

CUADERNOS DE ESTUDIOS JUDICIALES
"RAFAEL ALVARADO MANZANO"

Los medios de prueba

Luis Alfredo de Diego Diez

MEDIOS DE PRUEBA EN PROCESO PENAL

Luis Alfredo de Diego Diez
Magistrado y Doctor en Derecho

Ejemplar gratuito.

Reservados todos los derechos. Se prohíbe su reproducción total o parcial. Los autores son responsables de las opiniones manifestadas, las que no comprometen a las entidades auspiciadoras.

© *Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras* Corte Suprema de Justicia de Honduras Agencia Española de Cooperación Internacional Consejo General del Poder Judicial de España

ISBN: 99926 - 653 - 3 - 7

Tegucigalpa, Honduras- Agosto 2001
Impreso en LITOCOM, S de RL de CV

PRESENTACIÓN

Dentro de la labor de divulgación del nuevo Código Procesal Penal y con el propósito, además, de que ese instrumento jurídico sea conocido no solamente en cuanto a la mera normativa, sino que en estudios doctrinarios que ayuden a la interpretación de la misma, la Corte Suprema de Justicia con la ayuda generosa de la Agencia Española de Cooperación Internacional y del Consejo General del Poder Judicial de España, está publicando una serie de cuadernos judiciales en las que se desarrollan temas específicos de la ciencia procesal penal, las que serán puestas en manos de los operadores de la Justicia con el fin de que, estudiándolas, puedan desempeñarse de manera más eficiente.

Se ha dispuesto que esta serie de cuadernos judiciales lleve el nombre de don Rafael Alvarado Manzano, insigne jurisconsulto hondureño que vivió entre los siglos XIX y XX. "De origen bien modesto, creció compartiendo con los libros las estrecheces de su hogar". Recorrió toda la jerarquía del Poder Judicial, desde Juez de Paz hasta Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; fue Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Rector de la Universidad Nacional, en varias ocasiones; llegó a Diputado al Congreso Nacional, del cual fue Presidente; desempeñó varias Secretarías de Estado; cuando ejerció la profesión de abogado "gozó de merecida fama por su competencia, moralidad y rectitud"; y en el ejercicio de la cátedra, a nivel secundario y en la Universidad, hizo gala de la profundidad de sus conocimientos y de su capacidad para transmitirlos. En su bellísimo artículo "Abogacía" publicado en "Honduras Literaria", nos dejó estas sabias enseñanzas:

"Empero, si todo esto es cierto, si la Abogacía es el apoyo del débil contra el fuerte, si por ella se deslindan debidamente los derechos de cada uno, se imparte la justicia, guardándose toda la igualdad que ella implica, y por SU medio se conserva la armonía entre los individuos, la paz entre las familias y el orden en la

sociedad y hasta entre las naciones; también es cierto que para que proporcione los eminentes beneficios anotados, y para que brille con todos los esplendores de sus virtuales excelencias, debe reunir en su ejercicio dos condiciones absolutamente indispensables: la probidad y la ciencia". "Los abogados que ejercen su profesión sin la honradez, sin la integridad y rectitud que demanda su delicada misión, y que exige la confianza que en ello se deposita; en vez de ser amigos y protectores de la humanidad, se convierten en encarnizados enemigos".

"Mas, aunque supongamos en los Letrados las más rectas intenciones y la más acrisolada virtud profesional, poco o nada adelantaría la sociedad, si la toga no fuese realmente el signo representativo de la verdadera ciencia; sin ésta, los extravíos y aberraciones, serían de otra índole, pero siempre aberraciones, y por lo mismo, los intereses sociales estarían siempre expuestos a las consecuencias de la oscuridad, de la confusión y del desconcierto, consecuencias que no deben aceptarse, aunque vengan presididas por la mejor buena fe".

Tegucigalpa, abril de 2001.

Miguel Ángel Rivera Portillo Presidente de la Corte
Suprema de Justicia

ÍNDICE

MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

| | |
|--|----|
| 1.- CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA PENAL..... | 1 |
| 1.1.- Concepto de prueba. Sus notas esenciales..... | 1 |
| 1.1.1.- La actividad probatoria, salvo excepciones, incumbe a las partes | 1 |
| 1.1.2.- Finalidad de la prueba: lograr la convicción del Tribunal sobre los hechos afirmados..... | 2 |
| 1.1.3.- La actividad probatoria recae exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes..... | 3 |
| 1.1.4.- La prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial e institucionalmente dotado de independencia..... | 5 |
| 1.1.5.- Sólo hay prueba bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad | 6 |
| 1.1.6.- La evidencia no puede obtenerse a cualquier precio: pruebas prohibidas e ilícitas | 7 |
| 1.2.- El aseguramiento de la prueba: prueba anticipada y preconstituida..... | 9 |
| 1.2.1.- Requisito material: la irrepetibilidad del hecho..... | 10 |
| 1.2.1.1.-Pruebas expuestas a posibles contaminaciones | 11 |
| 1.2.1.2.-Pruebas expuestas a deterioro..... | 13 |
| 1.2.1.3.-Pruebas no reproducibles | 13 |
| 1.2.1.4.-Pruebas incompatibles con la concentración del debate | 16 |
| 1.2.2.- Requisito subjetivo: la independencia del órgano que interviene la prueba. Su posible excepción en la prueba preconstituida..... | 17 |
| 1.2.3.- Requisito objetivo: la vigencia del principio de contradicción. Su posible excepción en la prueba preconstituida..... | 19 |
| 1.2.4.- Requisito formal: la lectura de documentos | 20 |
| 1.3.- Objeto, carga y valoración de la prueba..... | 21 |
| 1.3.1.- Objeto: pertinencia y otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas..... | 21 |
| 1.3.2.- Carga de la prueba..... | 24 |
| 1.3.3.-Valoración de la prueba..... | 25 |

1.4.- La prueba por indicios 26

| | |
|--|-----------|
| 1.4.- La prueba por indicios | 26 |
| 1.4.1.- Indicio, presunción y prueba indiciaría..... | 26 |
| 1.4.1.1.-Indicio..... | 26 |
| 1.4.1.2.-Presunción..... | 27 |
| 1.4.2.-Valor probatorio..... | 27 |
| 1.4.2.1.-La presunción de inocencia..... | 27 |
| 1.4.2.2.-Los requisitos de la prueba indiciaría..... | 28 |
| 1.4.3.-Los contraindicios..... | 38 |
| 1.4.4.- Clasificación de los indicios..... | 39 |
| 1.4.4.1.-Indicios de capacidad física | 40 |
| 1.4.4.2.-Indicios de capacidad moral..... | 40 |
| 1.4.4.3.-Indicios relativos al móvil..... | 40 |
| 1.4.4.4.-Indicios de oportunidad | 40 |
| 1.4.4.5.-Indicios de manifestación..... | 40 |
| 1.4.4.6.-Indicios de huellas materiales..... | 42 |
| 1.4.4.7.-El <i>modus operandi</i> | 42 |
| 2.-DETERMINACIÓN DEL SUJETO PASIVO RELACIONADO | |
| CON EL DELITO: LA IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO..... | 43 |
| 2.1.- Identificación del imputado | 43 |
| 2.2.- Identificación fotográfica... .. | 44 |
| 2.2.1.- Es un medio legítimo de investigación | 44 |
| 2.2.2.- La exhibición no debe limitarse únicamente a la fotografía del sospechoso..... | 45 |
| 2.2.3.- Carece, por sí sola, de valor probatorio..... | 45 |
| 2.2.4.- El reconocimiento fotográfico no contamina ni erosiona la práctica de posteriores reconocimientos en rueda o en el acto del juicio oral | 46 |
| 2.2.4.1.-Validez de las ulteriores identificaciones | 47 |
| 2.2.4.2.-Eficacia de las ulteriores identificaciones..... | 48 |
| 2.2.5.- Fotografías obtenidas en el lugar de los hechos..... | 49 |
| 2.3.- Identificación mediante vídeos..... | 50 |
| 2.3.1.-Vídeos grabados en lugares públicos | 51 |
| 2.3.2.- Validez como medio de prueba | 53 |
| 2.4.- El reconocimiento de personas en rueda | 55 |
| 2.4.1.-Garantías en su práctica..... | 55 |
| 2.4.2.- ¿Posición estática o en movimiento? | 56 |
| 2.4.3.-A presencia judicial | 57 |

| | |
|---|----|
| 2.4.4.- Asistencia e intervención de letrado defensor..... | 57 |
| 2.4.4.1.-Ausencia de protestas por parte del letrado: conformidad con la regularidad del procedimiento..... | 57 |
| 2.4.4.2.-Ausencia de letrado: minimización de sus Consecuencias | 59 |
| 2.4.5.- Entre personas de características físicas semejantes | 60 |
| 2.4.5.1.-Circunstancias exteriores semejantes | 61 |
| 2.4.5.2.-Han de constar los nombres y apellidos de quienes, hubiesen formado la rueda..... | 64 |
| 2.4.5.3.-Número de integrantes de la rueda..... | 64 |
| 2.4.6.- Documentación de las circunstancias del acto..... | 64 |
| 2.4.7.- Identificación del imputado por separado si fueren varios testigos..... | 65 |
| 2.4.8.- El reconocimiento compulsivo del imputado | 66 |
| 2.5.- Identificación por la voz..... | 67 |
| 2.6.- Identificación a partir de los marcadores de ADN..... | 69 |
| 2.7.- La prueba dactiloscópica | 71 |
| 2.7.1.- Naturaleza | 71 |
| 2.7.1.1.-Pericial..... | 71 |
| 2.7.1.2.-Indiciaría..... | 72 |
| 2.7.2.- Valor como medio de identificación..... | 81 |
| 2.7.2.1.-Fiabilidad de la prueba dactiloscópica como prueba de cargo..... | 81 |
| 2.7.2.2.-Su limitada aplicación como prueba de descargo..... | 82 |
| 2.7.2.3.-Eficacia: inmediatez en la toma de muestras..... | 85 |
| 2.7.3.- Garantías en su obtención y empleo..... | 86 |
| 2.7.3.1.-De la toma de huellas dactilares en el lugar del crimen..... | 86 |
| 2.7.3.2.-Levantamiento del acta de inspección ocular..... | 87 |
| 2.7.3.3.-Conservación de las piezas de convicción para el juicio oral..... | 87 |
| 2.7.3.4.-Ratificación del informe dactiloscópico..... | 93 |
| 3.-OTROS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN Y DE PRUEBA..... | 94 |
| 3.1.- Declaración del imputado | 94 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.1.- El « <i>status</i> » de imputado | 94 |
| 3.1.2.- El interrogatorio del imputado | 96 |
| 3.1.2.1.-La exhortación a decir verdad | 96 |
| 3.1.2.2.-Las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes | 97 |
| 3.1.2.3.-Valor de las manifestaciones espontáneas hechas por el detenido sin presencia de su defensor..... | 97 |
| 3.1.2.4.-La suspensión del Interrogatorio para que el Imputado recupere la serenidad..... | 99 |
| 3.1.3.-Valoración de las retractaciones y contradicciones entre lo declarado en la instrucción y en el juicio oral | 99 |
| 3.1.4.- Las pruebas científicas detectoras de la verdad..... | 100 |
| 3.2.- El testimonio de los coimputados | 104 |
| 3.2.1.-Naturaleza jurídica..... | 104 |
| 3.2.2.-Su valor probatorio..... | 106 |
| 3.2.2.1.-Personalidad del delincuente delator..... | 107 |
| 3.2.2.2.-Relaciones precedentes con el designado como copartícipe..... | 108 |
| 3.2.2.3.-Declaraciones precisas, claras y contundentes..... | 108 |
| 3.2.2.4.-Móviles espurios..... | 109 |
| 3.2.2.5.-Ánimo de autoexculpación..... | 110 |
| 3.2.2.6.- La coherencia lineal de las declaraciones | 112 |
| 3.3.- La diligencia de inspección del lugar de los hechos..... | 114 |
| 3.3.1.-Contenido y finalidad..... | 114 |
| 3.3.2.-Momento procesal..... | 115 |
| 3.3.3.- Eficacia probatoria | 115 |
| 3.3.4.- Reconstrucción de los hechos | 116 |
| 3.4.- La autopsia | 118 |
| 3.4.1.-La decisión sobre la práctica de la autopsia..... | 118 |
| 3.4.2.- Intervinientes y lugar en que se practica | 119 |
| 3.5.- Los documentos en el proceso penal | 119 |
| 3.5.1.-Aproximación al tema | 119 |
| 3.5.2.- Concepto de documento a efectos penale..... | 120 |
| 3.6.- Declaración del ofendido | 123 |

| | |
|---|------------|
| 3.6.1.- Concepto de ofendido | 123 |
| 3.6.2.- Posición del ofendido en el proceso. | |
| Valoración de su declaración..... | 123 |
| 3.7.- Declaraciones testificales | 125 |
| 3.7.1.- Delimitaciones conceptuales..... | 125 |
| 3.7.1.1.-El agente encubierto..... | 126 |
| 3.7.1.2.-El agente provocador. | 129 |
| 3.7.1.3.-Los confidentes policiales..... | 130 |
| 3.7.1.4.-Testigo de referencia..... | 132 |
| 3.7.2.- La declaración del testigo como deber. | 133 |
| 3.7.2.1.-Exenciones | 133 |
| 3.7.2.2.-Dispensas | 134 |
| 3.7.3.- Llamamiento a los testigos | 138 |
| 3.7.3.1.-Forma de realizar la citación..... | 138 |
| 3.7.3.2.-Supuestos especiales | 138 |
| 3.7.3.3.-Forma de practicarse la declaración | 140 |
| 3.7.4.- Protección de testigos y peritos | 141 |
| 3.8.- El careo | 142 |
| 3.8.1.- Concepto y regulación | 142 |
| 3.8.2.- Excepcionalidad y subsidiariedad del careo | 143 |
| 3.8.3.- Forma de realizarse el careo | 144 |
| 3.9.- Informes periciales | 144 |
| 3.9.1.- El perito..... | 145 |
| 3.9.1.1.-Concepto | 145 |
| 3.9.1.2.-Obligaciones y derechos del perito..... | 145 |
| 3.9.1.3.-Número de peritos que ha de practicar la pericia..... | 146 |
| 3.9.2.-Dictamen pericial | 146 |
| 3.9.2.1.-Nombramiento de peritos | 146 |
| 3.9.2.2.-Abstención y recusación de peritos..... | 147 |
| 3.9.2.3.-Reconocimiento pericial..... | 148 |
| 3.9.2.4.-Contenido del informe | 148 |
| 4.-MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS | |
| FUNDAMENTALES..... | 151 |
| 4.1.- El allanamiento de morada..... | 151 |
| 4.1.1.- El concepto constitucional de domicilio | 151 |
| 4.1.1.1.-Es instrumental del derecho a la vida privada | 151 |
| 4.1.1.2.-Es un concepto funcional..... | 151 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.1.3.-Exclusión de los lugares abiertos al público..... | 154 |
| 4.1.2.- Lugares asimilados al domicilio | 156 |
| 4.1.2.1.-Las habitaciones de hoteles, posadas y fondas..... | 156 |
| 4.1.2.2- Las «roulottes» o autocaravanas y las tiendas de campaña..... | 157 |
| 4.1.3.- Los presupuestos para el allanamiento de domicilios y lugares asimilados | 159 |
| 4.1.3.1.-El consentimiento del titular..... | 160 |
| 4.1.3.2.-Los supuestos de delito flagrante..... | 165 |
| 4.1.3.3.-Razones de urgencia: el allanamiento por motivos asistenciales | 167 |
| 4.1.3.4.-Resolución judicial..... | 168 |
| 4.2.- La Intervención de las comunicaciones personales | 178 |
| 4.2.1.- Presupuestos comunes a cualquier intervención..... | 178 |
| 4.2.1.1.-Necesidad de la medida..... | 178 |
| 4.2.1.2.-Proporcionalidad de la medida con el fin perseguido: la gravedad de la infracción penal..... | 178 |
| 4.2.1.3.-Carácter excepcional..... | 179 |
| 4.2.2.- Las modalidades de intervención de las comunicaciones personales..... | 179 |
| 4.2.3.- Órgano competente para adoptar las medidas..... | 180 |
| 4.2.4.- Interceptación de la correspondencia..... | 180 |
| 4.2.4.1.-La detención de la correspondencia..... | 180 |
| 4.2.4.2.-La apertura y examen de la correspondencia | 181 |
| 4.2.5.- Intervención de las comunicaciones..... | 181 |
| 4.2.5.1.-Comunicaciones que pueden ser observadas..... | 181 |
| 4.2.5.2.-La resolución judicial y las demás condiciones de la injerencia..... | 182 |
| 4.2.5.3.-El desarrollo de la medida..... | 185 |
| 4.3.- Intervenciones corporales y diligencias afines..... | 188 |
| 4.3.1.- Los derechos fundamentales afectados..... | 188 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.1.1.-El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumano degradante..... | 188 |
| 4.3.1.2.-El derecho a la Integridad física, psíquica moral..... | 191 |
| 4.3.1.3.-El derecho a la libertad ambulatoria | 192 |
| 4.3.1.4.-El derecho a la intimidad personal | 193 |
| 4.3.2.- Cacheos y registros personales | 194 |
| 4.3.3.- Exámenes corporales y extracción de muestras..... | 196 |
| 4.3.3.1.-Fin constitucionalmente legítimo | 197 |
| 4.3.3.2.-Principio de legalidad..... | 197 |
| 4.3.3.3.-Jurisdiccionalidad..... | 198 |
| 4.3.3.4.-Motivación de la resolución judicial | 199 |
| 4.3.3.5.-Principio de proporcionalidad..... | 199 |
| 4.3.3.6.-Otras exigencias específicas | 200 |
| 5-BIBLIOGRAFÍA..... | 202 |

1.- CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA PENAL

1.1 CONCEPTO DE PRUEBA. SUS NOTAS ESENCIALES

Por actos de prueba cabe entender 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⁽¹⁾Claro es que, para que esa actividad tenga validez y eficacia como prueba, debe ser intervenida por un órgano jurisdiccional, bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, y con respeto a las garantías constitucionales relativas a los derechos individuales (arts. 65 y ss. CPH).

Del anterior concepto se derivan algunas notas esenciales:

1.1 .1.- La actividad probatoria, salvo excepciones, incumbe a las partes

Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium. Como consecuencia de la vigencia del principio de *aportación*, consustancial al sistema acusatorio, a las partes les corresponde determinar el objeto del proceso, tanto en su aspecto fáctico (hechos que han de ser enjuiciados) como subjetivo (persona a quien se va a enjuiciar).

Pero el principio de aportación va más allá: no sólo consiste en aportar los hechos al formalizar la acusación (Art. 301 CPP) o al ampliarla (Art. 321 CPP), sino también en proponer las pruebas de que las partes intenten valerse para acreditar sus afirmaciones (arts. 317 y 333 CPP) e intervenir en su práctica, interrogando o conainterrogando al acusado (Art. 323 CPP), peritos (Art. 326 CPP) y testigos (Art. 330 CPP). Por contra, el Tribunal de Sentencia no puede, de oficio (y a salvo las excepcionales diligencias para mejor proveer), practicar prueba alguna en el juicio oral: «Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes» (Art. 333 CPP); aunque sí podrá el Tribunal intervenir activamente en las propuestas por las partes.

Claro es que, en el enjuiciamiento criminal, los órganos judiciales vienen obligados, en buena medida, a descubrir la verdad histórica o material -no necesariamente coincidente con la verdad formal que las partes pudieran presentar-. En el proceso penal -por regla general- los hechos no pueden quedar fijados en sentencia por

(1)

Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, págs. 371 y ss.

fijados en sentencia por voluntad de las partes, sino como consecuencia del resultado de la prueba⁽²⁾. De ahí que, singularmente durante las sesiones del juicio oral, entre en juego igualmente el principio de *investigación oficial* como elemento corrector del principio de aportación.

A título de ejemplo, y como proyecciones concretas del principio de investigación oficial, encontramos en el nuevo Código Procesal Penal las siguientes:

- a) Las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba. No se trata de una fase que sólo pueda llevarse a efecto a instancia de parte. Si no hubiera conformidad (Art. 322), el Tribunal, de oficio, debe abrir las sesiones del juicio oral (Art. 319).
- b) Los miembros del Tribunal de Sentencia tienen facultades para intervenir activamente en las pruebas, interrogando al imputado (Art. 323.11, *in finé*), peritos (Art. 326.III, *in fine*) y testigos (Art. 330.11).
- c) El Tribunal tiene a su disposición la prueba documental para examinarla de oficio (Art. 311, penúltimo párrafo).
- d) El Tribunal podrá, de oficio, practicar diligencias para mejor proveer. Se faculta al órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de aquellos «elementos de prueba» que, teniendo una singular relevancia en la definición del proceso (esto es, en la determinación de los hechos, su autor o sus circunstancias), habían sido hasta entonces desconocidos (Art. 333).

1.1.2.- Finalidad de la prueba: lograr la convicción del Tribunal sobre los hechos afirmados

La finalidad de los medios de prueba, nos dice el Artículo 198 del Código Procesal Penal, «es el establecimiento de la verdad». Claro es que, en un Estado de Derecho, quienes tienen la facultad constitucional de «determinar» cuál sea la verdad son los órganos de la Administración de Justicia (arts. 89, 90, 94, 303 y concordantes de la CPH); más concretamente, en el ámbito de la jurisdicción penal, dicha facultad se reserva a los órganos judiciales encargados del enjuiciamiento criminal (arts. 54 y ss. CPP).

(2)

Una excepción a esta regla puede encontrarse en la conformidad del acusado prevista en el Artículo 322 del Código Procesal Penal. Según este precepto, el consenso de voluntades acusación-defensa (integrada ésta última por el defensor y el acusado), puede vincular al Tribunal a dictar sentencia de estricta conformidad con el escrito de acusación (el inicial o el presentado «a la baja» en ese momento procesal).

Ello significa que, sin pruebas ni debates, el juzgador habría de asumir como ciertos los hechos relatados por la acusación. No obstante, quedará desvinculado de la conformidad y podrá ordenar la prosecución del juicio si, a partir de los hechos relatados en el escrito de acusación, estimase el Tribunal que concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) que tales hechos son atípicos; b) que de ellos se desprende alguna eximente no apreciada por las partes (o, por extensión *favor rei*, alguna otra circunstancia que beneficie y atenúe el marco jurídico aplicado al acusado: grado de participación o de ejecución más favorable, concurrencia de circunstancias atenuantes, causas de exclusión de la pena, etc.); o c) que la petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal.

Podemos, pues, afirmar que la prueba tiene como finalidad convencer al Tribunal enjuiciador de la existencia o no del hecho punible, con todas sus circunstancias, y de la participación del acusado. Precisamente en ello se diferencian los «actos de prueba» de los «actos de investigación».

Una cosa es averiguar y otra, bien distinta, verificar. La primera de estas actividades pretende «esclarecer los hechos» para que las partes puedan efectuar las afirmaciones acusatorias o defensivas que, después, llevarán al juicio oral. Desde esta perspectiva, el objeto de la «investigación preliminar» consiste en «determinar la existencia del hecho punible y sus circunstancias» (Art. 272 CPP), mediante las diligencias practicadas por la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente.

Pero las diligencias de investigación atienden también a otros objetivos. Aportan al Juez de Letras el juicio de probabilidad suficiente para acordar la suspensión del proceso y la consiguiente aplicación de alguna de las reglas de conducta previstas en el Artículo 37 del Código Procesal Penal; para tomar las decisiones procedentes (detención judicial u otras medidas cautelares) después de que el imputado preste declaración (Art. 292); para decidir -tras la «audiencia inicial»- entre las alternativas del sobreseimiento, la adopción de medidas cautelares o la declaratoria de reo (arts 294 a 297 CPP); y, finalmente, para resolver sobre la apertura del juicio oral (Art. 302 CPP).

Por el contrario, la eficacia jurídica de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia. Bien claro señala el Artículo 342 del Código Procesal Penal que «el Tribunal de Sentencia, tomando como base las alegaciones de las partes y *las pruebas presentadas por éstas en el juicio oral y público*, se pronunciará sobre la culpabilidad del procesado, fijará el hecho o los hechos por los cuales se considera culpable, la calificación de los mismos, determinará el mínimo y el máximo de la pena aplicable [...]».

1.1.3.- La actividad probatoria recae exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes

La prueba tan sólo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa. Singularmente sobre «las acciones u omisiones en que se funda la acción», según el tenor del Artículo 301.1) del Código Procesal Penal.

Excepcionalmente, en los casos de «ampliación de acusación» por revelaciones inesperadas durante las sesiones del juicio (Art. 321 CPP), los elementos de prueba podrán recaer sobre las circunstancias o hechos que hayan surgido *EX NOVO*, siempre que se cumplan dos condiciones: a) que estén «relacionados con

el hecho Objeto del juicio»⁽³⁾ (por ejemplo, una circunstancia agravante)⁽⁴⁾; y b) que tales revelaciones produzcan una alteración sustancial en cuanto al objeto del juicio; o, en términos del ya citado Artículo 321, «que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito»⁽⁵⁾. En estos supuestos, las partes podrán pedir la suspensión del juicio y el imputado tendrá derecho a solicitar que se amplíe su declaración.

Consecuencia de lo anterior es que, la sentencia, para ser congruente, «no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta» (Art. 337 CPP).

Nos encontramos aquí con otra sustancial diferencia entre los «actos de investigación» y los «actos de prueba». En tanto que estos últimos tienen su objeto limitado por un *thema probandi*, propuesto por las partes; los primeros tan sólo exigen la existencia de una *notitia criminis*, que puede ser conocida de oficio o aportada por cualquier persona (sea o no parte), y que en ningún caso impide que la investigación se amplíe a otros hechos delictivos que pudieran irse descubriendo.

Por lo demás, las pruebas de que intenten valerse las partes han de ser propuestas temporáneamente. Sólo se practicará durante las sesiones del juicio la prueba propuesta en el momento procesal oportuno (el previsto por el Art. 317 CPP). Bien claro lo dice el Artículo 333: «Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes.»

Pero esta regla admite dos excepciones. La primera, en lógica concordancia con la posibilidad -antes mencionada- de ampliar la acusación respecto de hechos nuevos «relacionados», revelados durante el juicio; en tal caso, si la «ampliación» exige nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio para su proposición y práctica (Art. 321). Y la segunda, cuando durante el juicio se haya puesto de manifiesto la omisión de un importante elemento de prueba anteriormente desconocido; prueba, esta última, que podrá ordenarse tanto a instancia de parte como de oficio por el Tribunal (Art. 333). Así pues, siempre a instancia de parte, el Tribunal podrá ordenar que se practiquen las pruebas relativas a esos hechos

⁽³⁾ Por el contrario, si se trata de revelaciones de hechos nuevos, independientes, sean o no conexos con el hecho enjuiciado, procede abrir un nuevo proceso para su investigación y enjuiciamiento por separado (Art. 313, último párrafo).

⁽⁴⁾ De tratarse de hechos nuevos pero «independientes» del hecho objeto del juicio, aunque puedan ser conexos con él, no dan lugar a la ampliación de la acusación sino a un nuevo procedimiento para su investigación y enjuiciamiento por separado (Art. 321.V CPP).

⁽⁵⁾ Este mismo precepto «exige» también que las circunstancias o hechos de los que se ha tenido noticia durante el juicio «no hayan sido mencionados en la acusación». Tal requisito es una obviedad y, por tanto, resulta superfluo. Si estamos hablando de hechos novedosos conocidos durante el juicio, mal podían haberse tenido en cuenta en los escritos acusatorios, cronológicamente anteriores a aquél. Y, si fueron ya mencionados en la acusación, difícilmente podríamos afirmar que ha sido «durante» el juicio cuando se ha tenido noticia de tales circunstancias o hechos.

«relacionados» con el objeto del juicio, de los que se ha tenido noticia durante la celebración de éste; y, tanto a petición de parte como de oficio, podrá acordar la práctica de aquellos elementos de prueba que, teniendo una importante incidencia en el resultado del pleito, fueran hasta entonces desconocidos.

1.1.4.- La prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial e institucionalmente dotado de independencia

Entre las garantías judiciales que se relacionan en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), se encuentra la de que «toda persona tiene derecho a ser oído [...] por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial [...]». La propia Constitución hondureña expresa este sentir en los artículos 4 y 303. El primero de ellos, al establecer la división de poderes entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los caracteriza como «complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación». El segundo de los preceptos citados encabeza el Capítulo relativo al Poder Judicial proclamando que «la potestad de impartir justicia [...] se administra [...] por Magistrados y Jueces independientes»⁶. Y, también el nuevo Código Procesal Penal reafirma la independencia del Poder Judicial en su Artículo 7.

No debe confundirse, empero, independencia e imparcialidad. Una aproximación al tema la encontramos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 1989 (*Caso Langborger*) en cuyo § 32 se dice:

[...] Para decidir si un órgano puede ser considerado *independiente*, hay que tener en cuenta, especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus miembros, las garantías existentes contra las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente (véase, entre otras, la sentencia Campbell y Fell de 28 de junio de 1984, Serie A, núm. 80, págs. 39 y 40, apartado 78). En materia de *imparcialidad*, hay que distinguir entre un examen subjetivo, tratando de apreciar la convicción personal de un Juez en determinada ocasión, y otro objetivo para asegurarse de que reúne las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima a este respecto (véase, especialmente, la sentencia De Cubber de 26 de octubre de 1984, Serie A, núm. 86, págs. 13 y 14, apartado 24).

