)

V) Resoluciones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Sentencia de 7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006)

Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (expediente 2291-2007)

Sentencia de 30 de octubre de 2008 (expediente 2731-2008)