Así las cosas, en el proceso penal diseñado por el nuevo Código, los actos de prueba estarán legitimados -en general- por la inmediatez del Tribunal de Sentencia. Conforme determina el Artículo 336 del Código Procesal Penal, la deliberación y votación

⁽⁶⁾ Incluso establece unas cautelas básicas, no siempre bien administradas, para que los integrantes del Poder Judicial puedan ejercer su función sin temor a presiones externas, sobre todo del Poder Ejecutivo. En este sentido, se prevé que «Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la ley» (Art. 309 CPH).

del Tribunal «sólo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate»; por su parte, el Artículo 342 del mismo texto, sienta la regla de que la actividad decisora del Tribunal de Sentencia ha de tomar necesariamente como base «las pruebas presentadas por [las partes] en el juicio oral y público».

Quiere decirse con ello que, en principio y como regla general, los únicos actos de prueba son los que se practican en los debates del juicio oral, bajo la inmediación del Tribunal y sometidos a contradicción. De tal regla tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba anticipada y preconstituida, déla que trataremos más adelante. En cualquier caso, sí podemos adelantar que, también en estos supuestos, habrá un órgano jurisdiccional (el Juez de Letras) que intervendrá como garante de los derechos individuales y legitimador de la prueba anticipada (*cf.* arts. 256 y 277 CPP).

El Tribunal Constitucional español ha reiterado en innumerables ocasiones esta tesis. A título de ejemplo, la STC 228/1997, de 16 de diciembre (FJ 8), señala que:

[...] Como regla general, por prueba en el proceso penal ha de entenderse exclusivamente la producida en el juicio oral, único acto procesal en el que se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (SSTC 31/ 1981, 154/1990, 51/1995 y 173/1997, entre otras muchas). Sólo como excepción se admite la eficacia probatoria de aquellas actuaciones no producidas en el acto del juicio oral y siempre que resulte imposible su reproducción en el mismo.

En idéntico sentido, la STC 123/1997, de 1 de julio, tras sentar que «sólo debe entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad», añade inmediatamente después: «De dicha regla general sólo han de 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.»

1.1.5.- Sólo hay prueba bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad

La actividad probatoria exige la instauración del contradictorio, por medio de un juicio oral público, en que las partes actúen con *igualdad de armas*. Uno y otro son principios inherentes a la estructura del proceso⁽⁷⁾ es decir, son consustanciales a la idea misma de proceso, de tal suerte que si faltasen podríamos hablar de la existencia de una fórmula autocompositiva, de un mero procedimiento, pero nunca de un proceso⁽⁸⁾

⁽⁷⁾Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamento del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 181 y ss.

⁽⁸⁾Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 292.

Los antiguos brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que hoy suelen enunciarse como que «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio», hacen referencia al principio de contradicción. Éste es, al decir de CALAMANDREI «el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema»⁽⁹⁾.

Desde la perspectiva del derecho de defensa, que es lo que aquí interesa, el derecho a ser oído no supone sólo la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata de que tanto el acusador como el acusado han de poder aportar al proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo (alegaciones) y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes y útiles para probar los hechos por ellos afirmados (prueba)⁽¹⁰⁾.

Por lo demás, el principio de contradicción supone la posibilidad de que las partes intervengan activamente en la práctica de las pruebas propuestas por la contraria. Sólo así cabe hablar de un juicio justo (*fair trial*), con todas las garantías (cfr. Art. 90 CPH). Precisamente la posibilidad de contrainterrogar a quienes rindan su testimonio (como acusado, víctima, testigos o peritos), viene recogida en el Artículo 8.2.f) del Pacto de San José como «una de las garantías mínimas» del proceso penal.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal no sólo ha recogido la contradicción como uno de sus principios informadores (Art. 4), sino que ha proyectado su vigencia concretamente sobre los actos de prueba, tanto la que pueda llevarse a cabo anticipadamente (que posibilita la presencia e intervención del Fiscal y demás partes interesadas «en la forma prevista en el debate»: arts. 256 y 277) como la practicada en el juicio oral.

El principio de igualdad de armas requiere que las partes intervinientes en el proceso tengan los mismos derechos, expectativas y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de privilegios a favor ni desventajas en contra de alguna de ellas. Igualdad en los medios de ataque y defensa de los intervinientes en el proceso penal, cuya realidad efectiva el Código Procesal Penal deja en manos de los Jueces y Magistrados (art. 13).

1.1.6.- La evidencia no puede obtenerse a cualquier precio: pruebas prohibidas e ilícitas

La actividad probatoria sólo puede realizarse a través de la introducción de medios lícitos de prueba. No se trata aquí de rechazar los medios de prueba que no estén expresamente previstos por la ley, puesto que se da la circunstancia de que el Código Procesal

⁽⁹⁾ Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, traducción de Fix Zamudio, Buenos Aires, 1960, pag. 148

⁽¹⁰⁾ Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 141.

Penal se ha alineado con los sistemas de *numerus apertus* en cuanto a medios probatorios. Así, el Artículo 199 autoriza que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso puedan ser demostrados «utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables».

En realidad, lo que quiere ponerse de manifiesto es que la obtención de la prueba y su introducción en el proceso ha de hacerse con escrupuloso respeto hacia los derechos individuales reconocidos en la Constitución (arts. 65 y ss.). Derechos tales como el relativo a la integridad física, psíquica y moral (Art. 68); el derecho a la libertad personal (Art. 69); a la intimidad personal y familiar (Art. 76); a la libertad de deambulaci3n (Art. 84); el de defensa, proclamado como «inviolable» (Art. 82); el derecho a no autoincriminarse (Art. 88) o, sin ánimo exhaustivo, la inviolabilidad del domicilio (Art. 99) y el secreto de las comunicaciones (Art. 100), no pueden en absoluto ser obviados en lo relativo a la validez y eficacia de las pruebas en el proceso penal. Todos ellos sirven como referente y elemento exegético básico para determinar si una determinada prueba ha sido obtenida vulnerando alguno de los derechos individuales y, como tal, da lugar a la prohibici3n de valorar su resultado probatorio.

Aunque al tratar específicamente el tema de las pruebas prohibidas, e ilícitas abundaremos en ello, sí debe ponerse de relieve -desde este momento- la diferencia entre unas y otras. En la práctica forense suelen utilizarse indistinta—pero erróneamente— los términos prueba prohibida y prueba ilícita como si tuvieran idéntico contenido, cuando en realidad entrañan conceptos distintos. La prueba ilícita es la que infringe cualquier ley, no sólo la Constitución del Estado, como norma suprema, sino también las normas infraconstitucionales; por el contrario la prueba prohibida es la que surge con violaci3n de las normas constitucionales o internacionales, tuteladoras de los derechos humanos fundamentales. Prueba ilícita es, pues, un concepto más amplio que engloba, como una concreci3n de aquélla, a la prueba prohibida.

Pero, además, se diferencian por sus efectos. Mientras que las pruebas prohibidas, atentatorias de los derechos individuales, carecen de eficacia y no pueden ser valoradas por el Tribunal sentenciador (Art. 200 CPP), sin que ocasione nulidad procesal alguna; las pruebas ilícitas, por vulneraci3n de la legislaci3n ordinaria, pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones (p. ej., arts. 138, 166, 289 CPP), siempre que no sea posible su subsanaci3n (arts. 9, 171 CPP). Precisamente del tenor del Artículo 200 del Código Procesal Penal se desprende que la carencia de eficacia probatoria, o el ámbito de prohibici3n valorativa, no se extiende a cualquier supuesto de prueba ilícita, sino sólo y exclusivamente a la que vulnere las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte.

1.2.- El aseguramiento de la prueba: Prueba anticipada y preconstituida

Ya hemos visto con anterioridad cómo, en materia probatoria, la regla general es que el Tribunal de Sentencia tan sólo puede fundamentar su resolución en la prueba practicada bajo su inmediación en el juicio oral y público (Art. 342 CPP). Pero también anunciamos que las llamadas pruebas anticipadas y las preconstituidas son una legítima excepción a aquella regla (arts. 256 y 277 CPP).

En efecto, hay ocasiones en que la constatación de ciertos hechos no puede trasladarse al momento de la celebración del juicio oral. La fugacidad de ciertos elementos fácticos (v. gr. el índice de alcoholemia) impiden su reproducción bajo la inmediación del Tribunal de Sentencia en el ulterior juicio oral. Otras veces, lo que resultará imposible o extremadamente difícil será la presentación de una determinada fuente de prueba (p. ej., testigo) ante el Tribunal enjuiciador. Por ello se hace necesario que el Juez de Letras -o, incluso, en contadas ocasiones el Ministerio Público, actuando a prevención- procedan a asegurar ciertas pruebas que, de lo contrario, se perderían irremediabilmente.

Así, en unos casos, la prueba se llevará a cabo directamente bajo la inmediación del Juez de Letras, con estricta observancia de idénticas garantías que las prevenidas para su práctica en el debate del juicio oral (Art. 277.IV CPP). En otras ocasiones, el Juez de Letras tan sólo asegurará las fuentes de prueba, en las que no ha intervenido inmediatamente, para poder después trasladarlas al órgano de enjuiciamiento (v. gr., la custodia de los efectos secuestrados, regulada en el Art. 220 CPP; o el resultado de la intervención de las comunicaciones, a que se refiere el Art. 223 .VI del CPP).

Pese a la dificultad encontrada por algunos autores para distinguir claramente entre pruebas anticipadas y preconstituidas⁽¹¹⁾, GIMENO SENDRA apunta que una y otra se diferencian a tenor del cometido del Juez. Si el Juez es quien practica el acto de prueba, nos encontramos ante un supuesto de prueba anticipada. Si tan sólo custodia o guarda las fuentes de prueba, se trataría de actos de prueba preconstituida⁽¹²⁾.

Dejando a un lado los conceptualismos, lo cierto es que estas pruebas, aun practicadas dentro de la investigación preliminar, se diferencian claramente de los «actos de investigación», porque se manifiestan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia. O, si se prefiere, permiten al Tribunal de Sentencia extender a ellos su conocimiento para fundamentar una sentencia condenatoria a través de su incorporación al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio (cfr. Art. 3 11 CPP).

⁽¹¹⁾

Por todos Díaz Cabáale, José Antonio, «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, número 20, págs. 39 y ss.

⁽¹²⁾ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 375.

En cualquier caso, para que tales actos tengan virtualidad como prueba, es preciso que cumplan una serie de requisitos y garantías de orden material, subjetivo, objetivo y formal. Las SSTC 200/1996 y 40/1997 han declarado al respecto que los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada pueden servir para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguiente requisitos:

- a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/ 1994, 36/1995 y 51/1995).
- b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1993). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la Policía Judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras).
- c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por 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 o preguntar al perito infungible (STC 303/1993), y
- d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la «lectura de documentos», la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y la última STC 200/1996, fundamento jurídico 2.º).

Veamos algo más ampliamente cada uno de estos requisitos y su aplicación al proceso penal hondureño.

1.2.1.- Requisito material: la irrepitibilidad del hecho

Característica común a todos estos actos de prueba, tanto la anticipada como la preconstituida, es su *irrepitibilidad*. Se trata de actos que, por la fugacidad del objeto sobre el que recaen, no han de poder ser reproducidos en el día de la celebración del juicio oral.

FERRUA⁽¹³⁾ distingue entre una irrepitibilidad estructuralmente congenita al acto y siempre verificable *ex ante*, tal y como sucede

(13)

Ferma, P., «Imputato e difensore nel nuovo processo penale», en *Profili del nuovo processo penale* (obra colectiva), Padua, 1988, pág. 69.

con las diligencias de intervención telefónica, allanamiento (entrada y registro en domicilio o lugar cerrado), secuestro, etc.; y otra irrepetibilidad por efecto sobrevenido, pero que afecta a casos en sí mismos reproducibles, destacando aquí, en especial, los interrogatorios y careos que, ante circunstancias objetivas, devienen irreproducibles en el futuro juicio oral.

Atendiendo a los distintos supuestos contemplados en el artículo 277 del Código Procesal Penal, las causas justificativas de la anticipación de la prueba pueden reconducirse a cuatro grandes grupos⁽¹⁴⁾:

- A) **Pruebas expuestas** a posibles contaminaciones
- B) Pruebas expuestas a deterioro
- C) Pruebas no reproducibles
- D) Pruebas incompatibles con la concentración del debate

1.2.1.1.- Pruebas expuestas a posibles contaminaciones

Se trata de aquellos supuestos en que la prueba se anticipa cuando un testigo o perito «corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos». Claro es que, la práctica anticipada de esta prueba requiere petición «fundada» del Ministerio Público o de cualquiera de las partes. Quiere ello decir que no bastará con que el peligro se intuya; es preciso que quien solicita la prueba aporte fundados motivos, concretas y específicas razones acompañadas de, al menos, -un principio de prueba que justifique la existencia de tales presiones, violencia, etc.

Este motivo para anticipar la prueba tendrá seguramente una aplicación preferente en los delitos cometidos por bandas o grupos organizados: acciones delictivas mafiosas, cárteles de la droga, terrorismo o delitos de especial violencia.

En la jurisprudencia constitucional española también encontramos casos en que se han estimado las amenazas a un testigo como razón válida para que no compareciese en juicio, introduciéndose entonces su declaración en el plenario mediante lectura de la misma. STC 154/ 1990, de 15 de octubre:

[...] En el presente caso la Audiencia Provincial ha entendido razonadamente que la ausencia de la principal testigo, de nacionalidad extranjera, en paradero desconocido, y que ya en la fase sumarial había sufrido amenazas tendentes a evitar su testimonio, podía permitir considerar de reproducción imposible su testimonio sumarial, que se había realizado con todo tipo de garantías, y por ello, como prueba válida de cargo, frente a la que tanto en el juicio oral como en el propio recurso de casación, el acusado hoy recurrente pudo formular cuantos reparos tuvo por conveniente. La consideración como prueba preconstituida

⁽¹⁴⁾ Coincidentes con los expuestos por la doctrina italiana respecto del *Código di Procedura Pénale*. Cfr. Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 173 y ss.

realizada con las debidas garantías y traída al juicio oral que ha hecho el órgano judicial de la identificación indubitada del recurrente como quien intervino en el hecho criminoso no ha violado así su derecho a la presunción de inocencia.

En la misma línea -aunque con mayores explicaciones respecto- se expresa la STS de 10 de junio de 1993 (Ar. 4871):

[...] Restan, por último, las declaraciones del testigo presencial Salvador M. S. Esta persona, dando muestras de una solidaridad y civismo, mucho más encomiable por su contraste con las actitudes inhibitorias del común de la ciudadanía en circunstancias análogas, al presenciar cómo un anciano era robado procedió de inmediato a avisar a unos policías próximos e identificar y señalar al autor del robo, permitiendo así su captura. Compareció después en el Juzgado, ratificando su declaración y procediendo al superfluo reconocimiento en rueda, que el Juez practica en condiciones procesales que lo invalidan, pero que no son achacables a la voluntad cooperadora del testigo. Ahora bien, tal actividad inicial cambia en la fase de plenario: El testigo, propuesto por el Fiscal, no comparece al primer señalamiento del juicio oral obligando a suspender el acto. Hecha una segunda citación, comparece ante la Sala la víspera del día señalado para la celebración de la vista pública y declara ante uno de los miembros de la misma que «por la fama de la familia del procesado se encuentra atemorizado, ante una posible agresión a él y a su familia». Se ratifica, a continuación, en sus declaraciones sumariales y en el reconocimiento del acusado. Al día siguiente, ante la nueva incomparecencia del testigo, se procede a leer en la vista pública las declaraciones de dicho testigo, en la forma prevista en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que les da publicidad, origina su conocimiento por el acusado y permite a éste la contradicción relativa discutiendo su valor e impugnando su credibilidad, que es propia de tal forma de traer las pruebas previas al juicio, al acto del enjuiciamiento. Forma reconocida como válida tanto por el Tribunal Constitucional (S. 7 de julio de 1988), como por esta Sala y siendo de notar que en el acta del juicio no consta objeción alguna de la defensa del acusado a tal modo de producirse la prueba.

La cuestión que plantea esa forma de traer al juicio las declaraciones del citado testigo es si se cumplían en el caso las condiciones previstas en el artículo 730 citado. Evidentemente, de un lado, la parte que propuso al testigo era ajena a la imposibilidad de la práctica de tal prueba; y de otro, una nueva suspensión sería entrar en el terreno, también vedado constitucionalmente, de las dilaciones indebidas. Por último, si bien la Sala tenía medios para forzar la comparecencia de dicho testigo, sería cuestionable hasta qué punto podría exigirse de aquél otro comportamiento, realizando la comparecencia, venciendo la coacción psicológica del miedo a los males posibles para su persona y las de sus familiares y asumiendo el riesgo temido que de tal comparecencia se derivaría. La Sala se encontró ante un conflicto de intereses entre la necesidad de justicia y el sentimiento de seguridad del testigo, que constituye también un bien jurídico a respetar, y optó por resolver tal conflicto

consintiendo la incomparecencia y acudiendo al medio supletorio que el artículo 730 de la LECrim., prevé para los casos de imposibilidad de la práctica de la prueba en el juicio oral. Imposibilidad que no era material, pero sí psicológica o, al menos, el Tribunal debió considerar como tal, al utilizar lo prevenido en el citado artículo 730. Finalmente valoró la prueba así practicada en un sentido que la mayoría de la colectividad social consideraría razonable.

1.2.1.2.- Pruebas expuestas a deterioro

«En caso de peligro de pérdida o inutilización de cualquier medio de prueba (señala el Artículo 277.1 CPP), el órgano jurisdiccional, a petición del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, adoptará las medidas necesarias para evitar el peligro y, en su caso, ordenar la recepción anticipada de la prueba.»

Toda prueba pericial sujeta a deterioro o mudabilidad esencial debería ser objeto de la prueba anticipada, posibilitando así la vigencia del contradictorio también en esta materia y momento. Precisamente el Artículo 242 del CPP prevé que se comunique a las partes la fecha en que se procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia para que puedan presenciar su práctica, salvo que su presencia «no tenga utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el éxito de la pericia».

1.2.1.3.- Pruebas no reproducibles

Se remite aquí el Código Procesal Penal hondureño a los clásicos criterios de la enfermedad u otro grave impedimento: «riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito», «por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio».

La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles han admitido la eficacia probatoria de las diligencias sumariales en los casos de la prueba preconstituida y anticipada a que se refiere el Artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁽¹⁵⁾ (muy semejante a lo dispuesto por el Art. 311 del CPP hondureño). Se incluye aquí la posibilidad y licitud de reemplazar, en determinados supuestos, la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales.

Se trata de los casos en que el testigo haya fallecido (SSTS de 15 de abril y 16 de junio de 1992); o se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia (SSTS de 15 de enero de 1991 y 5 de junio y 16 de noviembre de 1992); o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas Pura su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales

⁽¹⁵⁾

SSTC 80/1986, 25/1988, 60/1988, 217/1989 y 140/1991, y SSTS de 15 de marzo de 1996, 4 de octubre de 1996 y 28 de mayo de 1997.

realizadas para su localización (SSTS de 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1992).

1) *Testigo fallecido*

STS de 21 de diciembre de 1995 (Ar. 9440):

[...] Concretamente, y por lo que a la prueba testifical se refiere, la práctica de la misma es propia de la vista oral. Únicamente, y con carácter excepcional, se admite, sin embargo, que cuando la presencia del testigo devenga imposible (por haber fallecido, por encontrarse en paradero desconocido, o por causas similares), se incorporen al debate del juicio oral del modo previsto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, mediante la lectura de las declaraciones prestadas en el sumario (v. S. 16 de marzo de 1995 y las en ella citadas), como se hizo en el presente caso, al haberse dado lectura, a instancia del Ministerio Fiscal, de las declaraciones de los testigos fallecidos, obrantes a los folios 2, 4, 5, 11, 13, 6, 7, 8 y 62 (v. acta del juicio oral).

[...]

A la vista de todo lo dicho, es preciso concluir que la acusada ha sido condenada en un proceso desarrollado con observancia de todas las garantías legalmente previstas, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso, y que el Tribunal de instancia ha dispuesto de suficiente prueba de cargo, legalmente obtenida e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que inicialmente debe reconocerse a la persona acusada. En conclusión, procede la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

STS de 16 de enero de 1997 (Ar. 54):

[...] la sentencia considera acreditada la participación del acusado por las claras y terminantes declaraciones sumariales e identificación efectuada por la víctima Lina K. H. en el reconocimiento en rueda practicado en presencia de letrado durante la instrucción sumarial, introducidas unas y otro en el debate propio del juicio oral mediante su lectura conforme al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que aquella no pudo ser citada a dicho acto, ni consiguientemente, comparecer a los efectos interesados por las partes, constando en el rollo de la Audiencia (folio 447) y según manifestaciones de su Jefe, que Lina K. falleció en 28 de agosto de 1993 en el Hospital Clínico Universitario por derrame cerebral. La propia Sala dicta providencia en 17 de diciembre de 1993 acordando notificar a las partes dicho fallecimiento, sin que se hiciese observación o formulase alegación alguna al respecto. El Ministerio Fiscal solicitó y así se efectuó, la lectura de los folios correspondientes a las declaraciones prestadas por la testigo, con ratificación del reconocimiento hecho ante la Policía (folios 41, 57, 58 y 114). Todo ello, introducido en el juicio oral por la vía del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la valoración merecida de prueba preconstituida, representa aquella

prueba mínima de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

2) *Testigo en el extranjero*

STS.de 31 de enero de 1996 (Ar. 102):

En el caso presente, se trata de tres testigos, dos de ellos ciudadanos británicos, residentes en el extranjero, todos ellos intentados citar en las tres ocasiones en que se suspendió el juicio oral por su incomparecencia. En cuanto al primero, la defensa se limita a mostrar su protesta, sin dejar constancia de las preguntas que desearía formularle; mientras que en lo que hace a los dos últimos no se formulan propiamente preguntas sino una serie de posiciones, respecto de las que se pide ratificación. Así pues, se trataba de una prueba de imposible práctica, razón por la que el Tribunal de instancia actuó correctamente al decidir la continuación del juicio y la lectura de las diligencias de reconocimiento y declaraciones sumariales de los ciudadanos británicos víctimas del delito.

STS de 16 de febrero de 1998 (Ar. 1175):

[...] el supuesto sometido ahora a nuestra consideración es una de las excepciones a la necesidad de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad que conforman la práctica probatoria en el plenario. Excepción que encuentra fundamento en el grave obstáculo que para su comparecencia en el acto del juicio oral presenta la residencia de un testigo en el extranjero habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un Tribunal español, pese a los acuerdos internacionales de asistencia judicial existentes al respecto, de modo que por tales dificultades, estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual permite la lectura en el plenario, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pudieran" ser reproducidas en el juicio oral.

3) *Testigo ilocalizable, en ignorado paradero*

STS de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6939):

[...] suspendida la vista tres veces por la incomparecencia del repetido testigo, que no pudo ser localizado, sus declaraciones anteriores fueron traídas al juicio oral no con la mera fórmula de «reproducidas», sino en las condiciones previstas por el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fueron así válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia a través de la valoración que al Juzgador de instancia reserva el artículo 741 de dicho Texto Procesal.

STS de 20 de octubre de 1997 (Ar. 7605):

[...] El primer testigo, M. M. se encontraba en ignorado paradero. En la citación realizada para la segunda sesión de

juicio oral consta telegráficamente que la citación no pudo ser entregada al destinatario porque marchó sin dejar señas. Por ello, a instancias del Fiscal, se procedió a dar lectura a su testimonio sumarial y el Tribunal valoró su declaración. Ciertamente, que el recurrente formuló protesta y señaló las preguntas, pero ello no significa sino el deseo de la parte proponente de acreditar con este testigo que no existió una mutua reyerta y que se desdijera de lo declarado. Pero el propio Tribunal de instancia en el fundamento jurídico tercero, párrafo tercero «in fine», se refiere a las manifestaciones de este testigo en la instrucción y cuya declaración fue incorporada como prueba documental en la causa «cuyas manifestaciones fueron suficientemente clarificadoras al describir la mutua reyerta y el hecho de clavar Maximina las tijeras a su oponente».

1.2.1.4.- Pruebas incompatibles con la concentración del debate

«El órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, podrá disponer que se practique anticipadamente cualquier medio de prueba, cuando exista peligro grave de que resulte imposible o extraordinariamente difícil su práctica en el acto del debate» (Art. 277.11 CPP).

Encajan aquí, sin duda, las pericias que han de efectuarse necesariamente en un laboratorio. Como regla general, los actos de investigación pericial se llevarán a cabo durante la etapa preparatoria del juicio, sin perjuicio de que el informe sea leído en este acto (Art. 311 CPP) a efectos de su ratificación y contradicción por las partes.

Otro supuesto típico incardinable entre los supuestos de pruebas incompatibles con los debates del juicio es el «reconocimiento de personas» (arts. 253 y ss. CPP). A propósito de esta diligencia de prueba, el Tribunal Constitucional español ha declarado en la STC 10/1992, de 16 de enero, que:

[...] Es razonable pensar que, por la inmediatez con los hechos que el reconocimiento en rueda requiere, entre otras razones, se trata de una actividad que, debido a la publicidad del juicio y a su dilatado distanciamiento temporal de los hechos, presenta dificultades de realización en el acto del juicio oral, por su misma naturaleza; y así se reconoció en el ATC 909/ 1986, donde también se dijo que es una prueba personal «que no sufre transformación por el hecho de su constancia escrita» (fundamento jurídico segundo). Ahora bien, evaluar la capacidad de la identificación en rueda para integrar una prueba de cargo respecto de la culpabilidad del inculpado, y de naturaleza preconstituida, requiere tener forzosamente en cuenta el objeto sobre el que recae el reconocimiento.

1.2.2.- Requisito subjetivo: la independencia del órgano que interviene la prueba. Su posible excepción en la prueba preconstituida

Los actos de prueba durante la investigación preliminar requieren la intervención del Juez de Letras. Ello es obvio: la prueba exige siempre la intermediación de un órgano dotado de imparcialidad e independencia, y de tales cualidades solo está dotada la autoridad judicial. Por esa razón, el Ministerio Público, pese a su deber de objetividad en la investigación (comprobando tanto las circunstancias desfavorables como favorables al imputado: cfr. Art. 93.11 CPP), al ser una parte procesal no puede generar actos de prueba.

El Juez de Letras asume así el papel de legitimador de la prueba anticipada. El Código Procesal Penal prevé, con carácter general en el Artículo 277, la intervención de la autoridad judicial en el aseguramiento de la prueba para el juicio oral. Yendo a los casos particulares, encontramos que el Código establece esta misma exigencia en cuanto a la práctica del reconocimiento de personas (Art. 256), la reconstrucción de los hechos (Art. 262), o la declaración del imputado o testigos sordomudos que sólo puedan darse a entender por escrito (arts. 232, 286 y concordantes, en relación con el 311.3).

Por lo que atañe a las pruebas preconstituidas, la intervención del Juez se hace *ab initio* y no necesariamente durante la práctica de las mismas. Aquí el Juez se convierte en garante de los derechos individuales y, una vez practicada la diligencia de investigación, quedan a su disposición los objetos, instrumentos o efectos del delito que hayan sido intervenidos (Art. 220.1), aunque estén material y físicamente depositados en la Dirección General de Investigación Criminal (cfr. Art. 209, penúltimo párrafo) o en cualquier otro lugar que el Juez designe (Art. 220).

Así, los registros personales, cuando afecten a zonas anatómicas íntimas, precisan de autorización y mandato judicial mediante auto motivado (Art. 206.V). Lo mismo sucede respecto de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado (Art. 107), el registro o examen de la correspondencia u otros documentos o papeles privados hallados en el interior de un vehículo (Art. 208.III), el allanamiento de morada (Art. 213), la interceptación de la correspondencia (Art. 221), la intervención de las comunicaciones (Art. 223).

Además, es posible que en determinadas pruebas preconstituidas (no así en las anticipadas) el Juez de Letras ni siquiera intervenga (por no ser precisa su autorización al no estar en cuestión derechos individuales). Será entonces la propia Policía de Investigación Criminal (ya sea sola o acompañada del Fiscal, médico forense, peritos, etc.) quien las practique, por su propia autoridad e iniciativa. Tal sucede, por ejemplo, en la inspección del lugar de los hechos y en la recogida y conservación de los vestigios allí encontrados (Art. 203); en la diligencia de levantamiento del cadáver (Art. 204); en los registros personales,

salvo que afecten a zonas íntimas (Art. 206); en la inspección de vehículos (Art. 208); o en el registro de sitios públicos (Art. 209).

En todos los casos anteriores (tanto los intervenidos por la autoridad judicial como por la Policía), siempre que se hayan observado en su práctica las disposiciones del Código, las actas que documenten la concreta inspección, reconocimiento, registro o allanamiento, podrán ser incorporadas al acervo probatorio del juicio oral por lectura que hará el Secretario, aunque habrán de ser ratificadas en juicio siempre que ello sea posible (Art. 311.4).

El ordenamiento procesal español no es ajeno a la preconstitución de prueba por agentes de la autoridad. Un claro ejemplo de ello son las pruebas de alcoholemia, practicadas normalmente por agentes de la Guardia Civil, cuya naturaleza de pericia técnica con carácter de prueba preconstituida ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (SSTC 100/1985, 3/1990, 222/1991, 252/1994). Con todo, para que surtan efectos enervatorios de la presunción de inocencia, nos dice la STC 222/1991 que:

[...] Es preciso, además, que la prueba alcoholométrica se incorpore al proceso y sea susceptible de contradicción en el juicio oral con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos, que el test haya sido ratificado durante el curso del procedimiento judicial.

En términos generales, y por aplicación de lo dispuesto en el Artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que faculta a la Policía Judicial para «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial», las SSTC 200/1996 y 40/1997 han avalado que, «por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la Policía Judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/ 1992 y 303/1993, entre otras)», las cuales, documentadas en la correspondiente acta, previa lectura (art. 730 LECrim.) y ratificación en el acto del juicio, son pruebas preconstituidas. En fin, la STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 4), lo expresa del siguiente tenor:

A la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el artículo 126 de la Constitución es la «averiguación del delito y descubrimiento del delincuente», esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría.

Ahora bien, junto a esta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito (arts. 282 y 292 LECrim., y 4 y 28 del RD 769/1987 sobre regulación de la Policía Judicial), así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia se refiere, este

Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcohol ímétricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad **extrema** (SSTC 107/1983,201/1989,138/1992, ATC 636/1987).

1.2.3.- Requisito objetivo: la vigencia del principio de contradicción. Su posible excepción en la prueba preconstituida

La prueba exige la contradicción⁽¹⁶⁾. y la igualdad de armas⁽¹⁷⁾. Quiere decirse con ello que, en los actos de prueba anticipada, el Juez de Letras debe cumplir siempre con el deber de información e ilustración de sus derechos al imputado (arts. 101, 287 CPP), a fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y proveerle de abogado -si no lo designa de su confianza- (arts. 15, 101, 289 CPP) con el objeto de que pueda comparecer a la ejecución del acto. Hasta tal punto es exigible la asistencia letrada al imputado que se configura como un derecho «irrenunciable», y «su violación producirá la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la participación del defensor del imputado» (Art. 15 CPP).

No en vano, el Artículo 14 del Código Procesal Penal (precepto que desarrolla el Artículo 82 de la Constitución hondureña) sanciona la inviolabilidad del derecho de defensa declarando que «él imputado y su defensor tienen derecho a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba». Aunque, añade el Artículo 101.10, «salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario».

El legislador hondureño ha previsto, en el Artículo 277 del Código, que para la práctica de las pruebas anticipadas se dé en sus más amplios términos el principio de contradicción. A tal efecto, el Juez de Letras habrá de citar al acto a todas las partes (Fiscal, imputado, acusador privado), quienes «tendrán derecho a asistir a la práctica anticipada de la prueba, en la forma prevista para el debate». Ello significa que regirán en la práctica de estas pruebas los principios de publicidad (Art. 308) y oralidad (Art. 308 CPP) y que las partes intervendrán en las mismas conforme a las normas que rigen el juicio oral, aplicables aquí supletoriamente por remisión expresa.

Por lo demás, apuntar aquí una restricción a la intervención personal del imputado y una ampliación garantista de la intervención del defensor.

⁽¹⁶⁾ El Artículo 4 del Código Procesal Penal recoge la vigencia del principio de contradicción en los siguientes términos:

«Salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público y en él regirá el principio de contradicción Tanto el imputado como su defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar. En este último caso lo harán ante el Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación.»

⁽¹⁷⁾ Esta garantía encuentra también su declaración como principio básico en el Artículo 13 del CPP: «Los jueces y magistrados velarán por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso.»

El imputado detenido, por lo general, no participará en las pruebas anticipadas, siendo representado por su defensor; excepcionalmente se podrá autorizar su presencia si pide intervenir personalmente y no existe riesgo de fuga. El principio de contradicción se lleva en el Código al extremo de que, incluso cuando aún no haya imputado en la causa, se practique el acto «citando a un defensor de oficio para que controle el mismo» (Art. 277, último párrafo)⁽¹⁸⁾.

Distinto es lo que acontece con las pruebas preconstituidas. En ocasiones, como sucede por ejemplo con los allanamientos de morada (Art. 212), o con la intervención de las comunicaciones (Art. 223), no es posible, por razones obvias, garantizar plenamente el principio de contradicción durante la práctica de estas diligencias. Ello no obstante, si se cumplen las garantías que el Código establece para su práctica, el Tribunal de Sentencia también podrá extender su conocimiento al resultado plasmado en la pertinente acta de registro o de transcripción de las grabaciones, mediante su lectura en el acto del juicio (Art. 311.4). Lo mismo sucede, a título ejemplificativo, en casos tales como la inspección ocular del lugar de los hechos (Art. 203), el levantamiento e identificación del cadáver (Art. 204), etc.

1.2.4.- Requisito formal: la lectura de documentos

La prueba anticipada y preconstituida ha de ser introducida -como parte del acervo probatorio del juicio oral- mediante el trámite de la lectura de documentos, contemplado en el Artículo 311 del Código Procesal Penal.

La finalidad de dicha lectura consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción a las propias partes; y, de otro, impedir que, a través del examen de oficio de la prueba documental, acaben por introducirse en calidad de prueba todos los actos de investigación llevados a cabo durante la etapa preparatoria y que, naturalmente, quedaron plasmados en un acta.

1.3.- Objeto, carga y valoración de la prueba

1.3.1.- Objeto: pertinencia y otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas

El objeto de la prueba, o *thema probandi*, viene determinado por las partes. Son ellas quienes introducen los hechos en el debate (Art. 301 CPP). Así, en la exposición formalizando la acusación han de afirmar los hechos constitutivos de la pretensión penal; y, en la contestación a los cargos, los hechos impeditivos, extintivos o

(18)

En realidad, más que garantizar la contradicción del acto, los términos del precepto sugieren una desconfianza del legislador tanto en el Ministerio Público como en el Juez de Letras y el Secretario que habría de levantar la correspondiente acta (Art. 131). A todos ellos les impone la presencia de un defensor de oficio para «controlar de la legalidad del acto».

excluyentes⁽¹⁹⁾ En cualquier caso, las afirmaciones de las partes en sus respectivas calificaciones han de recaer sobre hechos que hayan sido introducidos de algún modo en la investigación preliminar, durante la etapa preparatoria. Precisamente al formalizar la acusación, tras exponer una relación sucinta (breve y precisa) de los hechos (acciones u omisiones constitutivas de delito), se ha de contener una «expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones» (Art. 301.2 CPP).

La determinación por las partes de lo que ha de ser objeto de prueba en el momento de formalizar la acusación y defensa en la audiencia preliminar reviste singular importancia. En primer lugar, el Tribunal de Sentencia podrá rechazar aquellos medios de prueba que, propuestos en el momento procesal oportuno (cfr. arts. 317 y 333), no guarden relación con los hechos que se van a enjuiciar, es decir, sean impertinentes, inútiles o desproporcionados (art. 317.IV); y, en segundo término, estará autorizado el Presidente para repeler aquellas preguntas, realizadas por las partes a los intervinientes en la ejecución de la prueba que, por la misma razón, pudieran resultar impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas (art. 330).

a) *Carga sobre la argumentación de la pertinencia.* Las partes tienen

la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos pretenden probar (Art. 317.III CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de tratar el tema señalando que, «desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio» (SSTC 34/1996, 116/1997): Claro es que, una exigencia simétrica -continúan diciendo estas sentencias-«impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad».

b) *Otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas.* Entre las disposiciones generales del Libro Primero, señalad Artículo 199.III que «los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir». También durante la investigación preliminar, dice el Artículo 272 del Código Procesal Penal, que en la búsqueda de la verdad se practicarán todas las

(19)

Es posible, sin embargo, que para no desvelar su estrategia defensiva a la acusación, la defensa se limite en su escrito simplemente a negar los cargos, manifestando no ser ciertos los hechos de los que se le acusa y, consecuentemente, errónea su incardinación como delito.

diligencias «pertinentes y útiles» para determinar la existencia del hecho punible y el grado de responsabilidad de los agentes.

En resumidas cuentas, la admisibilidad de un medio de prueba no viene sólo y exclusivamente determinada por su pertinencia. Otras notas completan la caracterización de la actividad probatoria: la pruebas propuestas, además de pertinentes, han de ser útiles; proporcionadas en relación con la finalidad probatoria que se pretende, no meramente dilatorias, ni ilícitas. La falta de cualquiera de estas características ha de llevar al Tribunal de Sentencia a rechazar la prueba propuesta (Art. 317.IV). Y es que, como bien subraya el Tribunal Constitucional español, el derecho de defensa, en su faceta de utilización de los medios de prueba, «no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada» (SSTC 89/1986 y 128/1998). En fin, es al juzgador a quien corresponde decidir sobre la admisibilidad de cada tipo de prueba según su naturaleza y su relación con cuanto se intenta verificar, adecuación e idoneidad con reflejo en la admisibilidad y pertinencia (STC 34/1996).

Es más, aun admitida una prueba como pertinente, es posible que su falta de práctica ulterior no vulnere el derecho de defensa; y ello porque, siendo en primer momento pertinente, puede resultar después innecesaria o inútil, si lo que con ella se pretende justificar ha quedado suficientemente acreditado por otras pruebas ya practicadas. Para que se infrinja el derecho de defensa no basta simplemente con que no se haya practicado una determinada prueba, propuesta en tiempo y forma y admitida por el Tribunal. Es necesario comprobar si, del hecho de que no se practicara la prueba admitida, se deriva una efectiva indefensión para la parte proponente, toda vez que -tal y como declara la STC 129/1998- «este derecho fundamental únicamente alcanza aquellos supuestos en que la prueba es "decisiva en términos de defensa" (SSTC 59/1991 y 357/1993), esto es, "que se haya generado una real y efectiva indefensión" (STC 1/1996)».

c) *Contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.* El derecho a la prueba es instrumental del derecho de defensa, de forma que uno y otro están íntimamente conectados por una relación de causa a efecto: la vulneración del derecho a la prueba puede dar lugar a la vulneración del derecho de defensa (STC 187/1996). Son inseparables, de tal modo que podríamos hablar del derecho de los litigantes «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Así, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes forma parte integrante del derecho constitucional a la no indefensión o, si se prefiere, del «inviolable» derecho de defensa (Art. 82 CPH). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra, en su Artículo 8.2.f), el derecho a la prueba como parte del derecho de la defensa «a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos». En fin, el derecho al proceso «con las debidas garantías» (arts. 14.1 PIDCP

y 8.1 CADH) exige, entre sus distintas facetas, que las partes puedan valerse de medios de prueba pertinentes para convencer al órgano de enjuiciamiento de sus respectivas afirmaciones.

La STC 187/1996, de 25 de noviembre (FJ 3), hace un resumen sobre cuál sea el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes:

- 1) Es un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que «garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento» (STC 131/1995).
- 2) No comprende, sin embargo, un hipotético «derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada» (STC 89/ 1986), en virtud de la cual las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986, 212/1990, 87/1992 y 233/1992, entre otras). Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance «debe encuadrarse dentro de la legalidad» (STC 167/1988), de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 21/ 1990, 87/1992, 94/1992, entre muchas otras).
- 3) La consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa «cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda» (SSTC 149/1987 y 212/1990).

Por lo tanto, siendo inobjetable que a los Tribunales de Justicia corresponde, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 303 de la Constitución hondureña, la interpretación de las normas legales aplicables a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba, resulta también indudable que a través del recurso de amparo (Art. 183 CPH) sólo se podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria (cfr. las SSTC español 149/1987, 52/1989, 94/1992, 233/1992, 1/1996, entre otras).

- d) *Casación por indefensión probatoria*. Por lo que se refiere a las pruebas inadmitidas por el Tribunal de Sentencia, para que un eventual recurso de casación ante la Corte Suprema prosperase por infracción de precepto constitucional (en este caso indefensión: Art. 82 CPH), no bastaría con la simple denegación judicial sobre la petición de actividad probatoria; ni siquiera sería

suficiente con la falta de una respuesta judicial razonada acerca de la omisión de una determinada prueba (ello constituiría una incontestable irregularidad formal, pero no necesariamente con trascendencia material). Lo que la indefensión requiere es un efecto material: «requiere que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto» (STC 218/1997).

Sería preciso demostrar, en consecuencia, «la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas» (SSTC 149/1987 y 131/1995), así como que se argumente de modo suficiente que la resolución final del proceso podría haberse alterado si se hubiese practicado la prueba denegada (SSTC 357/1993 y 1/1996), «ya que sólo en tal caso -comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido- podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo» (SSTC 187/1996, 190/1997, 100/1998).

1.3.2.- Carga de la prueba

Las normas sobre carga de la prueba nos indican a cuál de las partes, si a la acusación o a la defensa, le corresponde desplegar la actividad procesal suficiente para acreditar determinados hechos controvertidos (carga de la prueba en sentido formal) y quién de ellas habrá de soportar en sentencia los efectos desfavorables consecuentes a no haber probado en juicio alguno de tales hechos (carga de la prueba en sentido material).

En el proceso penal, debido fundamentalmente a la obligación que tiene el Tribunal de Sentencia de esclarecer la verdad sobre los hechos (p. ej., Art. 304 CPP) y del sometimiento del Ministerio Público al principio de legalidad y al deber de objetividad, que le vincula tanto a pedir la condena del culpable cuanto la absolución del inocente (arts. 93,284 CPP), podría decirse que no existe carga de la prueba en sentido formal.

Sea como fuere, lo cierto es que la aplicación directa e inmediata de la presunción de inocencia (arts. 89 CPH y 2 CPP), tiene como efecto, en primer lugar, el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación. Son las partes acusadoras quienes han de acreditar en el juicio oral los hechos constitutivos, los hechos que conforman el tipo penal. Sin la prueba de tales hechos no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Pero, una vez probados los elementos constitutivos del tipo penal, las excepciones, bien se trate de hechos impositivos, extintivos o excluyentes son una carga probatoria que ha de afrontar la defensa del acusado (Art. 47.11 CPP)⁽²⁰⁾.

Por lo demás, la actividad probatoria de las partes acusadoras ha de ser «suficiente» para enervar la presunción de inocencia; o, como también señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

(20)

Como botón de muestra, puede verse lo establecido en el nuevo Código a propósito de las excepciones. Tras enumerar las que son oponibles en el proceso penal (Art. 46), afirma el Artículo 47.11 que «la carga de la prueba recaerá sobre quien plantee la excepción».

«es necesario un mínimo de actividad probatoria de cargo», no pudiéndose entender por tal los meros actos de investigación pues, en puridad, no constituyen medios de prueba.

El restablecimiento de la presunción de inocencia, si se hubiere infringido lo anteriormente expuesto, puede lograrse a través del recurso de casación por infracción de precepto constitucional (Art. 361 CPP), o, incluso, por infracción de ley (Art. 360 CPP) ⁽²¹⁾.

1.3.3.- Valoración de la prueba

Una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, el Tribunal de Sentencia habrá de deliberar y dictar su sentencia apreciándolas en su conjunto y «de acuerdo con las reglas de la sana crítica» (Art. 336 CPP).

Lo que se viene a consagrar en este precepto es el principio de libre valoración de la prueba; libertad de valoración cuyo norte han de ser las reglas de la sana crítica que en definitiva nos ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional (STC 34/1996). No significa, por tanto, libre arbitrio, ni posibilidad de dar entrada a la «ciencia privada», sino que, antes al contrario, la valoración ha de versar:

- a) En primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral. Excepcionalmente, tal y como vimos, podrá el Tribunal fundamentar su sentencia en actos de prueba anticipada o preconstituida, pero en modo alguno sobre meros actos de investigación.
- b) En segundo término, tampoco podrá basar su sentencia en pruebas obtenidas ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales (arts. 86, 192, 309 *in fine*, CPH).
- c) Finalmente, la valoración de la prueba ha de realizarse con arreglo a las reglas de la lógica, máximas de experiencia o de la «sana crítica». Ello conlleva la obligación, máxime si se trata de la llamada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la sentencia. A este propósito, y a la hora de redactar la sentencia, exige el Artículo 338 del Código Procesal Penal que entre los fundamentos del fallo se efectúe la valoración de la prueba en los siguientes términos: «se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas enjuicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados».

Si el Tribunal de Sentencia infringiera las anteriores reglas sobre acotamiento de la actividad probatoria, determinación de los medios probatorios tenidos en cuenta para basar su declaración de hechos probados o sobre el razonamiento de su resultado, quedará expedito el recurso de casación por quebrantamiento de forma (Art. 362 CPP).

(21)

«(...) cuando dados los hechos que se declaren probados en la sentencia, se hay infringido un precepto penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo, que deba ser observada para la aplicación de la ley penal o un principio de doctrina legal también de carácter sustantivo».

1.4.- LA prueba por indicios

1.4.1.- Indicio, presunción y prueba indiciaria

Debe desde ahora distinguirse entre indicio y presunción. Ambos elementos integran la llamada «prueba indiciaria» o «de presunciones», pero su naturaleza jurídica es bien distinta.

La conocida como prueba indiciaria o circunstancial es, en palabras de la STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 3), «aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferirse/*sic*/ éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar».

Se ha dicho que en puridad no es un auténtico medio de prueba, «entendido como vehículo de traslación al proceso de los hechos de la realidad, sino que opera sobre los resultados de los anteriores medios de prueba»⁽²²⁾ \ El Tribunal Supremo, en España, ha sostenido en su sentencia de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1784), que:

[...] La mal llamada prueba indirecta, circunstancial o derivada de indicios no es un medio autónomo de prueba, sino un método para valorar la prueba existente y que de manera directa se proyecta sobre otros hechos distintos al que se trata de probar. De un lado, el hecho de que ha de deducirse la presunción ha de estar (art. 1249 del Código Civil) completamente acreditado y, de otro, «es indispensable -según establece el artículo 1253 del mismo Código- que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Sea como fuere, lo cierto es que su composición es compleja en cuanto requiere la existencia de unos hechos base (indicios), un razonamiento o nexo lógico-inductivo y unos hechos inferidos o hechos consecuencia

Así, en la prueba directa la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado; en cambio, la prueba indiciaria se caracteriza por un mayor subjetivismo en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia (STC 256/1988).

1.4.1.1.- Indicio

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el indicio como «fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro

⁽²²⁾

Cfr. Serra Domínguez, Manuel, «De las presunciones», *Comentario del Código Civil*, obra colectiva, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo U., pág. 414. También Montón Redondo, Alberto, se refiere a ello en *Derecho Jurisdiccional*, tomo HJ, *Proceso Penal* (con Montero, Ortells y G. Colomer), 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 300, donde escribe que la prueba indiciaria o de presunciones «en realidad, no es un auténtico medio de prueba sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditadas en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen así como la participación y responsabilidad en ellos».

no percibido». Esta acepción atribuye al indicio un carácter eminentemente objetivo (no subjetivo o valorativo), en tanto fenómeno del que se extrae una conclusión o averiguación desconocida ⁽²³⁾ El indicio es, por consiguiente, un elemento de hecho que autoriza una deducción y una afirmación acerca de un hecho oculto, no percibido. Es «el elemento inicial del que parte la presunción»⁽²⁴⁾

1.4.1.2.- Presunción

Afirma Serra que presunción es «la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente»⁽²⁵⁾

Este concepto y sus elementos no difieren sustancialmente de la prueba de presunciones regulada en el Código Civil español (arts. 1249 y concordantes). Así lo ha entendido la STS de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 9008) en cuanto afirma que «la prueba de indicios o de presunciones (artículos 1215, 1249 y 1253 del Código Civil)²⁶ > sirve para destruir la presunción de inocencia».

El nexa causal o lógico que liga el hecho mediato y el inmediato ha de ser fruto de un proceso inductivo racional (STC 182/1995), no de una simple suposición, de tal modo que nadie puede ser condenado sobre la base de un proceso de inferencia que sólo ofrezca meras sospechas o simples conjeturas (cfr. STC 256/1988).

1.4.2.- Valor probatorio

1.4.2.1.- La presunción de inocencia

El derecho constitucional a la presunción de inocencia (arts. 89 CPH y 2 CPP) no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria. No siempre es posible, en el enjuiciamiento criminal, la utilización de prueba directa y prescindir de la indiciaria «conduciría, en ocasiones, a la impunidad lo que provocaría una grave indefensión social» (SSTC 174/1985, 189/1986, 111/1990).

⁽²³⁾

véase Asencio Mellado, José María, «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», 1992-V, pág. 169.

⁽²⁴⁾

Serra Domínguez, Manuel, «Función del indicio en el proceso penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 702.

⁽²⁵⁾

Serra Domínguez Manuel, *ibídem*.

⁽²⁶⁾

A efectos ilustrativos, el texto de los preceptos citados es el siguiente:

Artículo 1215. Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones.

Artículo 1249. Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

Artículo 1253. Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 4), reflexiona sobre ello en los siguientes términos:

[...] La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que se **desvirtúa por prueba en contrario**. 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.

Más explicaciones aún ofrece la STC 133/1995, de 25 de septiembre (FJ 3):

[...] la prueba de cargo ha de ser directa, en principio, atestiguando y verificando objetivamente lo sucedido por quienes lo presenciaron, así como por la constancia y, en su caso, análisis de huellas, restos y vestigios hallados o dejados en la escena del delito. Sin embargo, también puede coadyuvar o producir por sí sola la convicción del juzgador la llamada prueba circunstancial, que sirve para situar en aquella escena y en su tiempo al acusado, como también la prueba indiciaria, una y otra válidas y eficaces en su dimensión constitucional, por virtud del principio de libre valoración de la prueba inherente a la independencia judicial y no obstante el peligro que ofrece la prueba conjetural, señalado ya en el Digesto (1.5, *de poena*) y en Las Partidas (3.^a, ley 8.^a, Título XIV), donde sin embargo se permite excepcionalmente. Ahora bien, el indicio, que lleva desde un hecho conocido a otro desconocido, por su relación mutua, ha de ser inmediato y necesario, grave y concluyente como exigía la ley provisional sobre la reforma del procedimiento criminal de 1868, para reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que consiste. En tal sentido, pero con otras palabras más cercanas al concepto de la prueba por presunciones según la define el Código Civil (arts. 1252 y 1253 CC), este Tribunal ha considerado admisible la indiciaria, equivalente de aquella en el ámbito penal, siempre que con base en un hecho plenamente acreditado -demostrado- dice, también pueda inferirse la existencia de otro, por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/1985, 229/1988, 197/1989, 1-24/1990, 175/1985 y 78/1994).

1.4.2.2.- Los requisitos de la prueba indiciaria

La jurisprudencia constitucional española ha reiterado que, para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y simples sospechas han de darse cuatro requisitos básicos:

- ⌚ los indicios han de estar plenamente probados;

b) han de ser una pluralidad, no bastando uno solo; c) el razonamiento que liga los indicios con el hecho inferido ha de ser racional y lógico; y d) en la sentencia ha de plasmarse todo lo anterior [cfr., por todas, la STC 68/1998, de 30 de marzo (FJ 5)].

Por su parte, la STS de 5 de febrero de 1998 (FJ 1), señala, entre las exigencias más importantes que debe superar la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia, las siguientes:

[...] a) que los indicios o hechos-base estén plenamente acreditados pues no es legítimo establecer presunciones sobre presunciones; b) que sean plurales aunque no se pueda descartar la certeza deducida de un solo indicio de singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes o periféricos, no extraños o extravagantes, en relación con el hecho que se trata de probar; d) que entre sí se encuentren en cierto modo articulados, de forma que recíprocamente se refuercen y no se neutralicen, y e) que el *iter* lógico capaz de conducir de la acreditación de los indicios a la declaración probada sea suficientemente explicitado por el Tribunal que alcanza la convicción de culpabilidad.

La simplicidad con que se enuncian las anteriores exigencias requiere de ciertas matizaciones que, en algún caso, pueden llegar incluso a poner en cuestión las apodícticas afirmaciones hechas por las resoluciones citadas. Seguidamente lo veremos.

A) Los indicios han de estar plenamente probados

El Tribunal Constitucional español ha venido repitiendo que la prueba indiciaria ha de partir «de hechos plenamente probados» (p. ej., STC 24/1997 y 68/1998, de determinados «indicios, indubitados» (STC 175/1973) o bien «suficientemente probados» (STC 256/1988; y que «no puede tratarse de meras sospechas» (STC 206/1994). Ya la 174/1985 (FJ 6) señalaba que «no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades». Es, portante, exigible, cuando se trata de prueba indiciaria, «la constatación clara de los indicios» (STC68/1994).

Pero la constatación de los indicios puede serlo por cualquier medio de prueba, incluso mediante otras presunciones⁽²⁷⁾. Es decir, no resulta aplicable la máxima *praesumptio de praesumptione non admitur*; esta regla -al decir de Serra- «responde a una errónea apreciación del valor probatorio de la presunción, que es considerada con disfavor como un simple sucedáneo de la prueba directa, a la que hay que acudir cuando no queda otro remedio». Añade el autor citado que «en el proceso penal, en el que la apreciación de la prueba queda al arbitrio [*razonado y razonable, claro está*] del Tribunal, nada impide que éste considere completamente acreditada la conclusión intermedia extraída del indicio primitivo y que sobre la misma extraiga a su vez una nueva presunción»⁽²⁸⁾. A fin de

⁽²⁷⁾

Así, por ejemplo, Mittermaier, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10.ª ed., adicionada y puesta al día por Pedro Aragonese Alonso, Reus S-A., Madrid, 1979, págs. 381-382; Serra Domínguez, Manuel, *Función del indicio...*, cit., pág. 710.

⁽²⁸⁾ Serra Domínguez, Manuel, *ibidem*.

cuentas, el proceso discursivo no está sujeto a ninguna limitación mientras se desenvuelva escrupulosamente por los cauces de la lógica⁽²⁹⁾.

Esta tesis, aunque no sea unánimemente compartida⁽³⁰⁾, ha de reputarse acertada. Por el contrario, exigir que el «indicio» haya de ser siempre acreditado por prueba directa sería tanto como sostener, ni más ni menos, que la convicción judicial obtenida de la prueba indiciaría es de «peor calidad» que la resultante de prueba directa. Con buen criterio sostiene BELLOCH que un planteamiento como éste supone una verdadera contradicción ontológica o, si se prefiere, constituye una *contradictio a terminis*⁽³¹⁾. En efecto, conforme a las reglas del discurso lógico no cabe afirmar que la «prueba indiciaría» sirve y puede producir la certeza jurídica en que se funda la convicción judicial de condena del acusado y, al mismo tiempo, mantener que a través de dicha prueba no se pueden acreditar uno o varios hechos que, a su vez, supongan el indicio o hecho base en que fundar una nueva presunción.

El Tribunal Supremo español ha admitido, al menos implícitamente, que los hechos base o indicios puedan estar acreditados, a su vez, por otros hechos indiciarios. La STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 6999) parece clara al respecto:

[...] 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.

Si el Tribunal Supremo-sostiene que no es posible cuestionar en sede casacional los hechos base o hechos indiciarios declarados probados en la instancia cuando éstos lo fueron mediante prueba directa, quiere decir que admite la posibilidad de que también hayan podido ser acreditados por prueba indiciaría, aunque en este último caso sí sea posible el control casacional sobre su declaración como hechos probados.

B) Pluralidad de indicios

La virtualidad de los indicios reside precisamente en su acumulación. Naturalmente, cuanto más variada y plural sea la concurrencia de hechos indiciarios confluente, tanto más correcta intrínsecamente deberá considerarse la presunción que de ellos se deriva⁽³²⁾; su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-*causa*⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾

Así Lluís Muñoz Sabaté, *ibídem*.

⁽³⁰⁾

P. ej., la STS de 14 de octubre de 1986 (Ar. 5614). Más recientemente, la STS de 23 de octubre de 1997 (Ar. 7246), señala que «los requisitos para la validez de la prueba de indicios consisten en que los indicios [...] se hayan recogido a través de pruebas directas». Y la STS de 5 de febrero de 1998 (Ar. 646) enumera, entre las exigencias que debe superar la prueba indiciaría para sustentar el juicio de culpabilidad: «a) que los indicios o hechos-base estén plenamente acreditados pues *no es legítimo establecer presunciones sobre presunciones*».

⁽³¹⁾

Belloch Julbe, Juan Alberto, «La prueba indiciaría», en *La sentencia penal*, 7.ª colección «Cuadernos de Derecho Judicial», 1992, tomo XIII, pág. 45.

⁽³²⁾

Serra Domínguez, Manuel, *Función del indicio...*, cit., pág. 709, donde añade: «Teniendo en cuenta que en el proceso penal normalmente las presunciones se

La (STC 111/1990, de 18 de junio (FJ 4), recuerda la necesidad de la condena basada en prueba indiciaria ha de contar con una pluralidad de indicios:

[...] aunque la prueba no sea directa, si ésta [*la condena*] 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. Por todo ello, en la medida de que queda en pie un considerable cúmulo de hechos probados en debida forma y de ellos se deriva, razonada y fundadamente, un juicio de culpabilidad, si bien de forma indiciaria, a través de presunciones, por la propia naturaleza y desenvolvimiento de los hechos (STC 174/1985, entre otras), no puede decirse que se haya violado de modo constitucionalmente censurable la presunción de inocencia del recurrente.

Sin embargo, debe reconocerse que la exigencia de una pluralidad de indicios no puede mantenerse con absoluta rigidez. Es verdad que ordinariamente serán necesarios varios hechos básicos o indicios para tener por buena la aplicación al caso de esta clase de prueba. La concurrencia de uno solo suele ser equívoca. Pero hay casos excepcionales, por lo demás nada infrecuentes en determinados delitos y zonas geográficas, en que la especial significación como indicio de un determinado hecho básico puede acreditar de modo indubitado la realidad del hecho consecuencia⁽³⁴⁾. Y es que, como recuerda Muñoz Sabate, «los indicios no se cuentan, sino que se pesan»⁽³⁵⁾.

En fin, «si tenemos presente que el juicio de hecho de la sentencia está integrado por diversos hechos relacionados entre sí, nada impide que cualquiera de ellos devenga probado a través de una sola presunción, máxime si existe una relación de gran fuerza entre la afirmación base y la presumida»⁽³⁶⁾.

De hecho, si observamos la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que en las más recientes sentencias, cuando glosa su propia doctrina relativa a los requisitos de la prueba indiciaria, ya no aísla expresamente como uno de tales requisitos el que los

forman a base de relaciones de causalidad, si un efecto determinado puede tener varias causas, no podrá considerarse probada la causa partiendo del efecto. Si en cambio existen dos efectos que pueden haber sido producidos por diversas causas, de las cuales sólo una es común a ambos, podrá formarse con una cierta seguridad la presunción de que ambos efectos son debidos a una causa común. Y conforme vaya aumentando el número de indicios, la probabilidad será indudablemente mayor.»

⁽³³⁾Asencio Mellado, José María, *Presuncion de Inocencia...*, cit., pág. 175.

⁽³⁴⁾No parece difícil aceptar que cuando al acusado se le han intervenido 100 kilogramos de hachís ello pueda ser suficiente indicio para estimar que trataba de destinarlo al tráfico.

⁽³⁵⁾*Tecnica probatoria* cit., pág. 192. Se trata de un viejo aforismo citado entre otros por Devis Echandia, *Teoria Geneal de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1970, pag. 656; Sicard, *La preuve en Justice*, París, 1960, pág. 363.

⁽³⁶⁾Serra Domínguez, Manuel, *Funcion del indicio...*, cit., pág. 708.

indicios sean plurales, limitándose a señalar genéricamente que: *a)* la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y *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 [cfr., p. ej., SSTC 24/1997 (FJ 2.º), 45/ 1997 (FJ 6.º) y 68/1998 (FJ 5.º)].

El Tribunal Supremo, aunque sea excepcionalmente, sí admite la convicción judicial fundada en un solo indicio. Tal es el criterio de la STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 6999) ⁽³⁷⁾

[...] 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: [...] *b)* que sean plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular potencia acreditativa.

En cualquier caso, de haber varios indicios, éstos tienen que ser unívocos, unidireccionales. O, en palabras de la STS de 5 de febrero de 1998, «que entre sí se encuentren en cierto modo articulados, de forma que recíprocamente se refuercen y no se neutralicen».

Claro es que, el concurso de indicios no exige coincidencia en cuanto al tiempo, pudiendo ser anteriores, concomitantes o posteriores. al hecho consecuencia. La univocidad que se predica consiste, «o en la indudable relación del hecho generador con el hecho principal, o en la relación de los indicios entre sí»⁽³⁸⁾. Es preciso -sigue diciendo Mittermaier- que todos recaigan sobre el mismo objeto cuya averiguación trata de hacerse, y que cada uno de ellos designe al mismo inculpado.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 5 de febrero de 1998

(FJ 2)⁽³⁹⁾

[...] El hecho de que en el arma blanca encontrada en el domicilio del procesado días después de la muerte de la víctima apareciesen restos de sangre humana, el perfil genético de cuyo ADN coincidió en el de la sangre de la víctima, una vez realizadas las pruebas pertinentes en la Sección de Biología del Instituto Nacional de Toxicología, unido al dato científico de que la posibilidad de encontrar un individuo con el mismo perfil genético es de un 0,072 %, es decir, estadísticamente despreciable, se debe considerar, frente a lo que se afirma en este motivo del recurso, mucho más que un indicio. Aquel hecho empírico y este dato científico, conjuntados, equivalen a la práctica seguridad de que la navaja del procesado estuvo en contacto con la sangre de la víctima. Si dicha seguridad se pone, a su vez, en relación con: *a)* el dictamen médico-forense según el cual las heridas determinantes de la muerte

(37) En idéntico sentido la STS de 5 de febrero de 1998 (AI, 646).

(38) Mittermaier, C.J.A, *Tratado de la prueba...*, cit., pág. 386.

(39) Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo (*Base de Datos Aranzadi*, marginal: RJ 1998/646)

de la víctima se hubieron de causar con una navaja idéntica a la navaja del procesado, *b*) la circunstancia de que éste conoció a la víctima horas antes de su muerte, por lo que los restos de sangre detectados en la navaja no podían proceder de una ocasión anterior, *c*) el hecho indudable de que fue el procesado la última persona que fue vista la noche de autos en compañía de la víctima y *d*) el dato significativo -que esta Sala ha podido comprobar haciendo uso de la facultad que le reconoce el art. 899 LECrim- de que no ha sido posible hallar y analizar el jersey o camisa que llevaba el procesado cuando los hechos tuvieron lugar, nos encontramos ante un cúmulo de indicios -no ante uno solo como supone el recurrente- que apuntan inequívocamente en la misma dirección incriminatoria que la incontestable prueba biológica.

C) El nexo causal ha de ser racional y lógico

Como es sabido, «lo que el indicio muestra no es lo que en definitiva se quiere probar, sino un paso intermedio para llegar a ello con la ayuda de una regla de relación lógica, científica, estadística o de experiencia entre los dos hechos» (voto particular a la STC 68/ 1998). La valoración de la prueba indiciaría conduce a una presunción; y toda presunción se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro mediato. Al faltar, pues, por la propia naturaleza de las pruebas indirectas, un enlace directo y preciso con el hecho que se declara probado, dicho enlace deberá ser demostrado a partir de la certeza de los indicios y de la solidez de la regla que une lo que los mismos prueben directamente y lo que se pretende probar.

La prueba indiciaría requiere, por consiguiente, un proceso de inferencia (inductivo) que aune el indicio (hecho antecedente o hecho base) con el hecho presunto (el que se necesita probar), pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea *precisa* y *directa*. Así lo afirma, por ejemplo, la STC 182/1995, de 11 de diciembre (FJ 3):

Este Tribunal ha considerado admisible la prueba indiciaría siempre que con base en un hecho plenamente acreditado, pueda inferirse la existencia de otro por haber entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. Se trata pues, de una operación lógica consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/1985,175/1985,217/1989,40/1990, y 93/1994).

Al propio tiempo, la conclusión así obtenida ha de ser fruto de una *inferencia lógica*, y no de una mera suposición o conjetura (STC 174/1985); o, lo que es lo mismo, el proceso deductivo ha de ser *coherente* (STC 256/1988), *no arbitrario, irracional o absurdo* (STC 175/1985).

Es posible, y **frecuente**, que los mismos hechos (**indicios probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan** en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso -indica la STC 174/1985 (FJ 6)- «el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar porqué elige la que estima como conveniente».

D) ++++++Motivación en la sentencia

La motivación de las sentencias, de «todas» las sentencias y no sólo de las que se funden en prueba indiciaria, no constituye una simple formalidad. Es una exigencia derivada, fundamentalmente, de lo establecido por el Artículo 82.1 de la Constitución Política de Honduras sobre el derecho de defensa⁽⁴⁰⁾. Difícilmente podrá la parte rebatir en instancias superiores los argumentos que han servido de base para su condena si no han sido expuestos con claridad en la sentencia. Lo que se quiere es -según afirma la STC 231/1997-«que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera».

En concreto, cuando se trata de una condena basada en hechos indiciarios, la motivación expresa sobre las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración es una exigencia básica para poder determinar si existió verdadera prueba indiciaria o si lo único que se produjo fue una actividad que tan sólo logró arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado. La STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 7), trató de explicar la necesidad de que en la sentencia se exprese el desarrollo lógico que llevó al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, singularmente en los casos de prueba indiciaria:

[...] Es cierto que el artículo 242 [*sic; rectius*: 142/ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la forma en que se han de redactar las sentencias, no impone que se recoja en su texto el desarrollo lógico que lleva al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, pero también es cierto que no lo impide. Ahora bien, cuando el artículo 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

⁽⁴⁰⁾ La necesaria motivación de las resoluciones judiciales, singularmente autos y sentencias, viene igualmente impuesta por el derecho de acceso a la jurisdicción a que se refiere el Artículo 82.11 de la Constitución hondureña. Este derecho, que implica el de acceso a la tutela judicial, tiene su proyección en distintas vertientes (cfr., p. ej., STC 102/ 1984): a) derecho a acceder al sistema judicial; b) derecho a obtener una resolución motivada (fundada en derecho) y de fondo, salvo -en cuanto a esto último- que existan obstáculos procesales insubsanables; c) derecho de acceso a los recursos legalmente previstos; y d) derecho a obtener la ejecución de las sentencias.

Y es que, el derecho a la tutela judicial es -en palabras de García Morillo-, un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales». Cfr. García Morillo, Joaquín, *Derecho Constitucional* (con López Guerra y otros), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 280.

conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden devirtuar la presunción de inocencia. Conviene advertir que no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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. Tampoco se trata de que el juzgador tenga que detallar en la sentencia los diversos momentos de su razonamiento, sino las líneas generales de ese razonamiento. Esta exigencia, no es por otra parte nueva en nuestro Derecho postconstitucional. La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, relativa al procedimiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, establece en su artículo 10.6 que el Juez dictará sentencia «en la que se recogerán de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado». No es difícil ver en esta disposición una acertada aplicación de principios constitucionales, y no una peculiaridad derivada de la especial naturaleza de ese tipo de juicios.

En parecidos términos, y circunscribiendo también su doctrina a la denominada prueba indiciaria, la STC 175/1985, de 17 de diciembre (FJ 5), declara:

En conexión con lo anterior, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con la denominada prueba de indicios, y con la posibilidad de que a partir de la misma el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de hechos no probados directamente en el juicio oral, sea que tales hechos figuren en el atestado, o en las actuaciones sumariales, o al margen de los mismos.

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 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 procesado 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, y de otra, que ello es 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, 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.

Ya en términos generales, la STC 46/1996, de 25 de marzo, puede ser un claro exponente de la doctrina elaborada por el Alto Tribunal en relación a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales⁽⁴¹⁾. En dicha sentencia se dijo (FJ 3): Este Tribunal ha elaborado una amplia doctrina sobre la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 122/1994, 177/1994, 153/1995, entre otras muchas), que puede resumirse en las siguientes declaraciones: a) La obligación de motivar las sentencias que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales, puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE que comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, determina la necesidad de que las resoluciones judiciales (autos y sentencias) contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del artículo 24.1 CE; b) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales. No exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior.

⁽⁴¹⁾ Doctrina literalmente reproducida en la STC 231/1997, de 16 de diciembre (FJ 2)

En fin, si la motivación de la sentencia penal es necesaria en cualquier caso, más aún lo es cuando se valoren pruebas indirectas o circunstanciales. Entonces, el razonamiento consustancial a la prueba indiciaría sirve precisamente para determinar si lo valorado constituye o no una prueba apreciable. La motivación, como plasmación externa de este razonamiento, es la única vía que permite controlar si el proceso deductivo es lógico; esto es, si existe un enlace lógico y suficientemente sólido («preciso y directo») entre los hechos base (indicios) y los hechos declarados probados; o, por el contrario, los elementos utilizados como cauces de inferencia de la culpabilidad del acusado se muestran incoherentes, arbitrarios, irracionales o absurdos, en cuyo caso se vería vulnerada la presunción de inocencia.

Como se dice en la STC 229/1988, precisando la doctrina que estamos exponiendo, la sentencia ha de contener «no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a las mismas, y el *iter mental* que ha llevado a entender probados los hechos constitutivos de delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido».

Por lo demás, y de acuerdo con lo expuesto por la STC 175/ 1985 (FJ 5), «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».

Con todo, debe retenerse que la falta de motivación en la instancia es considerada un defecto subsanable en casación. La STC 256/ 1988, de 21 de diciembre (FJ 3), es un buen ejemplo de esta doctrina:

[...] Es cierto que en su sentencia la Audiencia omite injustificadamente la fundamentación lógica por la que llega a la conclusión de atribuir al recurrente en amparo participación en los hechos enjuiciados, pero nada impide que pueda entenderse subsanada dicha falta por el Tribunal Supremo: Primero, como se *dijo* en el auto de 8 de abril de 1988, RA 28/1988, porque ello es coherente con el cauce utilizado de la casación por infracción de ley que, a diferencia de aquella que se sustenta en infracciones procesales, no obliga a retrotraer las actuaciones al momento en que se cometió el vicio, y, además, porque así lo impone la misma lógica interna del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional [art. 44.1 c) LOTC].

El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina subrayando el *carácter eminentemente formal* de la motivación. La STS de 15 de abril de 1989 (Ar. 3355), tras sentar que los Jueces deberán fundamentar sus sentencias «con el objeto de posibilitar en la casación el control de sus apreciaciones respecto de los elementos subjetivos del delito», inmediatamente después (FJ 3) señala que:

[...] Ello no quiere decir, como es claro, que la ausencia de *motivación* expresa deba generar en todos los casos, como infracción puramente formal, la casación de la sentencia. En aquellos supuestos casos en los que el Tribunal Supremo pueda

reconstruir de manera procesalmente adecuada el razonamiento implícito en la sentencia, la casación no será necesaria.

Este mismo criterio sanatorio sería aplicable, *mutatis mutandis*, en el marco de la apelación⁽⁴²⁾

1.4.3.- Los contraindicios

Los contraindicios -señala MITTEERMAIER- son aquellos hechos que, «por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta en favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito y daban importancia a las sospechas»⁽⁴³⁾.

Normalmente los contraindicios suelen consistir en las explicaciones o coartadas que los acusados ofrecen a fin de enervar la virtualidad de los indicios de cargo existente en su contra. Pero, claro está, las más de las veces tales explicaciones o coartadas son una mala invención, inverosímil y pueril, contraria a las normas de la lógica o, incluso, de probada falsedad a la vista de otras pruebas.

El tratamiento que entonces haya de darse a los pretendidos contraindicios que, finalmente, han resultado frustrados es una cuestión poco clara. El Tribunal Constitucional español se refiere a *i* los contraindicios indicando al juzgador que ha de aceptarlos o rechazarlos fundadamente y que el simple hecho de que la coartada resulte falsa no puede servir para condenar al acusado. Fiel exponente de ello es la STC 24/1997, de 11 de febrero (FJ 3):

En el presente recurso se suscita específicamente el problema relativo a la determinación de la eficacia que constitucionalmente debe atribuirse a los denominados «contraindicios», como, por ejemplo, pueden serlo las declaraciones falsas o las coartadas poco convincentes. Este Tribunal ha precisado que «la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulte contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable» (STC 229/1988); «ciertamente el acusado no tiene que 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» (STC 174/1985).

Aparentemente podría pensarse que el Tribunal Constitucional toma la escasa o nula verosimilitud o credibilidad de las explicaciones o exculpaciones del acusado como un hecho neutro: intrascendente en cuanto no está obligado a confesarse culpable y, por ende, inane para declarar la culpabilidad del acuso. Pero si bien es cierto que la condena

⁽⁴²⁾ Cfr Belloch Julbe, Juan Alberto, *La prueba indiciaria*, cit., pág. 73.

⁽⁴³⁾ En *Tratado de la prueba...*, cit., pág. 376.

no puede fundarse tan sólo en la falsedad de una coartada, nada impide valorar este hecho como un elemento indiciario más, junto con otros para llegar a la convicción de su culpabilidad. El Tribunal Constitucional no niega radicalmente esta posibilidad y, por lo demás, aunque el acusado no tenga obligación de declarar, cuando voluntariamente lo hace, su versión de los hechos (o la probada falsedad de la misma) pueden perfectamente valorarse tanto en sentido exculpatario como incriminatorio.

Esta parece ser la tesis del Tribunal Supremo, quien lo toma, en ocasiones, como una especie de «indicio de segundo orden». Así, por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 1986 (Ar. 5614), señala 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⁽⁴⁴⁾.

Claramente lo admite como un indicio más, sin ambages de ningún género, la STS de 29 de septiembre de 1997 (Ar.6830):

[...] Cuarto, la inverosimilitud de la razón explicativa de la posesión ofrecida por ambos inculpados a la luz de sus propias contradicciones internas. En efecto, el relato resulta objetivamente inverosímil, pues afirmado que la droga pertenecía a un tercero y que la intención posesoria era al efecto de su devolución, sin embargo nada se especifica en relación a la persona destinataria ni tan siquiera en relación a las circunstancias espacio-temporales en las que se produciría dicha devolución, limitándose ambos inculpados a manifestar que se dirigían a Alcanar a devolver un paquete conteniendo droga a persona indeterminada y en lugar tampoco determinado; indeterminación que por elementales máximas de la experiencia hacía poco probable el éxito del viaje, lo que contrasta con el alto riesgo que implica la posesión de sustancia estupefaciente en la cantidad que resultó finalmente intervenida y del que eran plenamente conscientes los inculpados

1.4.4.- Clasificación de los indicios

Si pretensiones académicas y a los únicos efectos de servir de pauta orientativa a la hora de elaborar el razonamiento lógico inductivo que nos lleva del hecho base al hecho consecuencia, exponemos seguidamente la clasificación de los indicios a partir de las efectuadas por *Ellero*⁽⁴⁵⁾ y *Reyes Alvarado*⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ En el mismo sentido la STS de 30 de septiembre de 1997 (Ar. 7168) tras exponer toda una serie de indicios de cargo, afirma « [...] todo lo cual concatenado, y *sumado a la falta de verdad de las explicaciones* que Luis y José dieron sobre lo que en horas coincidentes hacían [...] han conducido con toda lógica al Tribunal sentenciador a concluir que es indudable la presencia y la intervención de este recurrente y de José A. en los hechos de que fueron acusados»

⁽⁴⁵⁾ Ellero, Pietro, *De la Certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba materia penal*, Reus S.a. 6.ª ed., Madrid, 1968, págs. 69 y ss.

⁽⁴⁶⁾ Reyes Alvarado, Yesid, *la prueba indiciaria*, Ediciones Reyes Echandía Abogados "da.", 2.ª ed., Bogotá (Colombia), 1989 .

1.4.4.1.- Indicios de capacidad física

Lo único que pueden acreditar es la aptitud del acusado para delinquir, en cuanto reúna las condiciones necesarias para realizar el concreto comportamiento del que se le acusa; indicios que sólo pueden tener importancia cuando tal comportamiento exija determinados requisitos de inteligencia, conocimientos, complexión o fuerza física en su autor. Piénsese en el robo efectuado introduciéndose en el inmueble a través de una pequeña canalización o abertura sólo apta para personas muy delgadas y menudas.

1.4.4.2.- Indicios de capacidad moral

Son aquellos hechos que pueden revelar una inclinación al delito por parte del acusado. Aunque de escasa importancia y con valor secundario en orden a determinar la autoría de los hechos, pueden utilizarse como tales los antecedentes penales: condenas anteriores contra el mismo sujeto por hechos delictivos semejantes o que violen un mismo bien jurídico. En esta sede no tienen cabida los antecedentes policiales porque cuando son sólo tales no podemos afirmar que nos encontremos ante hechos completamente acreditados (cfr. art. 1249 CC español), aunque quizás sí podrían servir como elementos coadyuvantes respecto de los demás indicios.

1.4.4.3.- Indicios relativos al móvil

Descubrir que el acusado tenía un motivo concreto para cometer el delito es, sin duda, un indicio apto para -junto con otros- llegar al convencimiento de su participación en el delito. Ello no significa, a *contrario*, que la falta de aparente móvil haya de llevarnos ineludiblemente a negar la autoría del acusado. Como bien indica Delgado García, «la experiencia nos muestra con relativa frecuencia que hay delitos con autoría comprobada en los que, normalmente por deficiencia probatoria, no llega a conocerse el móvil del comportamiento punible»⁴⁷

1.4.4.4.-Indicios de oportunidad

Se refieren a la presencia del acusado en el lugar del hecho y a la hora de su comisión. Según fueran muchos o pocos (o tan sólo el imputado) quienes tuvieran ocasión u oportunidad de cometer el delito, estos indicios tendrán, a su vez, menor o mayor fuerza probatoria.

1.4.4.5.- Indicios de manifestación

Las actividades anteriores a la perpetración del delito (preparatorias del mismo) y las posteriores a su comisión (tales como actos destinados

⁽⁴⁷⁾ Delgado García, Joaquín, «Prueba de indicios», en *La prueba en el proceso penal II* colección «Cuadernos de Derecho Judicial», 1996\ tomo IX, pág. 394.

a la ocultación del delito o a impedir su investigación), pueden proporcionar datos fácticos relevantes para inferir el hecho consecuencia. Entre los actos posteriores, estima Delgado García que «pueden tener alguna importancia los relativos a la actitud del acusado en relación al proceso, por ejemplo, haciendo declaraciones contradictorias o que se acreditan falsas o no creíbles⁴⁸ \ o tratando de eliminar pruebas o de impedir que se practiquen mediante amenazas o engaños, etc. También el estado de ánimo (nerviosismo o tranquilidad) del imputado puede tener alguna pequeña significación en algún caso concreto.»

El silencio del acusado ante ciertas preguntas puede, según los casos, ser otro indicio que refuerza las pruebas de cargo. Así se establece en el fundamento jurídico 16.º de la STS de 29 de noviembre de 1997 (Ar. 8535), con fundamento en la STEDH de 8 de febrero de 1997 (caso *Murray versus Reino Unido*):

Consideramos preciso dejar constancia de la forma en que se produjeron los interrogatorios de los acusados para afirmar la posibilidad de valorar determinados silencios como refuerzo de otras inferencias y acreditaciones que obran en la causa, pues, como se expresa en la antes citada STEDH 8 febrero 1997 (Caso Murray c. Reino Unido) no cabe considerar injusto el procedimiento criminal por haber tenido en cuenta el silencio de los imputados al evaluar la persuasión de otras evidencias que consten en las actuaciones. En síntesis, en los párrafos 45 a 51 de la reciente resolución citada, se señala que la cuestión en cada caso particular es si la evidencia aducida por la acusación es lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque opta por permanecer en silencio. Sólo si la evidencia contra el acusado pide una explicación que el acusado debería estar en posición de dar, su negativa a hacerlo puede, como una cuestión de sentido común, permitir la deducción de una inferencia de que no hay explicación y que el acusado es culpable. A la inversa, si el caso presentado por la acusación tiene tan poco valor evidencial que no pide respuesta, una negativa a contestar no puede justificar una inferencia de culpabilidad.

Contra tales conclusiones no puede argumentarse que la deducción de inferencias razonables del comportamiento del acusado tenga el efecto de trasladar la carga de la prueba de la acusación a la defensa como para infringir el principio de presunción de inocencia.

En relación con este mismo grupo de indicios, el autor antes citado considera que pueden tener cierta relevancia, en algún, supuesto, «el intento de soborno a los funcionarios, testigos o coimputados por parte del acusado, o la fuga intentada o consumada por parte de éste cuando se encontraba detenido o preso». Otro indicio que aquí se incluye, aunque con muchas cautelas, es el caso

48 Recuérdese en este punto la equívoca postura sostenida al respecto por el Tribunal Constitucional español.

de que el acusado se haya enriquecido y no pueda justificar la causa. Hay que tener cuidado con la utilización aislada de este indicio, pues evidentemente el origen de un injustificado enriquecimiento puede hallarse en la comisión de un delito distinto de aquél por el que se le acusa o en una simple infracción fiscal, por el deseo de ocultar ciertos bienes o ingresos a la Hacienda Pública aunque sean procedentes de negocios lícitos.

1.4.4.6.- Indicios de huellas materiales

Son los que suelen tener mayor significación como medio para inferir las circunstancias del delito y la identificación del delincuente. Se trata de indicios vinculados con el hecho mismo de la ejecución criminal y consisten en el hallazgo de objetos o de huellas que ponen en relación inmediata a una persona con la dinámica o circunstancias delictivas.

A veces sucede que se encuentran en poder del acusado los instrumentos con que se cometió el delito (armas, vehículos, máscaras, ganchos, etc.), o alguno de los objetos sustraídos en un robo o hurto. Algunos de ellos, como este último, por sí sólo no tendría relevancia suficiente para acreditar el robo, pero unidos a otros pueden tener una importante significación en el caso concreto.

En otras ocasiones, -los indicios de esta índole se encuentran en el lugar del crimen y revelan la presencia del abusado en dicho lugar. Desde las huellas corporales: huellas dactilares, semen, cabellos, saliva, sangre, rastros de piel, etc.; hasta las relativas a objetos de uso más o menos personal: huellas de zapatos, de neumáticos de coche, trozos de ropa, pañuelo, cigarrillos, encendedor, colgante, mechero, etc.

1.4.4.7.- El modus operandi

Las circunstancias similares y a veces idénticas en cuanto a la zona o lugar y a la dinámica en la comisión de varios delitos puede servir de indicio para averiguar la autoría de los mismos si, probada la actuación en alguno o algunos de tales hechos, se ignora respecto de los demás. Es frecuente, por ejemplo, que una banda de atracadores de entidades bancarias realice varios hechos de esta clase con el mismo número de componentes, con las mismas armas y con distribución de sus tareas de modo similar. La identificación de los autores de uno o varios de tales hechos puede tener relevancia indiciaria respecto del resto.

2.- DETERMINACIÓN DEL SUJETO PASIVO
RELACIONADO CON EL DELITO: LA
IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

2.1.- Identificación del imputado

Comprobada la existencia de un hecho delictivo procede iniciar las investigaciones para descubrir a su autor. La etapa preparatoria, y dentro de ella la investigación preliminar, persigue precisamente como uno de sus objetivos «practicar todas las diligencias pertinentes y útiles» no sólo para determinar la existencia del hecho punible sino también «para establecer el grado de responsabilidad de los agentes» (Art. 272 CPP). Se comprende entonces, sin dificultad, la importancia que en la fase de investigación -y, naturalmente en el juicio oral- tiene toda la materia referente a la identificación de los imputados. No en vano señaló la STC 93/1996, de 28 de mayo (FJ 3), que:

[...] uno de los presupuestos más elementales que integran el proceso penal, está necesariamente constituido por la certeza de la identidad de la persona objeto de acusación, ya que si ella falta o es dudosa, toda la estructura procedimental se viene abajo, puesto que se puede alcanzar la convicción legítima de que un determinado hecho punible se produjo, pero ello no supondría la determinación de la identidad de quién fue en concreto la persona física que lo llevó a cabo. [...] son los órganos públicos de persecución y los Jueces y Tribunales los llamados a llevar a cabo esta determinación, incluso cuando la persona interesada en su descubrimiento, actúa de manera perezosa o negligente.

El Código Procesal Penal hondureño comprende una diversidad de actuaciones relativas a la identificación del inculpado desde una doble perspectiva: «material» y «formal». Por una parte se pretende individualizar al responsable del delito, designándolo singularmente a través del reconocimiento en rueda (arts. 253 y ss.). Por otra parte su identificación formal consiste en establecer los datos o circunstancias personales del presunto delincuente (edad, informes de conducta, antecedentes penales, etc.)⁽⁴⁹⁾.

Junto al clásico sistema de identificación «en rueda» fueron surgiendo rigurosos métodos científicos que proporcionaban datos identificadores de certeza absoluta, como sucedió con las huellas dactilares. En la actualidad, los análisis de voz y los marcadores de ADN extraídos de restos sanguíneos, de semen, de cabellos, de piel, etc., constituyen las más novedosas aportaciones a la criminalística con el objeto de cooperar eficazmente en el descubrimiento de los autores del delito. Pues bien, en el nuevo_

⁽⁴⁹⁾ La necesidad de establecer estos datos viene salpicada a lo largo del Código en preceptos tales como los artículos 28.1, 36.3, 194, 290, 338.2ª.4).

Código Procesal Penal puede encontrarse una normativa moderna habilitante del uso de todos estos métodos de investigación que, sin duda, son más fiables y eficaces que la identificación del imputado a presencia judicial.

Pero los medios probatorios no pueden anclarse en los conocimientos del año 2000. Ningún avance científico o descubrimiento técnico, actual o futuro, es rechazable a este propósito. De ahí que, con acierto, el Código Procesal Penal se haya alineado con el criterio del *numerus apertus* en materia probatoria y señale la posible utilización de «cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sea objetivamente confiable» (Art. 199). Claro es que cualquiera que sea el método identificador, siempre habrá de respetarse escrupulosamente la dignidad e intimidad de las personas, pues de lo contrario nos encontraríamos ante pruebas prohibidas por violentar derechos fundamentales.

2.2.- Identificación fotográfica

El Artículo 253 del CPP autoriza la utilización de la fotografía del sospechoso a efectos de su reconocimiento, cuando aquel no pueda estar presente.

2.2.1.- Es un medio legítimo de investigación

Es relativamente frecuente que la primera identificación del presunto autor de un hecho delictivo se realice en las dependencias policiales a partir de la exhibición a los testigos de álbumes fotográficos de delincuentes. Esta técnica policial permite iniciar la investigación centrando la atención en un sujeto concreto. En ocasiones no hay otra alternativa: es «de imprescindible empleo en todos los casos en que se desconoce la identidad del autor del hecho punible» (STS de 19 de febrero de 1997) y constituye la única forma de que los testigos presenciales contribuyan a la identificación de los autores del hecho delictivo. Como señala la STS de 1 de octubre de 1996 (FJ 3.2):

Las actuaciones encaminadas a la identificación del posible autor de un hecho punible, se inician normalmente por la Policía Judicial que parte de las fichas policiales fotográficas de los sospechosos reseñados que se muestran a las víctimas o testigos presenciales para su posible identificación.

Ante la ausencia de otros datos para identificar al delincuente, la STS de 23 de enero de 1995 (FJ 1) destaca la importancia de este medio de investigación:

[...] A veces, porque no existen datos para identificar al delincuente y, por tanto, no ha podido ser detenido, es imprescindible acudir a la exhibición de fotografías, procedimiento válido, desde luego, pero tan sólo como medio policial de investigación que puede servir para ulteriores diligencias, que sean base de verdaderas pruebas posteriores.

2.2.2.- La exhibición no debe limitarse únicamente a la fotografía del sospechoso

En las dependencias policiales, a los testigos deben mostrárseles álbumes con una pluralidad de fotografías, y permitirles que los examinen sin sugerir la posible identificación de alguna de ellas. La STS de 1 de diciembre de 1995 entendió que mostrar solo una fotografía revela falta de neutralidad del investigador. Dice así (FJ 4):

[...] cabe la posibilidad de que el resultado de dicho reconocimiento fotográfico –ordinariamente un simple medio de investigación y no probatorio–, sea incorporado al juicio a través de la referida declaración y valorado a efectos probatorios una vez sometido a los principios de inmediación y contradicción. Pero para la validez de esta posibilidad excepcional (que el reconocimiento inicialmente practicado como medio de investigación pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia al incorporarse al proceso a través de otros medios de prueba), constituye una condición inexcusable la absoluta neutralidad del investigador (STC 36/1995, de 6 febrero), neutralidad que se encuentra ausente cuando, como sucede en el caso actual, consta que a los coimputados detenidos no les fue mostrado un álbum o colección de fotografías para efectuar el reconocimiento sino una sola que fue precisamente la de la acusada. Esta circunstancia pudo tener una eventual influencia sobre la identificación, e impide que reúna los requisitos de la fiabilidad necesarios para su valoración en estas condiciones como prueba de cargo.

La necesidad de que sean varias las fotografías que se exhiban al testigo *recognoscente* se deriva del propio texto legal toda vez que la identificación fotográfica se incardina dentro de la diligencia de «reconocimiento de personas en rueda» (Art. 253), que exige, para llevar a cabo el reconocimiento, que el sospechoso (o, en este caso, su fotografía) se ponga junto a la de otras personas que físicamente se le parezcan (apartado 2, del citado Art. 253).

2.2.3.- Carece, por sí sola, de valor probatorio

La exhibición de álbumes fotográficos por parte de la Policía o del Ministerio Público no es propiamente una prueba, sino solo un acto de investigación; una técnica policial apta para, en caso de reconocimiento positivo, abrir una línea de investigación. No obstante puede adquirir carácter probatorio, bien sea como prueba anticipada, bien introduciéndose en el juicio oral a través de otros medios de prueba.

a) *Prueba anticipada*. Con carácter general, es posible anticipar la prueba si se da alguna de las circunstancias exigidas por el Artículo 277: pruebas expuestas a posible contaminación, deterioro, no reproducibles o incompatibles con la concentración del debate.

El Artículo 256 del CPP admite la posibilidad de que el reconocimiento pueda tener carácter de prueba anticipada siempre que se cumplan las

garantías de intermediación judicial y contradicción; es decir, que la prueba sea intervenida por la autoridad judicial (Juez de Letras) y se dé oportunidad de participar en ella al Ministerio Fiscal y al defensor del imputado. Si concurren los presupuestos y garantías de la prueba anticipada, el reconocimiento fotográfico podría ser incorporado al debate mediante la lectura del acta en que conste (arts. 256 y 311.4).

b) *Ratificación en el acto del juicio oral.* Si la identificación fotográfica no se practicó como prueba anticipada, puede ser incorporada al acervo probatorio mediante su ratificación en el juicio oral por parte del testigo recognoscente, adquiriendo así, con contradicción de las partes e intermediación del Tribunal de Sentencia, el carácter de prueba de cargo. La STC 40/1997 admite que el reconocimiento fotográfico ante la Policía puede alcanzar valor probatorio si se introduce en el juicio oral a través de otro medio de prueba, cual podría ser la comparecencia del identificante o de los policías ante los cuales se practicó el reconocimiento. En esta línea se expresa la STS de 7 de abril de 1994 (FJ 1):

Con referencia a la «identificación fotográfica policial», que no es otra cosa que una simple apertura de línea investigatoria y que, por ello no tiene naturaleza de medio probatorio, adquiere sin embargo dicho carácter cuando se ratifica en él plenario o juicio oral, con juego de los principios rectores del proceso de publicidad, oralidad, contradicción de las partes e intermediación del Tribunal, máxime si se tiene en cuenta que la diligencia de identificación conocida en la práctica forense como «reconocimientos en rueda», no es un medio de prueba exclusivo ni excluyente, como se deduce de la regulación que, de la misma, se contiene en los artículos 368 y siguientes de la Ley Adjetiva referida⁽⁵⁰⁾.

2.2.4.- El reconocimiento fotográfico no contamina ni erosiona la práctica de posteriores reconocimientos en rueda o en el acto del juicio oral

Resulta harto frecuente que la defensa del acusado pretenda la ineficacia del reconocimiento en rueda efectuado durante la investigación.

(50) Sigue diciendo esta sentencia (FJ 2):

«A la vista la anterior doctrina, patente queda la inviabilidad del motivo y recurso, si se tiene en cuenta que, a pesar de la negativa del acusado a declarar en fase preprocesal y de la negación de su participación en los hechos, tanto en fase sumarial como en el juicio oral, ha sido identificado por dos de los testigos presenciales ante las fuerzas policiales y por un tercero con dudas (folios 7, 8 y 9). TOS que lo hicieron a través de las fotografías que se les exhibieron y más tarde ratificaron ante el instructor (folios 26, 37 y 38) y momento de plenario, aunque dado el tiempo transcurrido no recordaban detalles, pero sin dudar de la identidad del reconocido y admitiendo ser las mismas las fotografías que en dicho acto se les mostraron y las que tuvieron a la vista en Comisaría

En conclusión no puede afirmarse que la Sala haya carecido de acervo probatorio, obtenido conforme a las garantías procesales y constitucionales y con suficiente aptitud incriminatoria para constatar la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado, hoy recurrente, como lo que la alegada vulneración de la verdad interina de inculpabilidad, carece de fundamento alguno, puesto que dicha presunción quedó enervada por los medios probatorios referidos.»

preliminar o del llevado a cabo en las sesiones del juicio, alegando que fue viciado o contaminado por la previa identificación fotográfica. Tales alegatos son normalmente inútiles, como se ha encargado de reiterar la doctrina jurisprudencial (p. ej., STS de 26 de mayo de 1999).

Para una mejor comprensión del tema propuesto, se hace preciso distinguir dos aspectos sobre los que aparentemente podría incidir la previa visualización fotográfica del acusado: la *validez*, por un lado, y la eficacia, por otro, de las ulteriores identificaciones.

2.2.4.1.- Validez de las ulteriores identificaciones

Al respecto, es pacífica la opinión de que «la exhibición de fotografías de un sospechoso a las personas que pudieran identificarle [...] en modo alguno invalida ni cuestiona una posible rueda de identificación que se practique con posterioridad» (STS de 29 de abril de 1997). Más in extenso, nos dice la STS de 19 de febrero de 1997 (FJ 8) (RJA 1615), que:

[...] Esta práctica no contamina ni erosiona la confianza que puedan suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral (S. 14 marzo 1990). En consecuencia su práctica no vicia por «contaminación» las restantes diligencias sucesivas. Esta Sala ha declarado (SS. 12 de septiembre de 1991 y 70/1993, de 22 enero) que la legitimidad de las pruebas de identificación no queda afectada por la previa exhibición fotográfica plural, «en tanto que tal práctica, como punto de partida para iniciar las investigaciones, constituye una práctica habitual y casi siempre inevitable».

También el Tribunal Constitucional español aboga por esta tesis. Dice la STC 205/1998 (FJ 5.B) que «el reconocimiento fotográfico previo no invalida por sí mismo la posterior diligencia sumarial de reconocimiento en rueda ni el reconocimiento directo en el juicio oral»; de ahí que «la alegación del recurrente de que la previa exhibición de su fotografía pudo influir en el resultado de la posterior rueda de reconocimiento no deja de ser una mera conjetura, sin soporte probatorio alguno».

Es verdad que las irregularidades en la identificación fotográfica de sospechosos durante la investigación policial privan a dicha identificación de toda posibilidad de adquirir valor probatorio, ni siquiera por la vía excepcional de ser traída al juicio a través de otros medios de prueba sometidos a los principios de inmediación y contradicción (SSTC 12/ 1995 y 36/1995). Pero tales irregularidades «no impiden que pueda tener valor probatorio el reconocimiento practicado en forma legal durante la investigación y desde luego la prueba practicada con plenas garantías de contradicción, inmediación, oralidad e igualdad de partes, en el propio acto del juicio oral» (STS 23 de marzo de 1999).

Y es que, como reiteradamente ha expresado la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS 4 de marzo de 1997) «la enérgica defensa del efecto expansivo del Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los supuestos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que como dispone expresamente el citado precepto y ha reiterado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extiende a supuestas infracciones de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías del Art. 24.2 de la Constitución Española, pues este precepto no autoriza a constitucionalizar toda la normativa procesal».

2.2.4.2.- Eficacia de las ulteriores identificaciones

Cuestión distinta es la eficacia probatoria de cargo que finalmente se dé al reconocimiento ulterior. Es aquí donde entran en juego la «credibilidad» o «fiabilidad» que haya de darse en el caso concreto a un testimonio de identificación (en rueda o en mismo acto del plenario) tras un previo reconocimiento fotográfico en sede preparatoria del juicio.

Es ésta una cuestión valorativa que corresponde al órgano sentenciador y que dependerá, entre otros factores, de la regularidad y neutralidad con que se llevó a cabo la primera identificación fotográfica. No es lo mismo, por ejemplo, partir de una sola fotografía (STS de 7 de marzo de 1997) que de una exhibición plural; ni es lo mismo que la víctima proceda a examinar los álbumes fotográficos sin ninguna orientación previa, que habiendo sido informada de que la persona que acababa de ver en los pasillos de la Comisaría, había sido detenida por hechos muy semejantes a los que se cometieron en relación con ella (STC 36/1995).

Estas circunstancias, en las que el testigo se ha visto en alguna medida condicionado, inducido o influenciado a la hora de reconocer fotográficamente al sospechoso, pueden llevar al ánimo del juzgador la idea de que las posteriores identificaciones en rueda o en el juicio oral, aun practicadas con escrupulosa regularidad, han sido mediatizadas por el primer reconocimiento, de donde la credibilidad o fiabilidad del testigo podría verse mermada. Ello habrá de ser valorado en cada caso.

La STS de 10 de febrero de 1998 (FJ 2), trata de ofrecer una explicación de porqué, en un caso concreto, la previa exhibición de fotografías no afectó en absoluto al posterior reconocimiento en rueda:

Estos reconocimientos son necesarios muchas veces cuando aún no hay datos para acudir a un reconocimiento en rueda y su resultado puede ser un eficaz medio de investigación policial que permita avanzar en ella e incluso, no siendo por sí mismos pruebas, pueden constituir base de verdaderas pruebas posteriores, sin que la exhibición de fotografías, sistema habitual y frecuente de realizar investigaciones, pueda afectar negativamente a posteriores reconocimientos en rueda (sentencias de 31 de enero de 1991, 22 de enero de 1993, 15 de marzo de 1994, 5 de mayo de 1995 y 19 de febrero y 7 de marzo de 1997). Y así ocurrió en este caso en el que la testigo-víctima de los hechos, en el reconocimiento fotográfico,

reconoció la foto de un hombre unida a un documento de identidad en que constaba su nombre y apellidos, pero en la posterior diligencia de reconocimiento en rueda reconoció sin dudar a uno de los componentes por sus características morfológicas corporales y faciales, pero no porque tuviera a la vista su nombre y apellidos y en esa identificación coincidió, sin que naturalmente pudiera ponerse de acuerdo para ello, con otra testigo que reconoció igualmente y sin dudar al mismo hombre que ocupaba lugar distinto en otra rueda, y que era el recurrente.

Lo que sí podemos afirmar es que la credibilidad de los testigos no queda afectada ni puede ser desvirtuada, sin más, por el solo hecho de que hubieran visto ya en varias ocasiones al acusado o porque previamente se les hubiera exhibido en Comisaría un álbum con fotografías del sospecho. En esta línea, el ATS de 14 de febrero de 1996 (RJA 873) hace hincapié en que el previo reconocimiento fotográfico no afecta la «fiabilidad», «veracidad» y «confianza» que merece el testigo reconecedor (51) Dice la citada resolución (FJ 1):

El reconocimiento efectuado no se desvirtúa por el hecho de habersele mostrado al testigo fotografías del hoy recurrente ya que según se ha establecido en la doctrina jurisprudencial de esta Sala sentada entre otras por la STS de 3 de abril de 1992, la fiabilidad, veracidad y consistencia de un reconocimiento o identificación, no puede ser desvirtuada, porque los testigos hubieran visto ya en varias ocasiones al acusado o porque previamente se les hubiera exhibido en Comisaría un álbum con fotografías del sospechoso. Por cuanto la utilización de fotografías como punto de partida para iniciar las investigaciones policiales constituye una técnica elemental, de imprescindible empleo en todos los casos en que se desconoce la identidad del autor del hecho punible. Esta práctica no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral.

2.2.5.- Fotografías obtenidas en el lugar de los hechos

Otra forma de identificar fotográficamente al delincuente es hacerlo directamente el Tribunal de Sentencia a través de las fotografías que de la propia comisión delictiva se hallen unidas a la causa como pruebas documentales (cfr. art. 332). Así, por ejemplo, las fotografías efectuadas por las cámaras de seguridad de un banco en el momento de efectuarse el atraco al mismo pueden ser examinadas por el órgano de enjuiciamiento en el acto del juicio como pruebas de cargo aptas para desvirtuar la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo español admitió la validez de dicha prueba en la sentencia de 8 de noviembre de 1990 (RJA 8860):

(51)

También las SSTS de 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9214), 19 de febrero de 1997 (RJ 1997/ 1615), 19 de junio de 1998 (RJ 1998\5497), 19 de octubre 1998 (RJ 1998\8715), 11 y 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8960 y 1998\8968) y 11 de marzo de 1999 (RJ 1999\8968), entre otras.

En su escrito de conclusiones provisionales, el Ministerio Fiscal propuso llevar al juicio, como prueba documental, «todo lo actuado», y lo mismo hizo, en igual trámite, la defensa de B. La Audiencia admitió esa prueba.

Entre «lo actuado» se encuentran, a los folios 17 a 28, doce fotografías, como correspondientes al desarrollo del hecho de autos, las cuales, el 31 de enero de 1989, habían sido exhibidas por el Juzgado y estando presente el letrado de B., a ese inculpado, quien manifestó «no reconocerse en ninguna... aunque es cierto que guarda un cierto parecido» [cfr. el Art. 251 CPP hondureño, sobre exhibición al imputado de los documentos incorporados al proceso]. Y el testigo V., empleado de la entidad asaltada y que fue interrogado durante la vista, había manifestado que la cámara fotográfica funcionó durante el asalto.

Ahora bien, en esos doce documentos gráficos y a pesar de que el varón asaltante aparece con parte de la cabeza embutida en una media transparente, se perciben marcados caracteres fisonómicos, aptos para identificar el hombre fotografiado.

Resulta así que: a) las fotografías quedaron sometidas en el juicio oral a las garantías propias de ese acto; b) el Tribunal, a través del cauce que prevé el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [cfr. los arts. 311, penúltimo párrafo, y 332 del CPP hondureño], pudo identificar la persona fotografiada con la que tenía delante como acusado; c) tal identificación no encierra quebrantamiento de regla alguna de la lógica, de otra disciplina o de la general experiencia, ni implica la arbitrariedad proscrita por el Artículo 9.3. CE

Por ello, dentro todavía del ámbito delimitado en el Artículo 117.3 CE y continuando con la motivación exigida en el Artículo 120.3 CE debe afirmarse que, aunque se prescindiera de la ratificación que el testigo V. efectuó en el juicio del reconocimiento realizado en rueda ante la Policía, el Tribunal a quo ha contado, en la apreciación a que se refiere el Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con un mínimo de actividad probatoria de cargo, sujeta a las garantías constitucionales y ordinarias y hábil para enervar la presunción de inocencia -cfr. SSTS 21 de septiembre de 1988 y 13 de mayo de 1989, en orden a la eficacia probatoria de los documentos gráficos-.

2.3.- Identificación mediante vídeos

La introducción de avances tecnológicos ha posibilitado, a través de la utilización de cámaras videográficas, que la toma de imágenes de los personajes intervinientes en un acto delictivo reproduzca no sólo un instante de su quehacer delictivo (imagen estática) sino también y especialmente sus acciones o comportamientos (desarrollo de la dinámica Comisiva), que pueden ser reproducidos tanto en la instrucción de la causa como en el juicio oral.

Este método probatorio puede presentar algunos puntos de fricción con el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio que habrán de ser examinados caso por caso.

2.3.1.- Vídeos grabados en lugares públicos

No vulnera el derecho a la intimidad personal la filmación en vídeo sin autorización judicial hecha en la zona común o de distribución de unos servicios públicos de tal forma que los inodoros o váteres quedan en un ángulo ciego a la cámara. STS de 5 de mayo de 1997 (PJA 3628):

4.º [...] En el caso de autos, los servicios higiénicos son públicos, en el sentido de que no hay limitación de entrada a persona alguna, salvo la que pudiere venir aconsejada en razón al sexo y, dentro ya del recinto, puede distinguirse entre una parte estrictamente privada, y, por ello, normalmente protegida por puerta de acceso y separación y otra zona en la que desaparece esa intimidad propia de los retretes. Es precisamente en esa segunda zona donde se realiza la grabación en cuanto lugar buscado de propósito por los acusados, no precisamente para proteger su intimidad o privacidad, sino para actuar en clandestinidad.

Tal como señala el Ministerio Público, difícilmente puede aceptarse que un lugar consistente en la zona común de lavabos, cuya conservación y custodia corresponde a los Municipios y su disfrute a todos los ciudadanos bajo unas condiciones, y que, por definición, excluyen cualquier aspecto de secreto o reserva del usuario, pueda desarrollarse una actividad de la esfera de lo íntimo y lo privado frente a una actividad pública necesaria de control de las instalaciones.

5.º Por otra parte, reconocida la proporcionalidad y necesidad de la medida destinada a la investigación de unos hechos delictivos que, por su cotidianeidad prácticamente habían transformado el destino de dichos servicios públicos, convirtiéndolos en puntual lugar de encuentro para el tráfico de sustancias prohibidas y, de otro lado, indiscutida la afirmación de que la videocámara enfocaba únicamente la zona de lavabos de forma tal que los inodoros o váteres quedaban en un ángulo ciego al que dicha cámara no podía acceder, resulta obligado rechazar las explicaciones que la combatida ofrece como justificación de la exclusión de la prueba obtenido con dicha grabación del elenco sometido a la valoración del Tribunal.

Imágenes grabadas en vídeo de personas que acudían a una casa a comprar drogas. No se vulnera el derecho a la intimidad. No precisa autorización judicial. STS de 19 de abril de 1996 (RJA 2886):

La filmación se hizo en espacio libre y público, desde la calle, captándose la presencia de las personas que acudían al domicilio que sospechosamente se estaba investigando como centro suministrador de droga en pequeñas dosis. No hubo quebranto en la intimidad o en la dignidad de los acusados, aun cuando parte de la filmación les afectara directamente.

En conclusión tal grabación, que no precisaba de la previa autorización judicial, no contradujo los postulados de la citada Ley Orgánica de 5 mayo 1982, los derechos en ésta salvaguardados por cierto no ilimitados en aras de los imperativos derivados del interés público. Como muy bien dice el Ministerio Fiscal, el interés público que subyace en la investigación criminal justifica no la injerencia en la vida privada ni los atentados a la intimidad, pero sí el seguimiento de los actos realizados por las personas sospechosas que acuden a lugares conflictivos.

Identificación espontánea en programa televisivo grabado en vídeo por la testigo. Es prueba válida. STS de 10 de octubre de 1994 (RJA 7886):

[...] A dicho alegato crítico debe oponerse: a) que hubo una primera identificación espontánea de la denunciante al ver al acusado en televisión, lo que le llevó a grabar el programa donde aquél aparecía, para entregar seguidamente el vídeo a los funcionarios policiales; b) lógica y naturalmente, tal identificación habría de conducir a una ratificación de la misma al practicarse la rueda, como así ocurrió, pues no resulta pensable que, dado como el reconocimiento originario se produjo, se desdijese después la denunciante al practicarse la diligencia en el Juzgado, y c) a petición de la letrado del inculpado (folio 37), se acordó por el Instructor la realización de dicha diligencia (folio 59), con la presencia de dicha letrado y en cuya práctica la víctima identificó «con total seguridad» al procesado, matizando «que tenía mejor presencia que ahora» y dio el detalle, ya referido, a que los dientes los tenía mal, sin que la letrado existente pusiera tacha alguna a la práctica de la diligencia.

Vídeo grabado por un particular que ocasionalmente se encontraba en el lugar de los hechos. Visionado por el Tribunal en el juicio oral, con garantía de contradicción, tiene valor probatorio. STS de 14 de enero de 1994 (RJA 12):

Entiende la defensa que «es un vídeo no grabado por la Policía, ni por el Juzgado, ni por un organismo público, sino por casualidad, por una persona que se encontraba allí», remitido luego por TVE al Tribunal. [...]

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no excluye la posibilidad de formas de identificación diversas del reconocimiento en rueda. El Artículo 368 de la misma deja a la discrecionalidad del Juez de Instrucción decidir sobre si «conceptúa fundamentalmente precisa la diligencia», aunque así lo hayan solicitado las partes. Por lo tanto, si en el juicio oral es posible una identificación de los acusados con todas las garantías esta prueba, que no hace más que perpetuar lo que una persona percibió con su vista, debe ser estimada como válida.

En la presente causa el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura vio con sus propios ojos el vídeo que registraba los hechos en la vista de la causa y tuvo en su presencia a las personas acusadas, pudiendo por lo tanto comprobar razonablemente si los que aparecían en la imagen eran las personas que estaban ante él, a las que, además interrogó (cfr. encabezamientos de la sentencia recurrida).

En estas condiciones es evidente que el Tribunal a quo comprobó la identidad de los acusados en forma inmediata, pública y contradictoria, con lo que la prueba, de la que no se cuestiona la licitud de su obtención, pudo ser valorada en los términos del Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.3.2.- Validez como medio de prueba

La validez como medio de prueba de las grabaciones videográficas legítimamente obtenidas, es decir, sin vulneración de la dignidad o la intimidad de las personas afectadas por la filmación, está admitida pacíficamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De ello son exponentes, entre otras, las sentencias de 6 de mayo de 1993 (RJA 3854), 7 de febrero de 1994 (RJA 702), 6 de abril de 1994 (RJA 2889) y 5 de mayo de 1997 (RJA 3628).

Claro es que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han ido señalando directrices cautelares para evitar invasiones de derechos fundamentales, por un lado; y, por otro, para garantizar su valor probatorio a base de adoptar medidas de control dirigidas a evitar la mixtificación de la película a partir de una sustitución espuria producida por el intercambio de voces, palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje). STC 190/1992:

3. Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de «pruebas» artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos. Partiendo, pues, del valor probatorio que, con las debidas precauciones, cabe otorgar al contenido de una cinta magnetofónica, deberá comprobarse a continuación si, en el caso de autos, dichas precauciones fueron observadas por los órganos judiciales.

La STS de 5 de mayo de 1997 (RJA 3628), recogiendo la doctrina de anteriores resoluciones, expone cuales son las distintas exigencias y condicionantes en esta materia:

- 1 • Corresponde a los Jueces determinar la legitimidad de un medio de tan gran actualidad ahora. El trucaje, la manipulación o la distorsión de las cintas de vídeo grabadas se evitará no sólo por medio de la técnica más depurada sino también si la prueba se practica, a través

de lo que las partes hayan solicitado, en el juicio oral con publicidad e intermediación, incluso con la visualización de las mismas y la intervención pericial oportuna en los casos en que sea necesario porque, se insiste, así haya sido pedido y así haya sido admitido por el Tribunal. Cualquier medio, en tanto que en el proceso penal no rige el sistema de prueba tasada, será válido si se respetan los derechos de las partes y sirve para algo tan esencial como es, en la investigación criminal, la identificación y el reconocimiento de las personas presuntamente culpables.

- 2.º La validez de la prueba practicada con la filmación o grabación de cintas de vídeo supone que, en la línea de lo explicado antes, no se vulneren derechos esenciales, tales la intimidad o la dignidad de la persona o personas afectadas por la filmación llevada a cabo previa autorización judicial en los casos en que sea esta necesaria, o por los particulares, Policía Judicial, Cuerpos de seguridad privada, etc., cuando la misma no sea precisa.
- 3.º En consecuencia es válida y correcta la captación en general de imágenes de personas sospechosas recogidas en la vía pública de manera velada o subrepticia, en los momentos en los que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo, pues ningún derecho queda vulnerado en estos casos.
- 4.º La filmación, si se quiere que respete los valores de la persona humana recogidos en la Constitución, sólo cabe hacerla en los espacios, lugares o locales libres y públicos, también en establecimientos oficiales, bancarios o empresariales, nunca en los domicilios o en los lugares privados o considerados como tales como, por ejemplo, los reservados de los aseos públicos, en estos casos salvo autorización judicial, circunstancias todas las apuntadas a las que debe circunscribirse el seguimiento o la vigilancia de los Jueces que, cuando deban autorizarla previamente, dictarán la resolución motivadamente razonada.
- 5.º La distinción entre lo permitido y lo prohibido ha de obtenerse en base a lo que señale la Constitución y, muy especialmente, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Por lo demás, conforme señalan las SSTS de 27 de febrero de 1996 (RJA 1394) y 5 de mayo de 1997 (RJA 3628) «los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas. Si la declaración en juicio oral de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas —en este caso, Policías locales— resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervinientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción —visualizada en el plenario— no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que dichos agentes tuvieron una percepción directa de los hechos en el *mismo momento* en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidos en dicho acto a los principios de publicidad

contradicción, oralidad e inmediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminadora de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías de los justiciables».

2.4.- El reconocimiento de personas en rueda

Aunque sólo es una de las formas de concretar el sujeto autor del delito, es la única diligencia que está expresamente prevista y regulada con cierta minuciosidad en el Código Procesal Penal (arts. 253 a 258). Una primera aproximación a los caracteres de esta diligencia nos la ofrece la STS de 7 de marzo de 1997 (RJA 1958):

El reconocimiento en rueda, como medio de identificación no exclusivo ni excluyente, es aquel acto procesal destinado y dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable del hecho criminal investigado cuando naturalmente se ofrezcan dudas al respecto (sentencias de 14 de junio de 1994, 2 de abril y 22 de enero de 1993, 5 de diciembre y 21 de enero de 1991, etc.). Es en realidad una diligencia inidónea en el plenario aunque venga la misma sustituida por el reconocimiento «in situ» si efectivamente se hubiera pedido por alguna de las partes que tuvieren o abrigaran dudas al respecto. Lo importante es consignar que la identificación puede lograrse a través de los más diversos medios legítimos, tales la declaración de testigos y de la víctima de la infracción, tales las huellas dactilares, tales las videocámaras, tales el reconocimiento en rueda del Artículo 368 de la Ley Procesal Penal.

2.4.1.- Garantías en su práctica

La forma en que ha de realizarse el «reconocimiento de personas en rueda» es la prevista en los artículos 101.10, 253 y siguientes del Código Procesal Penal, cuya observancia, en lo esencial, integra el derecho al proceso con todas las garantías⁽⁵²⁾. Las cautelas establecidas por el legislador pretenden evitar, en la medida de lo posible, que el testigo *recognoscente* sea inducido o sugestionado (consciente o inconscientemente) en orden a la identificación del sospechoso. Se alcanza así una mayor objetividad en su testimonio.

La regularidad de la diligencia del «reconocimiento en rueda» exige su práctica ante la autoridad judicial (sólo si se le quiere dar carácter de Prueba anticipada); con asistencia de letrado; entre personas de características físicas semejantes; documentándose las circunstancias y los nombres de quienes formaron la rueda; y, si fueran varios los

(52)

"Naturalmente, la afirmación de algunos sectores jurídicos de que «la diligencia practicada en forma procesalmente irregular, es absolutamente inane para ser tomada en cuenta a efectos desvirtuar la presunción de inocencia» (STS de 18 de mayo de 1988), no debe tomarse ni aplicarse con absoluto rigor; antes al contrario, debe moderarse en función de cual sea la concreta formalidad vulnerada y si de ello resulta o no el quebranto de garantías defensivas en el caso que se analice.

testigos, identificando al imputado o imputados separadamente. Un ejemplo de cómo no debe llevarse a cabo una rueda de reconocimiento se menciona por la STS de 28 de mayo de 1999 (RJA 3565):

[...] El reconocimiento de identidad que el acusado realizó en el Juzgado de Instrucción de Melilla, aparece teñido de tales irregularidades que no puede ser tenido como actividad probatoria con capacidad para conformar el hecho probado de una sentencia judicial. En el mismo, ni figura la firma del Juez, ni se indica quiénes son los identificados, tan sólo se refiere que se identifica a «los reseñados en primer lugar», con imprecisión de quiénes fueran, si uno, dos o tres, etc. Tampoco fue realizado en presencia de letrado que asistiera a los detenidos por los hechos, ni si los presentados a reconocimiento eran de circunstancias similares.

2.4.2.- ¿Posición estática o en movimiento?

Entre los requisitos que han de observarse en la práctica de esta diligencia no se encuentra el relativo a cómo han de permanecer los integrantes de la rueda (de pie, sentados, estáticos, en movimiento, etc.). Lo más frecuente es que formen una línea, en posición estática, frente al testigo que ha de efectuar el reconocimiento. Pero nada obliga a que sea siempre así. Del texto legal tan sólo se desprende la exigencia < de que quien haya de ser reconocido sea puesto a la vista del sujeto *recognoscente*, integrado aquél en una «rueda» o «grupo» de personas de circunstancias exteriores semejantes; no impide, por tanto, que los componentes de esa «rueda» o «grupo» deambulen, hablen entre ellos y se muevan con entera libertad, lo cual -señalan Diges y Mira⁽⁵³⁾ permitiría al testigo fijarse en ciertas maneras, actitudes y formas de actuar de aquéllos que facilitaría la identificación. Ello puede ser aconsejable cuando el autor o autores hayan estado en movimiento durante la comisión de los hechos delictivos, o bien cuando se pretenda identificar alguna singularidad en la forma de moverse o caminar⁽⁵⁴⁾

La STS de 29 de abril de 1997 (RJA 3622), trata precisamente de un supuesto en que la testigo pidió que el sospechoso, al que previamente había identificado, deambulase a fin de confirmar que padecía cojera. Tal hecho no supone irregularidad alguna; por el contrario, da más credibilidad y consistencia a la reconocimiento efectuado. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la sentencia citada (FJ 2), al decir que:

En esta ocasión se denuncia [...] que una de las testigos pidió tras el reconocimiento del autor del hecho, que precisamente el reconocido sin género de duda diera unos pasos, ya que el que identificaba como uno de los que cometieron el robo pudo darse cuenta de que cojeaba y ciertamente pudo comprobar que el identificado padecía de cojera. Ello, a diferencia de lo que

(53)

Margarita Diges Junto / José J. Mira Solves, «La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad», *Justicia*, 1988-III, pág. 675.

(54)

Cfr. Francisco Alonso Pérez, «Requisitos procesales de la diligencia de reconocimiento en rueda o grupo de personas», *La Ley*, 24 de septiembre de 1999, pág. 15.

pretende el recurrente, no sólo no desvirtúa la certeza del reconocimiento sino que lo corrobora con ese dato que no podía apreciarse en una posición sin movimiento.

2.4.3.- A presencia judicial

Las normas del Código Procesal Penal sobre identificación en rueda del delincuente van dirigidas a la Policía Nacional y, singularmente, al Ministerio Público, como encargados de la investigación preliminar (arts. 272 y ss.).

La presencia judicial, interviniendo y controlando la legalidad del acto sólo es precisa en los casos de prueba anticipada (arts. 256 y 277).

2.4.4.- Asistencia e intervención de letrado defensor

Para que el reconocimiento tenga carácter de prueba anticipada, señala el Artículo 256 del CPP que «deberá practicarse en presencia del Juez, del Fiscal y del defensor del imputado». Podría entenderse, *a sensu contrario*, que en los demás casos no es precisa la asistencia del defensor del imputado. No creo que sea ésta, sin embargo, la interpretación adecuada

De entrada, los artículos 15 y 101.3) del Código Procesal Penal hondureño establecen el derecho de toda persona a la asistencia y defensa letrada desde el mismo momento «en que sea detenida como supuesto partícipe en un hecho delictivo». Luego, si el imputado que va a ser sometido a reconocimiento se encuentra detenido, su asistencia del defensor (designado por el propio imputado o de oficio) es una exigencia ineludible para que la diligencia sea regularmente practicada.

Si, por el contrario, el imputado no se encuentra detenido, su derecho a la asistencia letrada en la diligencia de reconocimiento en rueda surge de la dicción del Artículo 101.10), que garantiza la presencia del defensor en todos los actos que implique elementos de prueba.

Es precisamente la asistencia de letrado en la diligencia de identificación la que confiere a la misma carácter contradictorio. El abogado que asiste al imputado en el reconocimiento en rueda puede intervenir en su defensa y, en el mismo acto, someter al testigo que le identificó a las preguntas que sean pertinentes; también puede solicitar que se haga constar en el acta cualquier incidencia o circunstancia que considere irregular.

2.4.4.1.- Ausencia de protestas por parte del letrado: conformidad con la regularidad del procedimiento

La ausencia de reservas o protestas por parte del defensor, denunciando alguna deficiencia en la diligencia del reconocimiento en rueda, es una actitud que suele considerarse como conformidad

con su regularidad. Si el abogado defensor firma el acta sin cuestionarlo, no es de recibo que después, en el acto del juicio oral, pretenda su ineficacia por supuestos defectos no denunciados temporáneamente. Bien podría tacharse tal actuación de falta de probidad y deslealtad procesal. En términos generales pueden suscribirse las palabras de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1.^a), en su sentencia de 9 de septiembre de 1998:

Si la letrada estaba presente en el acto de reconocimiento, firmando la correspondiente acta en señal de conformidad, no será válido que tras un silencio de cinco días pretenda efectuar reservas haciendo así imposible que se reflejaran en el acta, junto a ellas, cualquier observación que pudiera efectuar al respecto el instructor, el fedatario o cualquiera de los intervinientes o, de ser ciertas, solventarlas antes de ser [*la persona del sospechoso*] sometida a la vista del testigo, por lo que si en su día no se opuso a la conformación de la rueda, permitiendo que se celebrara el acto normalmente, después ya no podrá de forma extemporánea pretender cuestionarla, ante un resultado adverso a sus intereses.

Así, no obstante la necesaria constancia de los nombres y apellidos de quienes integran la rueda, esta exigencia ha sido relajada por el Tribunal Supremo español en función de la garantía que representa la presencia del letrado defensor en la diligencia de reconocimiento, sin hacer protesta alguna. STS de 3 de julio de 1987 (FJ 2) (RJA 5160):

La diligencia de reconocimiento en rueda, pese al descuido de no consignar los nombres de los que la integraban, merece una justa valoración teniendo en cuenta que la presencia del letrado representa una garantía más de que ninguna irregularidad resultaba acusable.

Igualmente, la STS de 23 de abril de 1990 (FJ 5) (RJA 3300), rechazó la alegación de que se hubiera vulnerado la normativa procesal por falta de similitud entre los que habían de ser reconocidos y los otros componentes de la rueda, porque:

[...] En este sentido hay que advertir que ninguna observación se formuló por el abogado en cuanto a la formación de la rueda en la que se cumplió con lo expresamente ordenado en el último apartado del citado Artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No le ofrece duda a la Sala que, de haberse observado la falta de similitud que ahora se denuncia, se hubiera hecho constar expresamente por el abogado que con su presencia garantizaba, desde su perspectiva procesal y material, la corrección del acto.

Por lo mismo, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1.^a), en sentencia de 17 de junio de 1997, no da credibilidad al hecho, denunciado por la defensa, de que en la rueda de reconocimiento el acusado «era la única persona que portaba los grilletes puestos y sólo él iba con traje de chaqueta». Argumenta el Tribunal Provincial que;

De la lectura de dicha diligencia, que se hizo con presencia letrada, no se advierte la menor protesta, observación o indicación.

Si la finalidad de la presencia de un letrado en la diligencia de reconocimiento policial en rueda es controlar cualquier irregularidad o incorrección, lo bien cierto es que el letrado asistente nada dijo, manteniendo un completo silencio y aceptando así cualquier anomalía, si es que ésta realmente se produjo. Nada consta en la misma, y no hay razón para pensar que ante el silencio del abogado, se hubiese cometido alguna irregularidad.

Incluso el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 10/ 1992 (FJ 4), anuda con carácter general la falta de relevancia de las irregularidades acaecidas durante la práctica del reconocimiento con el hecho de que no conste protesta del letrado.

2.4.4.2.- Ausencia de letrado: minimización de sus consecuencias

Pese a que la intervención de abogado en todo reconocimiento de identidad del detenido es en el proceso penal español una exigencia clara e inequívocamente impuesta por el legislador, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha restado, sin embargo, importancia al incumplimiento, en ciertos casos, de esta garantía. De cara a la nulidad de la diligencia practicada en ausencia del abogado defensor han de ponderarse, singularmente, dos factores: a) si la presencia letrada hubiera podido desvirtuar el resultado de la prueba; y b) si se produjo o no posterior identificación en el juicio oral.

Así, en primer término, se afirma en la STS de 25 de septiembre de 1995 (RJA 6370), que:

[...] las infracciones del derecho a contar con asistencia de letrado sólo determinan la nulidad del proceso o la invalidez de una prueba concreta cuando es manifiesto que el procesado hubiera podido desvirtuar el resultado de la prueba de haber contado con la presencia de su abogado.

Y, en segundo lugar, tal defecto será irrelevante siempre que, en el acto del juicio oral, el testigo y/o la víctima identifiquen al acusado como autor del delito. Esto es precisamente lo que sostiene la STS de 2 de febrero de 1996 (FJ 6) (RJA 788):

La doctrina de esta Sala de casación mantiene la exigencia de la presencia letrada en el reconocimiento en rueda, porque tal diligencia de la etapa sumarial o instructora debe contener todas las garantías, pero ello no empecé a su innecesariedad cuando en el momento cumbre del proceso, donde rigen plenamente los principios de publicidad, concentración e inmediación, el testigo reconoció al acusado con toda rotundidad.

[...]

Es precisamente la sentencia de esta Sala 782/1993, de 2 de abril, la que en un caso semejante, donde el reconocimiento en rueda incorrectamente realizado por no hallarse presente el abogado declaró la vulneración del Artículo 520.2.c) de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, porque añade que el testigo identificador no asistió al plenario, y ello con cita de la anterior sentencia de 26 de diciembre de 1990, determinó la ineficacia del reconocimiento. Pero aquí, no sólo es que ratifica, es que reitera cuanto expresó en la instrucción, prevaleciendo además esta prueba del juicio oral frente a la diligencia instructora, porque el reconocimiento se ha producido en el acto del juicio oral *in facie iudicis*.

Otro factor nada desdeñable es la incidencia que la propia conducta del letrado haya podido tener en su falta de asistencia e intervención en la rueda. La SAP de Barcelona (Sección 3.ª), de 19 de diciembre de 1997, apunta en esta línea:

Si bien por las defensas se han impugnado las ruedas por no hallarse presente el abogado de los acusados, la Sala comprueba que el abogado fue citado para acudir a su práctica con lo que la posible indefensión habría que achacarla a su propia actuación y, por otro lado, se estima que la presencia de Juez instructor en la práctica de las diligencias garantiza el cumplimiento de los requisitos legales⁽⁵⁵⁾.

2.4.5.- Entre personas de características físicas semejantes

El Artículo 253.2 del Código Procesal Penal exige que la persona que haya de ser reconocida «se le pondrá junto a otras que físicamente se le parezcan». Si los componentes de la rueda no guardan una cierta homogeneidad en cuanto a sus circunstancias exteriores, la diligencia carecerá de garantías. Ante individuos completamente diferentes, el reconocimiento efectuado por el testigo presencial, por mucho que fuera claro y terminante, carecería de fiabilidad. De ahí que la ley persiga rodear al imputado de personas físicamente semejantes, «no tanto para confundir al que reconoce cuanto para que el Juez logre la convicción de que el testigo está seguro en cuanto a la identidad del partícipe del delito»⁽⁵⁶⁾.

Con todo, «la desemejanza entre los componentes de la "rueda" no es de por sí proyectora de la nulidad radical de la misma», dice la STS de 30 de abril de 1990 (FJ 1) (RJA 3397), donde añade:

Es cierto que, como declaró la denunciante en el acto del juicio oral, que en la rueda de reconocimiento «no había semejanza» y que «no se parecían»; más no es menos cierto que también aquélla manifestó en tal acto, ratificando así lo declarado a presencia judicial en el sumario, que «no hubo ninguna duda».

[...] Si en el acto del plenario, con las inherentes garantías de publicidad y contradicción, se verifica la identificación, ello puede ser valorado por el órgano jurisdiccional de instancia como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

(55)

En este caso, además, los testigos ratificaron en el plenario la identificación *efectuada en rueda, por lo que, a mayor abundamiento*, la presencia de aquellos en el acto del juicio oral posibilitó el ejercicio de la defensa contradictoria.

(56)

Cfr. Carlos Vázquez Iruzubieta, *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Edersa, Madrid, 1990, pág. 549.

En contra se muestra la STS de 22 de febrero de 1992 (FJ 3) (RJA 1308). Consideró entonces el Alto Tribunal que se estaba ante un vacío de prueba incriminatoria porque, aun habiendo identificado la víctima al acusado, ratificándolo en el plenario, manifestó que «en el reconocimiento que en su día se practicó todas las personas eran muy diferentes entre sí»:

[...] Ciertamente es que la diligencia de identificación en rueda se practicó por el Juzgado (folio 18 del sumario) correctamente en la prisión y que el testigo-víctima identificó al procesado ahora recurrente. Sin embargo, tal prueba estaba ya en cierta manera lastrada por la irregularidad del precedente reconocimiento ante la Policía (folio 7) por exhibición individual, pero sobre todo por el resultado de la contradicción en el plenario, en el que si bien ratifica tal reconocimiento en el sentido de que en su día lo reconoció y ahora no puede hacerlo dado el tiempo transcurrido (casi diez años) manifiesta un dato esencial cual el expresivo de que «en el reconocimiento que en su día practicó todas las personas eran muy diferentes entre sí». Se está, pues, ante un vacío probatorio de signo incriminatorio o de cargo y por ello este motivo de fondo debe ser estimado.

2.4.5.1.- Circunstancias exteriores semejantes

La semejanza abarca el aspecto físico y, singularmente, la raza, sexo, color del pelo y de la piel, estatura, edad, corpulencia, uso de gafas, bigote, barba, etcétera. La STS de 29 de abril de 1997 (RJA 3622) ofrece una primera aproximación a lo que ha de entenderse como «circunstancias exteriores semejantes»:

El Tribunal de instancia ha dado cumplida respuesta a la alegada falta de semejanza entre los individuos que integraron la rueda de identificación. Y así expresa que no supone falta de circunstancias semejantes la corpulencia física de las personas, salvo cuando se trate de tales desproporciones que puedan determinar su identidad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en el Artículo 369 que la rueda se forme con personas de circunstancias exteriores semejantes pero no exige una identidad que resultaría casi imposible de cumplir. Las diferencias de raza, sexo, color de pelo y piel, sí pueden condicionar la virtualidad del reconocimiento, así como la discrepancia exagerada de rasgos o una obesidad extrema, y esas situaciones no resultan, como afirma el Tribunal de instancia, en los reconocimientos que ahora examinamos.

Claro es que la similitud en los componentes no puede llevarse a extremos radicales y absolutamente intransigentes, sobre todo cuando el sujeto que haya de ser reconocido tengan alguna tara o defecto físico

Como agudamente observaba HERRERO «si a un procesado o presunto culpable le falta un ojo, un brazo o tiene cualquier otro defecto físico no parece lógico que se busquen cuatro o más tuertos o mancos para el reconocimiento indicado»⁽⁵⁷⁾. El requisito de semejanza respecto de los integrantes de la rueda «no empecé el que, naturalmente, sean distintos

⁽⁵⁷⁾ Mariano Herrero Martínez, *Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada, anotada y comentada*, Valladolid, 1908, págs. 363 y ss.

entre sí» (STS de 10 de noviembre de 1987); dicho en otros términos, la ley sólo exige que la rueda se practique con personas de «circunstancias exteriores semejantes», no «idénticas», lo que permite una interpretación amplia de dicha exigencia (STS de 23 de abril de 1993).

No debe perderse de vista que las exigencias legales de las ruedas de reconocimiento deben entenderse siempre como «exigencias razonables» (STS de 13 de septiembre de 1999). No es infrecuente - continúa diciendo la sentencia citada- «que los individuos a identificar, por sus especiales características, sean inconfundibles y prácticamente imposible encontrar otros de circunstancias exteriores "semejantes", lo cual no puede ser obstáculo para que los perjudicados por sus acciones puedan identificarlos en la forma que sea posible y con las debidas garantías».

Entre la casuística jurisprudencial relativa a las «circunstancias exteriores semejantes» de quienes han de integrar la rueda, pueden aportarse los siguientes ejemplos:

A) Irregularidades que invalidan el reconocimiento

- Practicar la diligencia de reconocimiento de un procesado con otras cuatro personas: dos de ellas de sexo femenino (STS de 18 de mayo de 1988).

- Colocar al acusado, que era rubio, entre cuatro personas morenas. STS de 19 de septiembre de 1989 (FJ 4) (RJA 7508):

El Artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal manda que la persona que haya de ser reconocida comparezca en unión de otras circunstancias exteriores semejantes y esta norma fue infringida en el caso presente en el que se trataba de identificar a una persona rubia conforme aparecía en la denuncia inicial, y en la rueda correspondiente se colocó solamente a una de estas características.

Al hacerse una diligencia de esta clase no debe situarse a la persona imputada, cuando ésta tiene una nota peculiar que la distinga ostensiblemente de la mayoría de sus conciudadanos, entre otros que no tengan esa misma nota, pues pudiera ocurrir que el testigo identificador se fijara en esa característica peculiar y no pusiera la atención debida en otros elementos que pudieran ser diferentes.

- Identificar a dos mujeres, colocándolas en una rueda integrada por hombres (ATS de 11 de mayo de 1990).
- No expresar en la diligencia que los cointervinientes con las personas a reconocer fuesen de características somáticas y de hábito externo «semejantes» a aquéllos (STS de 24 de febrero de 1990).
- Integrar la rueda con tres marroquíes, siendo el autor del hecho rubio y de raza blanca. STS de 25 de octubre de 1995⁽⁵⁸⁾:

[...] aparecen los tres componentes de la rueda con nombres marroquíes o árabes, siendo así que de las propia manifestaciones del denunciante, el autor del hecho, es de «raza blanca, pelo rubio,

(58)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Moner Muñoz (BDA, marginal: RJ 1995V7909

delgado y alto, ojos marrones» - folios 1 y 4-, lo que obviamente significa que las circunstancias exteriores de las personas que integraron dicha rueda, eran absolutamente diferentes a las del acusado, con una ostensible semejanza física con aquél.

B) Irregularidades irrelevantes a efectos de la Validez del reconocimiento

- 1) *Rueda en la que los componentes son rubios salvo el acusado que era moreno, pero en la que fue identificado por los ojos y las manos.* STS de 3 de julio de 1995 (RJA 5378):

[...] Cierto que la víctima y perjudicada en el acto de plenario y como se acaba de explicitar, dijo que «en la rueda todos eran rubios menos el acusado», mas dicho extremo no es puesto de relieve hasta el acto oral, pese a que a la diligencia de identificación asistió un letrado que, lógicamente y en el cumplimiento de su deber sagrado de defensa, debió resaltar dicha irregularidad si existió y no lo hizo.

De todas formas, aun en el supuesto, un poco incomprensible ciertamente, de que la rueda se hubiera realizado contrariando lo dispuesto en el Artículo 369 de la Ley Procesal citada, [...] de las declaraciones y diligencias en las que intervino la víctima y perjudicada, resulta evidente que no fue precisamente el color del pelo el determinante para la identificación del impugnante, pues no refiere en ningún momento dicho dato, sino otros y muy esencialmente los ojos, que dan seguridad en el reconocimiento a la testigo en el juicio oral, lo poblado de las cejas y las manos blancas y pequeñas.

- 2) *Los acusados eran de raza gitana y guardias civiles el resto de componentes de la rueda.* ATS de 27 de septiembre de 1995 (FJ 3) (RJA 6644):

Las ruedas de reconocimiento se practicaron en presencia del letrado de los imputados, quien no hizo observación alguna respecto a la afirmación que consta en el acta de que los otros individuos son de «edad y características parecidas a las del detenido» (folios 35 y 36). Por tanto, no existe ningún elemento que permita afirmar que la rueda se efectuó sin las garantías suficientes, y el hecho de que el testigo dijese que alguno de los componentes de la rueda no era de raza gitana no implica que no tuviese unas ciertas características similares a las del acusado.

- 3) *Dos de los componentes eran marroquíes.* STS de 27 de noviembre de 1995 (FJ 1) (RJA 8324):

[...] el hecho de que dos de los cinco que formaron la rueda tengan nombres marroquíes no significa que no fueran «de circunstancias exteriores semejantes».

- 4) *Policías de paisano integrantes de la rueda.* STS de 15 de noviembre de 1996 (FJ 2) (RJA 9683):

[...] ambas ruedas de reconocimiento se practicaron a presencia de los letrados de los acusados, la segunda también a presencia judicial y del Secretario del Juzgado, no apreciándose por parte de ninguno de ellos irregularidad alguna sin que la circunstancia de que hubiesen participado en la rueda agentes policiales vestidos de paisano constituya ningún tipo de irregularidad, máxime cuando las actas correspondientes fueron suscritas por los respectivos letrados sin hacer constar queja alguna en cuanto a que se tratase de personas cuyas circunstancias exteriores no fuesen semejantes a las del recurrente.

5) *Rueda con individuos de nacionalidad española, mientras que el sospechoso era argelino y por tanto de origen árabe.* STS de 13 de septiembre de 1999 (FJ 2) (RJA 6700):

[...] La parte recurrente pone todo el acento de su impugnación en la forma en que se compuso la rueda de reconocimiento, al haberse efectuado con «individuos de nacionalidad española», mientras el acusado «es argelino y por tanto de origen árabe». [...]

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el Artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente exige que las personas que integren las ruedas de reconocimiento sean de «circunstancias exteriores semejantes», y la experiencia diaria nos enseña que numerosos «españoles», especialmente del Sur de la península, son de circunstancias exteriores semejantes a muchos magrebíes.

2.4.5.2.- Han de constar los nombres y apellidos de quienes hubiesen formado la rueda

De omitirse esta exigencia (Art. 258) «no puede saberse cuáles eran sus características exteriores ni, en consecuencia, su semejanza con las del inculpado» (STS de 28 de junio de 1991), aunque ello no conlleve la nulidad *per se* de la diligencia (STS de 3 de julio de 1987).

2.4.5.3.- Número de integrantes de la rueda

El Código Procesal Penal no concreta el número de personas que han de integrar la rueda. Conforme dispone el Artículo 2532), la diligencia de reconocimiento se practicará haciendo comparecer al imputado o sospechoso junto a «otras personas». Una interpretación literal de este precepto lleva a sostener que la rueda de reconocimiento habrá de formarse, al menos, con tres personas: el inculpado y dos más (cfr. la STS de 5 de febrero de 1992).

2.4.6.- Documentación de las circunstancias del acto

Es esta una exigencia prevista en el Artículo 258 del Código Procesal Penal. El acta habrá de recoger «todo lo actuado durante el reconocimiento», fórmula bien expresiva de que su contenido ha de ser lo más rico y explícito posible. Por consiguiente, se han de hacer constar

desde las aclaraciones de los testigos, singularmente las relativas a las circunstancias o rasgos por los que ha reconocido al imputado, sus dudas -si las hubiere- y su nivel de seguridad, hasta las protestas o precisiones del letrado defensor sobre las incidencias acaecidas durante su practica⁽⁵⁹⁾

Recuérdese que es precisamente la ausencia de reservas o protestas por parte del defensor, denunciando alguna deficiencia en la diligencia del reconocimiento en rueda, una actitud que suele considerarse como conformidad con su regularidad (p. ej., SSTS de 3 de julio de 1987, 23 de abril de 1990, y STC 10/1992).

2.4.7.- Identificación del imputado por separado si fueren varios testigos

Conforme determina el Artículo 254.1 del Código Procesal Penal, «cuando sean varias las personas que deban practicar el reconocimiento, éste se llevará a cabo en actos separados para cada uno de ellos, cuidando que quien haya hecho el reconocimiento no se comunique con los demás antes de que aquéllos practiquen el reconocimiento».

Obsérvese que este precepto no impide que antes de practicarse el reconocimiento puedan comunicarse entre sí los testigos o víctimas que van a participar en la diligencia. Lo que prohíbe es que la diligencia se practique conjuntamente, con todos los testigos a la vez, y también que, una vez iniciada, los testigos reconocientes que ya declararon se comuniquen con los que todavía tienen que hacerlo. La razón de ser de esta norma es evitar cualquier influencia que pudiera haber por parte de quienes ya han visto la rueda en quienes todavía tienen que declarar. Por ello, el hecho de que varias víctimas de un mismo presunto delincuente coincidan y charlen en los momentos previos a realizarse las diligencias de reconocimiento en rueda de aquel en nada afecta a su regularidad. La SAP de Barcelona (Sección 2.ª), de 19 de noviembre de 1997, mantiene esta tesis:

Tampoco el hecho de haber coincidido don N. con otros compañeros presuntamente asaltados por don J. en los momentos previos a realizarse las diligencias de reconocimiento en rueda de éste afecta en nada a la convicción monolítica y sin duda alguna del Tribunal, pues la razón material de la previsión legal es el evitar cualquier tipo de comunicación entre las personas llamadas a reconocer al presunto autor de un determinado hecho delictivo, al objeto de que la valoración que el Tribunal pueda hacer del reconocimiento practicado por cada testigo no se vea empañada por la duda de la credibilidad del mismo, y en el caso sometido aquí a enjuiciamiento, el señor F. A. declaró de forma terminante en el acto del juicio oral que «antes de entrar en la rueda nadie le hizo ninguna indicación de quién podía ser. En el Juzgado volvió a

(59)

Cfr. en este sentido, por ejemplo, María Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo 'proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 265; o Julio Cesar Picatoste Bobillo, <<Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: practica y jurisprudencia>>, en Recopilación de ponencias y comunicaciones, Planes y provinciales y territoriales de formación. Año 1993. CGPJ, Madrid, 1994, tomo III, pag. 549-550

a reconocerlo, nadie le hizo ninguna indicación» (ver acta del juicio oral: folio 71 vuelto del rollo de Sala), reiterando, a preguntas del Tribunal, que «antes de entrar nadie le hizo ninguna indicación».

Lo hasta ahora dicho no significa, en absoluto, que si fueren varios los imputados no puedan ser reconocidos en una misma rueda. Por el contrario, tal eventualidad está expresamente prevista en el Artículo 254.11 del Código Procesal Penal, en cuanto autoriza el reconocimiento conjunto de varios imputados cuando hubieren de ser reconocidos por una misma persona (cfr. la STS de 19 de febrero de 1997, RJA 1615).

2.4.8.- El reconocimiento compulsivo del imputado

El Artículo 253 autoriza a que el reconocimiento se efectúe «aun sin el consentimiento del imputado». Es ésta una habilitación legal para someter al imputado a la diligencia de reconocimiento incluso en contra de su voluntad.

Ha de quedar bien claro que el imputado no tiene un derecho genérico a sustraerse a las diligencias de identificación que puedan acordarse legalmente en la instrucción de una causa penal. Su garantía constitucional de que no podrá ser compelido a autoincriminarse, según señala (a STC 161/1997, de 2 de octubre (FJ 6):

[...] no alcanza sin embargo a integraren el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia.

El precepto en cuestión no establece sanción alguna para el imputado que se niegue a someterse a una rueda de reconocimiento. Tampoco determina consecuencias desfavorables de su falta de colaboración, como podría ser la de valorar su actitud como un indicio de culpabilidad. En realidad, lo que la norma parece establecer es, simplemente, la posibilidad de que se proceda a un reconocimiento coactivo del imputado. Esta vía no es ajena a algunos ordenamientos europeos⁽⁶⁰⁾. En concreto, señala Ferrua Que en el ordenamiento italiano no figura una prohibición de ejecución coactiva de medidas de indagación y, en consecuencia, si no haya nada que temer respecto de la incolumidad del imputado, bien puede procederse coercitivamente a la realización del acto previsto por la ley⁽⁶¹⁾. También Ramajoli sostiene que esta forma de reconocimiento

(60)

Cfr Maria Isabel HuertaS Martin, *El sujeto pasivo del proceso penal...*, cit, pàgs. 276 ss.

(61)

P. Ferrua, «Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato» *Cassazione Penale*, 1990-1, pàg. 653.

no se sujeta al consentimiento del imputado y que es legítima la practicada contra la voluntad de aquél⁽⁶²⁾ En este sentido se ha

no se sujeta al consentimiento y que es legítima la practicada contra la voluntad de aquel (62). En este sentido se ha señalado que el derecho del imputado a no colaborar no puede extenderse a las hipótesis en las cuales no se requiera de aquél un comportamiento activo, representando el imputado únicamente el sujeto pasivo de investigaciones que son ejecutadas por otros y de las cuales no es activo protagonista.

2.5.- Identificación por la voz

La voz puede llegar a ser un importante elemento identificador del delincuente. Bien es verdad que la audición directa del agresor, sin su registro en cinta magnetofónica o en otro soporte, y su posterior reconocimiento por la víctima hay que tomarlo con suma cautela. El oído no es precisamente el sentido que más agudizado tenga la especie humana y, salvo excepciones (como, p. ej., quienes han perdido la vista), si el único elemento identificador queda reducido a la voz del autor del delito, su reconocimiento por la víctima (quien la percibió en estado de angustia y tensión), lo hacen difícilmente fiable y sería, por sí solo, un muy endeble sustrato probatorio para construir una sentencia de condena.

– *Asaltantes conocidos por el dueño de local. Utilizaron pasamontañas para cubrirse el rostro, pero fueron reconocidos por su voz y vestimenta. STS de 15 de septiembre de 1992 (RJA 7155):*

En el caso presente afirma la Audiencia que los autores del hecho entraron en el bar «ocultando parcialmente sus rostros con pasamontañas, toda vez que eran conocidos por el dueño y camarero», añadiendo después que cuando se marcharon los asaltantes «avisaron de inmediato a la Policía Local, e indicaron los nombres de los autores, a quienes, si bien no habían reconocido facialmente por los pasamontañas que llevaban, sí en cambio por la voz y manera de vestir».

Hubo una ocultación parcial del rostro con pasamontañas, lo cual ha de entenderse en el sentido de que no se cubrió la totalidad de la cara dejando visible parte de ella. Pero tal manera de expresarse no quiere decir que no resultara eficaz el disfraz utilizado, lo que queda aclarado cuando se añade que, pese a ser conocidos del dueño del bar y del camarero, éstos no pudieron identificarlos por las facciones de su rostro, sino sólo por la voz y vestimenta.

Identificación de la voz de uno de los participantes en la tertulia radiofónica por parte del moderador de la misma. STS de 17 de abril de 1989 (RJA 3364):

La reproducción de la voz y aun de la imagen por medios mecánicos carece de perseidad probatoria, al ser dato de común experiencia de las habituales y cada día más perfeccionadas técnicas de mixtificación tanto a partir de sustitución espúrea (imitación, caracterización) como de intercambio de palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje). Como tal su esencia probatoria no es la de un medio

(62)

S.Ramajoli, *La prova net processo pénale*, Cedam, Padua, 1995, págs 140 y ss.

probatorio propiamente dicho, sino la de, siéndolo como se dirá, de un medio probatorio que carece de eficacia por sí mismo. En definitiva, lo que es común a cualquier clase de documento, pues las cintas reproductivas lo son en el doble sentido de tratarse de instrumentos muebles y reproducir, más o menos fidedignamente, algo. En todo supuesto documental es necesario un plus de credibilidad, que en el documento escrito público viene dado por la autoridad de la fe pública; en el privado por el reconocimiento de los intervinientes y subsidiariamente por la adveración pericial de la suscripción y que, en los supuestos de reproducción mecánica puede operar en dos direcciones distintas: a) Como objeto de prueba en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona, b) Como tal documento, cuando su reproducción de un hecho pasado («vox mortua» o destinada a perdurar se dijo en ocasión inolvidable por la doctrina procesal italiana) sea averada por distintos medios probatorios, cual el testifical. Ello es lo que ha ocurrido en este supuesto, en el que en el acto del juicio oral o plenario el moderador de la indicada tertulia radiofónica tras la audición de la cinta manifestó que respondía a la realidad de lo expresado en la ocasión por el procesado, por lo que la existencia de la prueba incriminatoria no viene dada por la cinta en sí misma, sino por una de carácter testifical contra cuya regularidad procesal de obtención no se ha formulado objeción alguna.

Otra cosa son las grabaciones de la voz, registradas en documentos sonoros, que pueden ser después cotejadas por medios periciales técnicos con la voz del imputado.

A propósito de la validez probatorio de este medio de identificación, la jurisprudencia se ha pronunciado como seguidamente se expone.

– *Es un medio subsidiario de la identificación por rasgos corporales.* STS 17 de febrero de 1992 (RJA 10305):

[...] La identificación por reconocimiento de voz es por propia naturaleza algo subsidiario a la identificación por los rasgos corporales de la persona. Así se deduce de la más reciente jurisprudencia de esta Sala (SS. 17 de abril de 1989 y 2566/1992, de 18 noviembre), que señalan que más que un medio de prueba es un objeto de prueba carente de autonomía y dependiente de la realización de medios de prueba. Ello se refuerza sin más con la simple y literal cita del fundamental Artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su referencia a las personas con «circunstancias exteriores semejantes».

– *Prueba indirecta. Las cintas han de ser traídas al juicio oral cotejadas por el Secretario y con posibilidad de ser oídas contradictoriamente.* SSTS de 21 de febrero de 1991 (RJA 1335), 2 de junio y 1 de diciembre de 1992 (RJA 9899 y RJA 4764):

Aun cuando no sea prueba exclusiva ni excluyente (ninguna lo es en el proceso penal), y aun cuando tampoco se haya logrado la total perfección en cuanto a medios técnicos, precisos para la identificación

de la voz, es evidente constituye un medio idóneo de investigación como prueba indirecta siempre que sean traídas las grabaciones al juicio oral, debidamente cotejado su contenido por la fe judicial, dándose además la posibilidad de oírlas si las partes lo exigieren.

Han de ser cintas entregadas al Juzgado, realizadas previa autorización judicial y con transcripción literal.

Venciendo la desconfianza y la incredulidad, es preciso adornar la prueba con ese plus de fiabilidad que el documento público o el privado (en este caso a virtud del previo reconocimiento o del correspondiente dictamen pericial) tienen ya de antemano (ver la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984 y las del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1988, 17 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1990).

– *Falta de informe pericial. Apreciación directa por el Tribunal, en conjunción con el resto de pruebas.* STS de 17 de octubre de 1992 (RJA 8337):

Por otra parte la voz de timbre agudo del procesado Pedro José contribuyó a su mejor identificación a través de las grabaciones. Por ello, el hecho de que los peritos no pudieran emitir su informe «dadas las condiciones de las cintas», no impidió que la Sala *a quo*, con todas las pruebas practicadas llegara a la conclusión condenatoria para ambos recurrentes.

2.6.-Identificación a partir de los marcadores de ADN

El procedimiento sobre investigación biológica mediante el análisis del ADN (ácido desoxirribonucleico), basado en el poliformismo genético individual, tiene un alto o altísimo poder de diagnóstico individual. La identificación por marcadores genéticos de ADN es prácticamente exacta, con un escasísimo y despreciable margen de error. ATS de 29 de enero de 1997 (RJA 523):

Por otro lado se alude al resultado de las pruebas periciales practicadas sobre pelos hallados en el lugar de los hechos y sobre una prenda de ropa interior allí mismo hallada, comparándose las muestras obtenidas con el ADN del acusado, resulta que en cuanto a los cabellos la probabilidad de encontrar un individuo portador de los mismos marcadores genéticos detectados en dichos cabellos es de un 0,07%. Por otra parte, la probabilidad de encontrar un individuo que presente el perfil del ADN encontrado en la ropa interior es de un 0,0008%, siendo por ello según se señala por el juzgador «*a quo*» el margen de error prácticamente inexistente.

Si bien no es una prueba «determinante», es decir, de absoluta seguridad, sí lo es «de altísima probabilidad». STS de 24 de febrero de 1995 (RJA 1419):

Es evidente que no existe ningún error en la valoración de los informes médicos leídos en el juicio oral sobre la base del ADN obtenido de una mancha de semen hallada en el zapato

de la víctima. En efecto, la Audiencia acepto íntegramente y sin variante alguna las conclusiones de los informes periciales llevados a cabo en el Instituto Nacional de Toxicología, según los cuales la probabilidad de pertenencia del semen al acusado es notoriamente alta, dado que «la probabilidad de encontrar al azar otro individuo en la población que presente el mismo perfil de ADN (...) es aproximadamente del 0,0005%».

Este juicio del Tribunal *a quo* no es en modo alguno objetable. En primer lugar se debe señalar que la teoría y la práctica reconocen valor tanto a las pruebas «determinantes», es decir que excluyen toda duda posible, como a las «de probabilidad», pues aunque no tengan el mismo carácter absoluto, mediante la adición de otras pruebas coadyuvantes pueden compensar su valor probatorio y excluir completamente las dudas de los jueces.

Como prueba «contundente», la califica el ATS de 10 de noviembre de 1993 (RJA 9201):

[...] resultando prueba contundente de su participación, la pericial consistente en el análisis del esperma hallado en la ropa interior de la víctima, comparando el ADN de tal esperma con el del acusado, obtenido de la muestra de sangre que le fue extraída, coincidiendo los perfiles de ambas muestras y existiendo seis probabilidades entre-mil millones de encontrar un individuo con el mismo perfil de ADN.

La STS, anteriormente citada, de 24 de febrero de 1995 (RJA 1419), se refiere al grado de probabilidad en relación con los utilizados por otros países de nuestro entorno:

[...] el grado de probabilidad requerido por los jueces *a quibus* se corresponde con la práctica reconocida en otros Tribunales europeos, cuyas exigencias pueden ser consideradas razonables. En efecto, de acuerdo con lo informado por los especialistas más prestigiosos en esta materia, el «límite de decisión», con el que operan por ejemplo los Tribunales alemanes y suizos alcanzan (para 1986) al 99,73% y 99,8% respectivamente, con lo que las posibilidades de error resultan reducidas matemáticamente al 0,03%. Los especialistas afirman, por otra parte, que, a salvo de ciertas reservas, que no parecen aplicables a este caso, «con la introducción de las características del ADN en el estudio de los rastros del delito se reduce la frecuencia de los fenotipos hallados de una manera tan drástica, que en la actualidad es posible admitir la identidad en los casos de coincidencia, aunque se carezca de un conocimiento preciso de la frecuencia».

Cuando la pericia-se realiza por el Instituto de Toxicología, lo es por un equipo, no por un solo perito. ATS de 14 de febrero de 1996 (RJA 871):

En relación con la prueba pericial, ha de señalarse que la realizada por el Instituto toxicológico no era una prueba realizada por un perito, sino por un equipo del que se hace responsable Una persona determinada, y por ello constan las firmas de dos profesores biólogos

y la del director del departamento. Por tanto, es claro que el Tribunal de instancia contó con un informe emitido por dos peritos.

La dificultad va a radicar, habitualmente, en la obtención de una muestra de la persona sospechosa para analizarla y compararla con la recogida en el lugar del delito o en el cuerpo de la víctima. Salvo una improbable predisposición del sujeto a someterse voluntariamente al contraste de muestras, la toma de las mismas habrá de tener en consideración los derechos a la intimidad y a la integridad física y corporal. Con todo, la negativa a someterse a la prueba de ADN puede ser tomada como un indicio que, unido a otras pruebas, enerve la presunción de inocencia. STS de 4 de octubre de 1994 (RJA 7608):

[...] la incriminación de la víctima -que ya en principio es prueba de cargo suficiente según reiterada doctrina de esta Sala (SSTS entre muchas, 2269/1992, de 28 octubre, 476 bis/1993, de 8 marzo, y 668/1994, de 28 marzo)-, unida a testifical de referencia, al dato de la desfloración inmediatamente antecedente y a la negativa del acusado a someterse a una prueba de ADN, configuran una actividad probatoria de carácter incriminatorio que no puede por menos de estimarse apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción *iusuris tantum* de inocencia consiste.

- Desde la perspectiva constitucional, dados los derechos fundamentales afectados, la extracción de sangre requiere la intervención judicial como regla general (art. 107 CPP).

2.7.- La prueba dactiloscópica

2.7.1.- Naturaleza

El dictamen dactiloscópico representa un medio de prueba de naturaleza indiscutiblemente pericial y de carácter indiciado.

2.7.1.1.- Pericial

Si perito es —al decir de Moreno Catena⁽⁶³⁾ «una persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el Juez, por su específica preparación jurídica, puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencia especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación», entonces no cabe duda del carácter pericial de la prueba dactiloscópica⁽⁶⁴⁾

⁽⁶³⁾ Víctor Moreno Catena, «Prueba pericial», en *Derecho Procesal Penal* (con Gimeno Sendra y Cortes Domínguez; , 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, pag. 422

⁽⁶⁴⁾ Expresamente reconocen el informe dactiloscópico como medio de prueba principal, entre otras, la SSTS de 5 de enero, 19 de abril, y 23 de septiembre de 1986; 6 de febrero, 14 y 17 de noviembre, y 19 de diciembre de 1989; 30 de marzo de, 29 de mayo, 27 y 29 de junio, 7 y 27 de septiembre de 1990; 5 de febrero de 1991; también los AA de 9 de febrero y 3 de octubre de 1990

En concreto, se ha dicho que el dictamen dactiloscópico «representa un medio de prueba con la validez inherente a un informe pericial» (STS de 29 de mayo de 1990); que es «parangonable al informe pericial, al contar con depuradas técnicas científicas en su elaboración» (STS de 7 de septiembre de 1990); y, ya sin ambages, que «se trata de una prueba pericial de cargo de carácter objetivo» (STS de 5 de febrero de 1991) o que tiene un «innegable sentido pericial» (STS de 8 de abril de 1996).

Paradigmática en este sentido es la STS de 29 de junio de 1990 (FJ 1 .B) (RJA 5740):

[...] Los informes de identificación dactiloscópica de la Policía, constituyen elementos que revisten *lato sensu* dicho carácter pericial, dice la sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 1989, pues en ellos se consignan apreciaciones de los hechos que se apoyan, antes que en la percepción sensorial del informante, en conocimientos técnicos especializados, conteniendo en sí mismos, tales informes, todos los elementos que permiten su valoración y contradicción.

2.7.1.2.- Indiciaría

Prueba indiciaría o circunstancial es, en palabras de la STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 3):

[...] aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se pueden inferirse */sic/* éstos y la participación del acusado por medió de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

Su composición es compleja en cuanto requiere la existencia de unos hechos base (indicios), un razonamiento o nexo lógico-inductivo y unos hechos inferidos o hechos consecuencia Así las cosas, mientras que en la prueba directa la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado; en cambio, la prueba indiciaría se caracteriza por un «mayor subjetivismo» en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia (STC 256/1988).

A) El hecho base o indicio

El hecho objeto de la prueba de indicios, llamado hecho base, «no es el constitutivo de delito sino otro intermedio que permite llegar a él a través de una regla de experiencia» (SSTC 189/1998, 91/1999).

En nuestro caso, el hecho base viene constituido por el hallazgo de la huella dactilar en el lugar del crimen o en alguno de los objetos íntimamente ligados al delito. Este hallazgo tiene un valor «absoluto», en cuanto demuestra sin ningún género de duda la presencia de un determinado individuo en ese lugar⁽⁶⁵⁾ Del contacto habido entre las

⁽⁶⁵⁾

Así las SSTS de 1 de junio de 1988, 7 de septiembre de 1989, 23 de septiembre de 1998, 5 de octubre de 1999 y 22 de marzo de 2000.

manos del sujeto (a quien pertenecen las huellas) y el objeto (donde quedaron impresas) es «prueba directa e inequívoca» (STS 5 de octubre de 1998). Pero, igualmente, tiene un valor «relativo», pues no implica necesariamente que esa persona sea el autor del delito, sino tan solo que cogió o tocó tal objeto o superficie⁽⁶⁶⁾. De ahí su naturaleza indiciaria, aunque «de especial relevancia» (STS de 7 de septiembre de 1990), «de suma importancia» (STS de 5 de julio de 1991) o de «indiscutible entidad y fuerza» (STS de 5 de octubre de 1998).

La STS de 30 de marzo de 1990 (FJ 4) (RJA 3016), lo expone del siguiente tenor:

Acreditada por los informes periciales la coincidencia de la huella obtenida con la perteneciente al correspondiente dedo del sospechoso, lo único que queda probado es que dicho sospechoso estuvo en el lugar donde fue hallado el objeto. Esto no es una prueba directa de la participación en el hecho delictivo, sino sólo un indicio respecto de tal participación, pues lo que directamente acredita es la estancia en el lugar donde se cometió el hecho. Si junto a este indicio se prueba otro de carácter negativo, es decir, la no presencia del inculpado en ese lugar en algún momento anterior, de tales indicios podría deducirse, mediante el mecanismo de la prueba de presunciones antes referido, la participación del sospechoso.

En un intento de precisar esta cuestión, se afirma en la STS de 5 de febrero de 1991 (RJA 763) que «la identidad o identificación a través del cotejo de huellas constituye una prueba directa material y de carácter objetivo, por lo que lo indiciario es la deducción que, con base en ella, se puede hacer respecto de la participación del inculpado en el hecho punible por el que se le acusa».

En fin, bien claro se dice en la STS de 5 de octubre de 1998 (FJ 5) (RJA 6857) que:

[...] La única huella dactilar hallada [...] no es un indicio sino una prueba directa e inequívoca, no de la culpabilidad del acusado ciertamente, pero sí de que poco antes de ser recogido por la Policía el montante de cristal se produjo un contacto con el mismo del indicado dedo del acusado. Este contacto es sólo un indicio de la autoría material del acusado, que no bastaría, pese a su indiscutible entidad y fuerza, para llevar al Tribunal a la convicción inculpativa en que descansa la condena puesto que, en hipótesis, el montante de cristal donde fue detectada la huella habría podido ser contactado por el acusado con posterioridad a la perpetración del hecho.

B) El juicio de inferencia

Toda afirmación fundada en el método probatorio de las presunciones requiere un proceso de inferencia; un argumento lógico inductivo que aúne el indicio (hecho antecedente o hecho base) con

⁽⁶⁶⁾

Cfr. La STS de 7 de febrero de 1991 (RJA 901), en cuanto afirma: «es probablemente cierto que (el acusado) ha estado en el coche, pero ello no permite afirmar que sea el autor del robo, pues no sólo quien ha robado el coche puede haber estado en él».

el hecho presunto (el que se necesita probar), pero de tal modo que la relación entre el indicio y el resultado sea *precisa y directa*.

Con carácter general, para motivar la culpabilidad del acusado a partir de la prueba dactiloscópica basta el siguiente razonamiento: «si en los elementos del local de autos más intensamente ligados a la modalidad comisiva, se hallan las huellas dactilares del inculpado, debe inferirse, a falta de otra explicación, que él intervino en el hecho denunciado» (STS de 16 de septiembre de 1989). Su valor incriminatorio «acrece a través del dato de que el acusado en el plenario o juicio oral manifestó que "no se explica hubiese una huella en el lugar de los hechos pues no ha estado nunca allí"». Es, pues, suficiente para el Tribunal Supremo que «la presencia de las huellas dactilares no haya sido contradicha ni explicada» (STS de 19 de diciembre de 1989).

Siguiendo esta pauta, la STS de 8 de octubre de 1988 (FJ 4) (RJA 8311), reputó destruida la presunción de inocencia:

[Por] la presencia de huellas dactilares sin explicación lógica lícita alguna en un objeto continente de los objetos robados, encerrado en un domicilio privado y coincidentes con las que obraban en los archivos policiales como consecuencia de los antecedentes penales por robo motivados por condenas anteriores del encausado.

En definitiva, el Tribunal Supremo viene declarando constantemente «la suficiencia de esta prueba si no queda enervada por otra de signo contrario», es decir, son necesarios contraindicios para desvirtuarla (p. ej., las SSTS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 1989).

Concretamente, no se consideraron convincentes las razones exculpatorias de la defensa, bastando como prueba incriminatoria el hallazgo de la huella dactilar, en casos como los siguientes:

a) *Huella dactilar situada en una ventana a la que se llega mediante*

escalo. STS de 1 de junio de 1988 ⁽⁶⁷⁾ :

[...] Existe una huella dactilar del procesado recurrente en una ventana del almacén donde se perpetró el robo [...] sin que sea mínimamente aceptable su tesis inverosímil de que frecuentaba el almacén con su esposa porque la huella está situada en una ventana a la que se llega mediante escalo, que comunica con el patio interior de la finca, elemento éste objetivo que nadie ha discutido en el proceso.

b) *-Huella dactilar encontrada en la caja de caudales de un domicilio privado. STS de 8 de octubre de 1988:*

[...] El razonamiento del recurrente de que dejar huellas en una caja de caudales no es por sí delito, no se sostiene cuando la caja se hallaba en un domicilio ajeno que fue forzado y al que no tenía razón de acceso lícita el autor, ni ha pretendido tenerla.

c) *Huella dactilar en forma «prensil», asentada sobre los trozos de cristal fracturado del establecimiento STS de 2 de marzo de 1989:*

⁽⁶⁷⁾

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo (BDA, marginal: RJ 1988\4414).

[...] El recurrente hábilmente argumenta que su impresión digital pudo quedar reflejada en el cristal, sin necesidad de penetrar en el establecimiento y sin haber participado en el robo; pero si se toma en consideración que el acusado –quien no rechaza la identidad de las huellas– manifiesta que nunca ha entrado en el local ni se explica cómo sus huellas pueden aparecer allí, y que en la inspección ocular al recoger los vestigios se hace constar que las huellas digitales se asentaban sobre los trozos de cristal fracturado y extraídos de su sitio, y tenían forma «prensil», es llano deducir que correspondían a la persona que rompió el escaparate para el acceso al local comercial.

- d) *Huella dactilar hallada en el cristal de un despacho interior. STS de 27 de septiembre de 1990:*

La impresión, en un cristal roto, de la huella digital del recurrente no tiene otra explicación plausible que la de su participación en el delito de robo con fuerza en las cosas, sin que, de ningún modo, pueda entenderse que era visitante asiduo de ese establecimiento, y que, de modo casual pudiera, inadvertidamente, estampar la huella de las crestas papilares de uno de sus dedos, precisamente en el cristal de la puerta, o de la ventanilla, de un despacho interior.

- e) *Huellas ubicadas en la parte superior acristalada de una puerta. STS de 29 de noviembre de 1990:*

El reconocimiento de haber entrado frecuentemente en el local en las fechas del robo, podría suscitar dudas si estuviesen las huellas en cualquiera de las partes de la puerta accesibles al tacto manual, no cuando se hallan en la parte superior acristalada con vidrios de tipo "graven" que es el lugar por donde entraron el autor o autores, y en donde – normalmente – no se ponen las manos para el acceso.

- f) *Huella en una máquina tragaperras. STS de 4 de febrero de 1993:*

[...] En el caso *sub iudice*, la identificación se realizó a través de la huella papilar advertida en una máquina tragaperras del bar-restaurante con doce puntos de coincidencia con el dactilograma del acusado (*vid. S. de 15 de marzo de 1991*), y consta por propio reconocimiento del mismo su presencia en el establecimiento la noche anterior tomando copas y jugando en las máquinas, pero la huella del dedo índice estaba situada en un lugar, como eran las pletinas de las trampillas, que no manipula normalmente el que accede en condiciones normales al juego, matiz que otorga valor inculpatario a la susodicha prueba pericial con el efecto de enervar la presunción constitucional de inocencia que ampara el motivo primero del recurso.

- g) *Huellas (digitales y palmares) asentadas sobre el mostrador de una entidad*

bancaria. Su posición denotaba la actitud de incorporarse y saltar al interior. STS de

26 de febrero de 1999 (FJ 2):)

1) [-] alega que en el caso presente [*las huellas digitales*] carecen de virtualidad inculpatoria en cuanto que fueron recogidas, con otras que no tenían valor identificatorio, de un mostrador

de una oficina bancaria, lugar en que es usual que se apoyen prácticamente todos los usuarios de la misma.

Alega que el acusado reconoció que había estado alguna vez en dicha oficina, cercana a su domicilio habitual [...]

[...]

3) [...] La ubicación de las huellas y su posición y orientación en el mostrador, sugieren que fueron impresas por una persona que saltó la barrera y se introdujo en la parte reservada para los empleados. Al mismo tiempo la negativa inicial del acusado, posteriormente corregida en el momento del juicio oral, sin que diese una explicación satisfactoria del cambio efectuado, nos pone en la evidencia de que su primera declaración no es la verdadera, porque choca frontalmente con los datos obtenidos de la prueba pericial dactiloscópica.

h) *Huellas localizadas en el cristal de la puerta de entrada a la conserjería de un Instituto. STS de 16 de marzo de 1999 (FJ 1):*

[...] En el acto del juicio oral prestaron declaración los peritos de la Brigada de Policía Científica que emitieron informe dactilográfico practicado en la fase de instrucción y lo ratificaron en el sentido de que en el cristal de la puerta de entrada a la conserjería del Instituto de Bachillerato de Monelos, en el que se produjeron los hechos, se recogieron huellas digitales, de las que diez y un fragmento palmar corresponden sin duda al acusado, que no estudiaba en dicho centro ni dio justificada explicación sobre la existencia de sus huellas en dicho lugar.

i) *Apartamento situado a unos diez metros de altura. Huellas dactilares en la barandilla de la terraza; más concretamente, en su parte interna y producidas desde el exterior. STS de 22 de marzo de 2000:*

[...] Existe por tanto prueba directa de que el acusado estuvo el día de los hechos en la terraza del apartamento donde se produjo el robo, penetrando por la barandilla de la terraza, procedente del exterior.

Estas huellas, situadas en un lugar absolutamente privado y alejado de todo posible contacto accidental, acreditan razonablemente que esa presencia en la terraza se produjo de forma subrepticia, suponiendo un esfuerzo físico e, incluso, un peligro ante el riesgo de una caída.

No son desdeñables, por supuesto, otros elementos probatorios circunstanciales o complementarios que refuercen la convicción inculpatoria. Así, en la STS de 16 de septiembre de 1989, el Alto Tribunal considera como otro factor de convicción, complementario de la prueba dactiloscópica, «la evidenciada mendacidad del procesado negando a 1º largo del procedimiento conocer el establecimiento de la sustracción» Y, en la STS de 5 de octubre de 1998, se razona que;

[..] El Tribunal pudo llegar a aquella convicción valorando junto a la prueba pericial dactiloscópica, las declaraciones del acusado

que, en su primera comparecencia ante el Juzgado, admitió la posibilidad de que él fuese el autor, postura no negatoria, aunque tampoco confesoria, que mantuvo esencialmente en el acto del juicio oral donde alegó no saber si realizó el hecho. Existe, pues, un indicio muy serio de culpabilidad –el proporcionado por la prueba pericial– y, junto a él, unas declaraciones del acusado, que no son terminantes, pero que han podido ser valoradas, por el Tribunal de instancia que lo vio y oyó, como un implícito o quizá velado reconocimiento de culpabilidad.

En la STS de 5 de mayo de 1999 se estimó desvirtuada la presunción de inocencia por la concurrencia de los siguientes indicios: a) las huellas identificadas, pertenecientes al condenado, se hallaron precisamente en la ventana de acceso al local, que estaba forzada y fue por donde penetró el autor del robo; b) no se encontraron huellas pertenecientes a otras personas ni en la ventana ni en el cierre, forzados por el autor de los hechos; y c) el acusado no justificó la presencia de sus huellas en tal lugar. Dice literalmente aquélla resolución (FJ 1):

En el motivo se sostiene que la identificación de la huella fue la única prueba de cargo, lo cual no es exactamente correcto, ya que existen otros datos indiciarios que corroboran el resultado de la prueba dactiloscópica que constituye prueba incriminatoria.

Y así, en primer término, el acta de inspección ocular practicada el mismo día que ocurrieron los hechos, constata que la reja de protección de una de las ventanas del local, había sido forzada, así como la hoja de aluminio y cristal de la misma, y cómo en ambas, se revelaron por la parte exterior varias huellas que fueron fotografiadas para su estudio posterior. Por tanto, las huellas que fueron identificadas como pertenecientes al recurrente, no se encontraron en el interior del local, sino precisamente en la ventana de acceso al mismo, que fue forzada, y por donde penetró el autor del robo. Unos fragmentos de tales huellas, como se ha dicho, fueron identificados como correspondientes al acusado, prueba lofoscópica, practicada con todas las garantías, que fue ratificada en el acto del juicio oral, y que no fue cuestionada por el recurrente.

En segundo término, no se encontraron huellas pertenecientes a otras personas ni en la ventana ni en el cierre, forzados por el autor de los hechos.

Por último, el recurrente no justifica la presencia de las huellas en tal lugar, aunque admite haber entrado en diversos bares, entre ellos el que fue objeto del robo.

Existen pues, una pluralidad de indicios plenamente acreditados, de carácter unívoco, que permiten al Tribunal de Instancia, formar su convicción y llegar a un pronunciamiento condenatorio, pues tal conclusión, a partir de aquellos indicios, no resulta ilógica, ni arbitraria, ni irrazonable, y como por otra parte, una reiterada doctrina jurisprudencial –sentencias de 15 de octubre de 1990 y 5 de febrero 1991– admite la prueba indiciaria como apta para enervar la presunción de inocencia, el motivo debe rechazarse.

Otro ejemplo de conjunción de factores incriminatorios lo encontramos en la SAP de Las Palmas (Sección 2.^a), de 25 de agosto de 1999. Las huellas se encontraron en dos fragmentos del cristal de la puerta de entrada a una pastelería, roto en su parte de abajo, «a la altura l casi del suelo». El acusado pretendió explicar la presencia de sus huellas afirmando que acudía con frecuencia a dicha pastelería (dijo ser cliente habitual). Pues bien, junto con el lugar donde se hallaron las huellas (zona a todas luces inusual para abrir una puerta con las manos) se tuvieron en cuenta otros datos fácticos para replicar al acusado; tales fueron el que en horas de atención al público la puerta estaba siempre abierta y que el propietario de la tienda no conocía al acusado como cliente. Dice la citada sentencia en su fundamento jurídico 3º:

Para combatir el resultado de la prueba dactiloscopia el acusado alega que es posible que se encontrara su huella en el cristal porque acude con mucha frecuencia a la pastelería donde se produjo el robo. Pues bien en el atestado se recoge que las huellas se encuentran en dos fragmentos de cristal de la puerta de entrada por ambas caras; luego no se trata de vidrios que se encontraban en el local, sino de los fragmentos del cristal que se tuvo que romper para entrar en la pastelería. El propietario de la tienda declara que el cristal estaba roto en la parte de abajo en la esquina a la. altura casi del suelo,' luego las huellas se encuentran en la parte - inferior de la puerta una zona que una persona adulta no toca habitualmente para abrir una puerta. Pero es que además el propietario de la tienda declara en el acto del juicio que la puerta siempre está abierta en horas de atención al público y que los domingos abren las dos hojas, con lo cual el acusado no necesitaría en principio empujar la puerta para entrar al local a merendar y a comprar el pan. Por último existe otro dato que junto con los demás no puede sino llegar a la convicción que alcanzó el Juez en la sentencia apelada y es que el propietario de la tienda no conoce al acusado como cliente de la misma pues entra mucha gente, sin embargo el acusado cuando declara manifiesta que no es un cliente accidental de la tienda sino habitual, dice que suele ir mucho a comprar allí a diario, con lo cual es muy difícil que el dueño de la pastelería que también despacha en ella no le conozca.

C) El canon de la suficiencia: la duda razonable

La solidez del juicio de inferencia viene determinada por dos cánones: el de la lógica y el de la suficiencia {cfr. S.TC 189/1998}. Y es que, la discordancia con «las reglas del criterio humano» 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 no conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente del razonamiento inductivo al ser excesivamente abierto, débil o indeterminado.

Desde el canon de la suficiencia ha de atenderse, pues, a «si las Conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos

acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado» (STC 174/1985).

La STS 26 de enero de 2000 (FJ 2) subraya esta idea –insistiendo sobre todo en la solidez del juicio de inferencia– con las siguientes palabras:

[...] La atribución al titular de las huellas, de un hecho delictivo, necesita de un juicio lógico sólidamente construido que permita llevar a la conclusión de que en base al dato indubitado de las huellas, su autor lo es también del hecho delictivo, sin que puedan existir resquicios de duda u otras explicaciones igualmente razonables que no aboguen en aquella conclusión inculpativa.

En consecuencia, «si es factible establecer conclusiones contrarias, basadas en la incertidumbre o la duda, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutiva» (SSTS de 23 de septiembre de 1998 y 5 de octubre de 1999).

La pericial dactiloscópica respecto de la autoría o participación del titular de las huellas en un hecho delictivo, es sólo un indicio que no siempre basta por sí solo para llevar al órgano juzgador a una convicción inculpativa. Los contactos con las superficies donde aparecen impresas las huellas han podido realizarse en un momento distinto –ya sea con anterioridad o posterioridad– a la comisión de los hechos delictivos o quizás de una manera accidental, necesitando de otros datos complementarios para reforzar la convicción inculpativa. Entran así en juego los contraindicios, tal y como se recoge en la SAP de Baleares (Sección 1.ª), de 24 de febrero de 2000 (FJ 1):

[...] La huella [*del acusado*] aparecida en el lugar de los hechos es bastante para estimar acreditada su culpabilidad, a menos que aparezcan motivos bastantes para pensar, bien por el lugar en que fue tomada la huella, o bien por la relación espacio temporal que hay entre su recogida y la causación del hecho delictivo, que la referida impresión ha podido asentarse de manera fortuita, o que la persona a la que pertenece la misma ha podido acudir al lugar de autos en momento distinto al que tuvo lugar el robo - SSTS de 30 de junio de 1999 y 23 de septiembre de 1998-.

En esta línea, la STS de 23 de septiembre de 1998 (FJ 4), llega a una conclusión absolutiva porque el informe pericial no determinó si la huella del acusado, hallada en un fragmento de cristal del escaparate roto en el establecimiento donde se perpetró el robo, se encontraba en la parte exterior o interior de dicho cristal. Razonó el Alto Tribunal su resolución del siguiente tenor:

[...] El dictamen pericial dactiloscópico se realiza solamente sobre la huella del dedo medio de la mano izquierda sin que se diga con claridad si la situación de la huella se encuentra en la parte exterior o interior del cristal.

Ante esta evidencia sólo podemos llegar a la conclusión de que el acusado ha podido dejar su huella en la parte exterior del cristal, lo que resulta a todas luces insuficiente para construir,

sobre este dato, una decisión condenatoria ya que es perfectamente posible llegar a la conclusión contraria, al tratarse de un establecimiento que tiene vistas a la vía pública, por lo que cualquier transeúnte que se detenga ante la luna de cristal puede dejar impresas sus huellas dactilares.

Para llegar a conclusiones condenatorias es necesario que los datos que se derivan de la existencia en el lugar de los hechos de la huella dactilar de una persona, sean más firmes y sugerentes. No es lo mismo la localización de la huella en la parte externa de una mampara de cristal que en la parte interna. Si la huella hubiera aparecido en la caja registradora los indicios inculpatórios resultarían mucho más insinuantes y definidores. En consecuencia se puede llegar a la conclusión de que ha existido actividad probatoria válidamente constituida y desarrollada, pero que carece de entidad suficiente de cargo ya que no permite establecer una conclusión inculpatória, por lo que permanece intacta la eficacia protectora de la presunción de inocencia.

La STS de 5 de octubre de 1999 (FJ 4), fue igualmente absolutoria con los siguientes argumentos:

En el caso presente el acusado ha negado de manera reiterada y terminante su participación en los hechos, disponiéndose únicamente como elemento probatorio de la pericia dactiloscópica, en la que se afirma que aparecen unas impresiones dactilares en un trozo de chapa de aluminio que fue cortado y roto por el autor de los hechos. En los razonamientos probatorios, la sentencia recurrida afirma que dicho trozo de puerta no estaba en disposición de ser tocado o cogido casualmente por nadie y añade, para reforzar su razonamiento, que precisamente dicha porción de aluminio fue arrojada dentro de una obra, donde no pudo ser tocada por nadie hasta que los obreros facilitaron el acceso a la Policía. En consecuencia se establece firmemente que el acusado contactó con dicha chapa.

Esta afirmación es cierta, pero no resultan terminantes las conclusiones establecidas, ya que precisamente por la forma en que se encontró el fragmento de aluminio, se pudo dar la circunstancia de que habiendo aparecido en el suelo de la puerta del establecimiento, el acusado, sin haber intervenido en los hechos, pasase por el lugar y recogiendo de la acera, lo tirase en el interior de la obra. Esta hipótesis no es desdeñable y solo podría ceder ante la existencia de otros elementos probatorios circunstanciales o complementarios que reforzasen la convicción inculpatória. Al no aparecer estos, la incertidumbre o la duda que despierta la existencia de esta posibilidad, nos lleva a descartar el valor probatorio único y exclusivo de la pericia dactiloscópica.

Otro supuesto de conclusión absolutoria fue el tratado por la SAP de Burgos (Sección 1.ª), de 23 de febrero de 1999. La huella digital SC había encontrado en una ventanilla del vehículo depredado, en posición perfectamente compatible con la dinámica comisiva del delito. Pero,

siendo este el único indicio existente (al acusado no se le ocuparon efectos del delito ni hubo testigos presenciales del hecho) cobra fuerza el contraindicio de que tal huella pudo impresionarse por un contacto casual. Se dijo entonces por el Tribunal burgalés (FJ 2):

Y es que, en efecto, la huella apareció precisamente en el cristal de la ventanilla trasera derecha inmediata al que se fracturó con la finalidad de acceder al interior del vehículo, siendo ese cristal el que integra la ventanilla pequeña de la puerta trasera derecha del vehículo. Las huellas latentes encontradas en el cristal son demostrativas de la presión que hizo sobre la superficie de vidrio el imputado, siendo esta presión compatible con la maniobra descrita por los peritos policiales en el sentido de ser el resultado del apoyo de la mano derecha para, con el brazo izquierdo, levantar el mecanismo de seguridad que cierra la puerta, pero bien pudo deberse a otra causa cual es que Javier L. se apoyara casualmente en el citado turismo, lo cual constituye un contraindicio de suficiente entidad frente al hecho acreditado de haberse encontrado sus huellas en la superficie del cristal inmediato a aquel que resultó fracturado.

2.7.2.- Valor como medio de identificación

2.7.2.1.- Fiabilidad de la prueba dactiloscópica como prueba de cargo

La prueba dactiloscópica es por entero fiable. Algunas sentencias del Tribunal Supremo han indicado que su valor probatorio descansa en dos leyes fisiológicas, corroboradas por la opinión científica y por una amplia casuística: de un lado, la absoluta e inequívoca *singularidad* de cada huella dactilar, y, de otra parte, su *invariabilidad* a lo largo de la vida humana⁽⁶⁸⁾ desde el embrión hasta la destrucción de la piel, ya sea por descomposición, por heridas profundas, por corrosiones o por quemaduras. Como bien dice la STS de 5 de febrero de 1991: «El ser humano lleva en sus manos el sello indeleble e irrepitable de su identidad», «y acaso —añade la de 7 de septiembre de 1989— de su personalidad única e inconfundible».

Otras sentencias del mismo Alto Tribunal han precisado más las cualidades de las huellas, afirmando que la fiabilidad de los informes dactiloscópicos se basa en que los dibujos de las crestas papilares son «perennes, inmutables y diversiformes» (STS de 1 de junio de 1988); «> expresado en términos semejantes, «indelebles, invariables e inconfundibles» (SSTS de 5 de junio de 1987 y 15 de junio de 1988). Muy certeramente lo expresa la STS de 20 de marzo de 1998 (FJ 1):

[•••] La importancia y trascendencia de este método de investigación se deriva de las circunstancias siguientes: a) tales huellas son inmutables desde que aparecen en el cuarto

⁽⁶⁸⁾

Así por ejemplo, las SSTS de 13 de abril de 1987, 8 de febrero y 21 de abril de 1988, 29 de mayo, 27 de junio 7 de septiembre, 29 de noviembre de 1990 y 4 de febrero de 1993* y los AATS de 10 de febrero de 1989 y 3 de octubre de 1990.

mes de la vida intrauterina, desapareciendo sólo con la putrefacción cadavérica, b) no son modificables patológicamente, ni por la voluntad del sujeto y, c) jamás son idénticas las huellas de dos personas.

En efecto, los dactilogramas y cualquier otro dibujo formado por las crestas papilares, presentan tres características o cualidades fundamentales que les permiten desempeñar un importante papel en la identificación del individuo: son perennes⁽⁶⁹⁾, inmutables⁽⁷⁰⁾ y diversiformes⁽⁷¹⁾. Estos tres caracteres constituyen el dogma fundamental de la dactiloscopia y permitieron decir a *Vucetich*: «Todo es mudable en la vida menos el esquema digital; todo es reproducible en los congéneres, menos el dibujo papilar.» De ahí que jurisprudencialmente se reputa como medio suficiente para incriminar al acusado, aun cuando no existan otras pruebas de cargo⁽⁷²⁾.

Queda finalmente decir que para considerar acreditada la identidad mediante la dactiloscopia, se viene exigiendo jurisprudencialmente la existencia de ocho a diez puntos o características comunes entre la huella encontrada en el lugar del crimen y la indubitada del imputado, con igual emplazamiento morfológico (de igual forma) y topográfico (ubicadas en la misma zona), y sin ninguna desemejanza natural entre ellas⁽⁷³⁾. Por supuesto, si son varias las huellas obtenidas, «pueden perfectamente complementarse para servir de base más válida a esa cuestionada autoría del hecho enjuiciado» (STS de 25 de noviembre de 1989).

2.7.2.2.- Su limitada aplicación como prueba de descargo

Estamos acostumbrados a examinar y valorar los informes dactiloscópicos como pruebas incriminatorias o de cargo; a decidir si son aptos o no para enervar en el caso concreto la presunción de

⁽⁶⁹⁾ La diferenciación de los pliegues cutáneos —escribe James S. Thompson y Margaret W. Thompson, *Genética Médica*, 2.ª ed., Salvat, Barcelona, reimpresión 1977, pág. 329— «se inicia en el tercer mes de la vida fetal, pero no se completa hasta el cuarto mes». Desde entonces, los dibujos digitales se conservan idénticos hasta la descomposición de los tejidos después de la muerte. Incluso permanecen visibles en las momias. *Cfr.* Rafael Lubián y Arias, *Dactiloscopia*, cit., pág. 97.

⁽⁷⁰⁾ Los dibujos papilares no se consiguen alterar ni fisiológica ni patológicamente. Aun realizándose una intervención quirúrgica de cirugía plástica en las crestas papilares, a lo sumo serviría para burlar la identificación del sujeto en una ocasión, puesto que, una vez obtenida la nueva reseña de sus huellas, sería fácilmente identificado posteriormente.

⁽⁷¹⁾ No existen dos dibujos iguales, lo cual convierte a cada huella digital en una singularidad propia y distintiva de cada individuo. Ha de hacerse, no obstante, una salvedad: los gemelos monocigóticos (univitelinos) Se trata de clónicos naturales con exactamente el mismo ADN e idénticas huellas digitales. Esta peculiaridad sirvió de inspiración a Ken Follet para su novela *El tercer gemelo*, ed. original Crown Publishers Inc., Nueva York, 1996.

⁽⁷²⁾ Véanse, entre otras muchas resoluciones, las SSTS de 13 de abril de 1987, 5 de junio de 1987, 20 de junio de 1987, 5 de enero de 1988, 8 de febrero de 1988, 21 de abril de 1988, 6 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1988, 7 de septiembre de 1989, 16 de septiembre de 1989, 19 de enero de 1990, 4 de julio de 1990, 7 de septiembre de 1990, 21 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991 y los AATS de 9 de febrero de 1990, 4 de julio de 1990 y 21 de diciembre de 1990.

⁽⁷³⁾ SSTS de 15 de junio de 1988, 4 de julio de 1988, 25 de noviembre de 1989, 4 de julio de 1990, 7 de septiembre de 1990, 15 de marzo de 1991; también los AATS de 27 de abril, 4 de julio y 21 de septiembre de 1990.

inocencia. Pero en –contadas– ocasiones pueden convertirse en un útil instrumento de la defensa; sobre todo para evitar que personas con idénticos nombres y apellidos sean condenadas o cumplan condenas en lugar de los verdaderos autores del delito.

A) Utilidad para enmendar errores judiciales

La prueba dactiloscópica también sirve, cómo no, para evitar ciertos errores judiciales o para enmendar los ya cometidos en perjuicio del reo. Así, por ejemplo, la STS de 11 de diciembre de 1998 pudo dejar sin efecto la aplicación de la agravante de reincidencia a un acusado, porque:

[...] la mencionada prueba pericial dactiloscópica no deja duda alguna acerca de que los antecedentes penales que aparecen en la causa contra Musa S. no corresponden a la misma persona que con el mismo nombre y apellido fue detenida en este procedimiento y luego condenada en calidad de reincidente. Hay un evidente error en el relato de hechos probados.

Y la STS de 13 de marzo de 1999 dio lugar a la revisión de una sentencia porque:

El Artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que procederá el recurso de revisión cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza, que evidencien la inocencia del condenado. En el presente caso se produce una serie de acontecimientos, que encajan perfectamente en las previsiones del precepto mencionado, ya que es con posterioridad a la sentencia cuando se conoce el informe del Gabinete Provincial de la Policía Científica en relación con las huellas dactilares obtenidas al recurrente, que no coincidían con las de la persona que fue detenida como autor de los hechos por los que después se condena a la persona por la que interpone el recurso de revisión el Ministerio Fiscal.

B) La ausencia de huellas en el lugar del crimen

No es infrecuente que la defensa pretenda contrarrestar las pruebas de cargo existentes argumentando que no se encontraron huellas dactilares del acusado en los objetos o elementos más intensamente ligados a la acción delictiva. Tales alegaciones carecen del más mínimo rigor y consistencia; son normalmente fruto de un vano y desesperado intento defensivo frente a toda una batería de indicios de cargo, y su destino natural es la desestimación.

La ausencia de huellas en la escena del crimen no es un contraindicio a favor de la defensa. Cualquier persona con máximas de experiencia comunes sabe sobradamente que la falta de huellas puede deberse a múltiples razones, ajenas por completo al hecho de que el acusado sea inocente. Desde la inhabilidad del objeto para que queden impresas las huellas, hasta la cuidadosa actuación del delincuente (uso de guantes

o borrado ulterior de las que pudiera haber dejado), son algunas de ellas. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2.ª), bien claro le dice en su sentencia de 5 de febrero de 1998 (FJ 3):

Como elemento de defensa se argumentó en el sentido de que no habían aparecido huellas dactilares en las botellas, ni en el bidón o en la tapa del zulo. La Sala estima que no es éste un elemento decisivo, ni siquiera importante. Las huellas dactilares pueden ser eliminadas del modo más sencillo o bien se puede evitar que queden impresionadas por el simple expediente de usar guantes u otro objeto protector.

La presencia de las huellas dactilares tiene un significado probatorio en el sentido de que se puede establecer que la persona a que pertenecen ha manipulado el objeto; pero su ausencia no tiene el mismo valor de tipo negativo, esto es, no significa que al no estar las huellas determinada persona no ha manejado ese objeto; puede haberlo hecho con protección, o incluso en función de la superficie, pueden no ser identificables, o bien pueden haberlas borrado. No procede en consecuencia la reflexión de la defensa en el sentido de que no está acreditado que los acusados ejecutaron los hechos porque no se hayan verificado sus huellas dactilares en los objetos.

En esta misma línea defensiva, se ha propuesto la práctica de prueba dactiloscópica con la finalidad de acreditar la ausencia de huellas del acusado en aquellos elementos u objetos que el autor del delito hubo necesariamente de tocar. Con este carácter de descargo, la prueba dactiloscópica puede ser instrumental del derecho de defensa. Claro es que la denegación de dicha prueba, por impertinente o por innecesaria, será lo habitual, sin que ello suponga vulneración de aquel derecho. Un buen ejemplo lo encontramos en la STS de 17 de marzo de 1999 (FJ 4):

[...] Quiere decirse con todo ello que los informes dactiloscópicos son medios aptos para destruir en su caso la presunción de inocencia. En consecuencia se trata ahora de una alegación que, en sentido contrario, pudiera servir para lógicamente ejercitar el derecho de defensa.

En el caso enjuiciado fue denegada reiteradamente la prueba pericial solicitada al respecto, tanto por el instructor en dos ocasiones como por la Sala de instancia en una ocasión (ver los folios 37 y 55 de la instrucción, y folio 29 del rollo de la Audiencia).

Dentro de lo que supone e implica la pertinencia de las pruebas, como distinta de la necesidad, aquí cabe decir que la ausencia de huellas en la bolsa de plástico, o de los dos envoltorios, no supondría nunca que el acusado no hubiere portado la misma, pues, aparte de las distintas maneras existentes para llevar un paquete de esas características, sin necesidad de asirlo material y físicamente con las manos, aparte de eso, se repite, no debe olvidarse la naturaleza especial del material de que se trata, difícil de recoger y conservar permanentemente rastros de huellas dactilares. La impertinencia de la prueba vendría además ratificada

si se tienen en cuenta las manifestaciones de quienes, vigilando al acusado, conocieron los detalles y las particularidades del transporte de la bolsa directamente observada por aquéllos.

Y otro caso fue el tratado por la STS de 5 de junio de 2000 (FJ 3):

Propuso la defensa que por el Tribunal de instancia se interesase de la Brigada Provincial de Policía Científica de Barcelona la emisión de un informe sobre las huellas dactilares encontradas en la bolsa en la que se hallaba la heroína y sobre la eventual coincidencia de dichas huellas con las de Kulcharan. La prueba fue denegada «por ser inútil su práctica en el momento en que se propone» y hay que reconocer que la razón era cierta. Ya durante la instrucción del sumario, la defensa había solicitado del Instructor la misma prueba y, acordada su práctica, comunicó la Policía al Juzgado que la bolsa ya había sido manipulada por varias personas antes de ser remitida al Instituto Nacional de Toxicología y que no existía revelador físico ni químico que pudiese hacer visibles las huellas del detenido. Si esto lo decía la Policía el 23 de junio de 1998 —no se entiende, por cierto, que afirme el recurrente desconocer los motivos por los que dicha prueba no fue practicada durante la instrucción— es lógico pensar que cuando el Tribunal de instancia acordó no admitir la prueba de referencia, por auto de 8 de marzo de 1999, el estado de la bolsa era aún más inadecuado para detectar las huellas. Ello es más que suficiente para rechazar que se cometiese una ilegal denegación de prueba en el supuesto que hemos examinado, toda vez que no se irroga indefensión alguna a la parte cuando no se le admite una prueba de la que, con razonable fundamento, se puede decir que es impracticable o, como en el presente caso ocurría, que es inútil intentar su práctica.

2.7.2.3.- Eficacia: inmediatez en la toma de muestras

Por lo demás, la eficacia probatoria del examen dactiloscópico exige que la toma de muestras se verifique lo más inmediatamente posible a la fecha en que se cometieron los hechos investigados. De lo contrario podría ser de dudosa valoración como elemento probatorio de cargo. Tal fue lo que hubo de afrontar la STS de 20 de enero de 1998 (FJ 4):

[El examen dactiloscópico], además de sujetarse a las reglas técnicas que el saber humano ha constatado, debe tener en cuenta las circunstancias materiales que a su alrededor se desenvuelven.

Es por tanto una prueba que obliga a que su ejecución tenga lugar no sólo en un corto período de tiempo al tratarse de vestigios fácilmente percederos, sino además lo más cerca posible, temporalmente, de la fecha en que los sucesos investigados acaecieron.

A la vista de lo expuesto, resulta igualmente dudoso dar credibilidad condenatoria a una huella dactilar que, aun siendo coincidente, fue constatada y examinada, con referencia al vehículo de motor, cuatro meses después de ocurridos los hechos a los que la sentencia de la Audiencia se refiere, con lo cual

quíerese que no, se trata de un dilatado período de tiempo que hace dudar la incuestionabilidad de la coincidencia, no por las huellas sino porque el tiempo transcurrido ha podido originar la estampación de las mismas en una época, o tiempo, posterior a la fecha de la comisión de los delitos.

En la misma línea puede verse la STS de 29 de mayo de 1990 (FJ)

De otra parte, ha de resaltarse que las huellas fueron tomadas transcurridos dos días desde la comisión del hecho. Tratándose de un establecimiento abierto al público, con la consiguiente afluencia de visitantes o clientes, no deja de resultar peligroso responsabilizar a un individuo, cuyas huellas aparezcan en una mesa sita en el Bazar, con el atentado patrimonial realizado en días anteriores, no existiendo ningún otro dato indiciario corroborador de aquella suposición. Falta, pues, aquel mínimo y razonable sustrato probatorio capaz de fundamentar un dictado de condena.

2.7.3.- Garantías en su obtención y empleo

2.7.3.1.- De la toma de huellas dactilares en el lugar del crimen

El trámite que sigue la prueba pericial dactiloscópica es, en esencia, policial (más exactamente, es una función propia de la Policía Científica). Ni el Juez ni el Secretario han de estar necesariamente presentes en el momento de tomar las huellas en el lugar de los hechos⁽⁷⁴⁾, sin que ello constituya irregularidad alguna. Dos razones, al menos, avalan lo dicho: *urgencia* (peligro de que desaparezcan los vestigios) y *necesidad* (carácter técnico de la actividad).

- a) Es una diligencia urgente, dada la fragilidad de las huellas papilares debido a su fácil deterioro y desaparición (pérdida de diafanidad o borrado de las mismas por factores climáticos, manipulación descuidada por personal no especializado, etc.). Son huellas «de muy difícil conservación», dice la STS de 23 de febrero de 1989.
- b) Se trata de una actividad puramente técnica, que ha de ser realizada por expertos en la materia; por personal especializado que bien puede ser la Policía Científica (STS de 3 de julio de 1991). La diligencia de investigación tendente al fin específico de la búsqueda de huellas digitales –afirma la STS de 26 de enero de 2000^ «exige ser llevada a cabo por técnicos especializados». De ahí la futilidad de que se practique en ausencia de la Comisión Judicial.

El Código Procesal Penal, con buen criterio, encomienda a la Policía Nacional la tarea de inspeccionar el lugar donde se cometieron los hechos, con miras a encontrar huellas que tengan relación directa

(74)

«La investigación policial, en principio, no demanda la presencia e intervención de testigos ni, por supuesto, del Secretario Judicial» (STS de 27 de septiembre de 1999).

o indirecta con la comisión del delito (Art. 203 CPP). Es la Policía quien ha de «recoger» y «conservar» estos elementos probatorios, para cuya misión serán asistidos por expertos o peritos en dactiloscopia, normalmente pertenecientes a la propia Policía.

2.7.3.2.- Levantamiento del acta de inspección ocular

En ella se harán constar las menciones relativas al lugar y tiempo (día y hora) en que se lleva a cabo la diligencia y demás previstas en el Artículo 132 CPP.

Igualmente se dejará constancia (mediante un «detalle pormenorizado», dice la Ley) del sitio y estado en que se hallen las huellas, con descripción minuciosa del objeto sobre el que quedaron impresas y de las circunstancias de su hallazgo, así como de todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa (Art. 203.11 CPP). Sería conveniente que la descripción viniese complementada o, en algún supuesto sustituida, por un reportaje fotográfico anexo al acta (autorizado por el Art. 133 CPP), sin duda mucho más expresivo que la descripción literaria que pudieran hacer los funcionarios policiales.

La diligencia se extenderá por escrito y será firmada por todos los intervinientes (Art. 132.7 CPP), singularmente por el o los agentes de la Policía de Investigación Criminal que hubieren participado y por la persona en cuyo poder fue hallado, en su caso, el objeto con las impresiones dactilares. También firmarán el acta, de ser posible, dos testigos que preferiblemente sean vecinos del sitio en que tuvieron ocasión los hechos investigados (Art. 203.III CPP).

Cualquier circunstancia concurrente a propósito de la negativa o imposibilidad para firmar de alguno de los anteriores habrá de quedar reflejada en el acta, siendo viable en cualquier caso sustituir la firma por la huella digital (Art. 132 CPP).

La firma de los testigos no será, en los términos de la ley, un requisito ineludible para la validez y eficacia del acta (que es prueba preconstituida según determinan el Artículo 204, penúltimo párrafo y 311.4 CPP). Tal firmarse requiere sólo «cuando sea posible». Su omisión puede ser subsanada mediante la documentación en acta de las razones por las que no fue posible obtenerla y, de ser necesario, por las declaraciones de los intervinientes (cfr. Art. 132, último párrafo, CPP).

2.7.3.3.- Conservación de las piezas de convicción

El Código Procesal Penal no define lo que son piezas de convicción. Esta denominación se encuentra en alguno de sus pasajes unida a otros términos con los que parece querer identificarse tales como pruebas (art-48), <<efectos>>: e <<instrumentos>> del delito (Arts. 109, 175, *in fine*, 338, regla 5ª y 344 III) <<bienes: documentos y elementos de convicción>> (Art. 251), <<objetos

secuestrados» (Art. 303.11), «libros» y «documentos» (Art. 311 penúltimo párrafo).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha conceptualizado, en general, como piezas de convicción «todos aquellos objetos inanimados que puedan servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conservándolos, debidamente etiquetados, a disposición del Tribunal aunque con independencia de la materialidad de los mentados autos» (SSTS de 1 de febrero de 1983 y 6 de abril de 1987). También doctrinalmente se ha ensayado un concepto a este propósito, calificando tales piezas como «todas aquellas cosas u objetos relacionados con la perpetración del delito que proporcionan alguna indicación para formar juicio sobre el modo, circunstancias u ocurrencia del hecho delictivo»⁷⁵.

Las huellas dactilares halladas por la Policía, como vestigios o pruebas materiales del delito, han de ser recogidas por dichos funcionarios (también, si fuera posible, el objeto o cosa sobre el que apareció la huella) (Art 203). Asimismo, las piezas de convicción se conservarán para el juicio oral, siempre que sea posible (arts. 203 y 311, penúltimo párrafo).

En íntima relación con lo expuesto se halla la obligación del Juez de Letras de poner a la orden del Tribunal de Sentencia, una vez concluida la etapa intermedia, las actuaciones y *las piezas de convicción*, indicando a dicho Tribunal el lugar en que se encuentren, o la persona o institución que los tenga en depósito (Art. 303 CPP).

Pero, la presencia de las piezas de convicción no sólo es importante en la fase de investigación preliminar para que puedan ser exhibidas al imputado y testigos a efectos de que las reconozcan (Art. 251) y en la etapa intermedia para que sean examinadas por las partes al objeto de formalizar la acusación y defensa (Art. 301); también lo es, con idéntica o mayor importancia, en el juicio oral. Al inicio del juicio oral, el Tribunal tendrá a su disposición todas las piezas de convicción que se hubieran recogido a efectos, lógicamente, de la práctica de los distintos medios de prueba (Art. 251) o para su examen por el propio Tribunal (Art. 311, penúltimo párrafo); y, en lo que aquí interesa, para acreditar la preexistencia del objeto sobre el que se encontraron las huellas. La *ratio legis* de la presencia de las piezas de convicción al inicio de las sesiones del juicio queda clara para la STS de 1 de febrero de 1983; y no es otra que:

[...] la utilidad que puede reportar la exposición pública de las piezas de convicción para su examen por el Tribunal, por las partes, por los testigos —véase Art. 712—, por los peritos o por los acusados, constituyendo, en definitiva, acreditamiento real, inmediato y directo, unas veces, y prueba complementaria de la testifical, de la pericial o del interrogatorio de los procesados, cuando se exhiban, a unos u otros, para la mejor evacuación y *Comprensión de sus dichos*, dictámenes o declaraciones [...].

⁽⁷⁵⁾

Almagro Nosete, José, *Instituciones de Derecho Procesal Proceso Penal* (con Tomé Paule), 2.ª ed., Trivium, Madrid, 1994, pág. 229.

Con todo, el incumplimiento de esta norma (Art. 311, penúltimo párrafo) no supone, sin más, infracción del proceso con todas las garantías ni genera necesariamente indefensión. Este es el mensaje que nos hace llegar la STS de 16 de noviembre de 1994 (FJ 1):

[...] Con carácter general y para el mejor desenvolvimiento del juicio, es conveniente que las piezas de convicción estén presentes al inicio de las sesiones aunque las partes no lo soliciten como medio de prueba, ya que su presencia puede ser útil para la mejor comprensión de los hechos, pero su ausencia, en principio, no supone un quebrantamiento de forma ni vulnera, por sí misma, ningún derecho fundamental.

En el proceso penal español, por variadas razones, la presencia de las piezas de convicción en el juicio oral ha venido siendo dulcificada en su interpretación. Se ha restado importancia al incumplimiento de esta norma en determinadas circunstancias, llegándose a considerar intrascendente salvo que hubiese generado indefensión. La STS de 6 de abril de 1987 estableció las pautas para determinar cuándo tal ausencia produce indefensión. Para ello es necesario que se den los siguientes condicionamientos:

- 1- Que las piezas de convicción están incorporadas a la causa.
- 2- Que exista petición de parte en el escrito de conclusiones provisionales para completar otras pruebas personales (testifical o pericial).
- 3- Que se formule denuncia en el acto del juicio, haciendo constar la protesta correspondiente y exponiéndose, además, los argumentos que –según la parte solicitante– darían significación o valor probatorio a la exhibición.
- 4- Que dicha prueba no sólo sea pertinente sino también necesaria.

A) Las piezas de convicción han de estar incorporadas a la causa

Es frecuente que ciertos objetos relacionados con el delito, pese a su innegable carácter de piezas de convicción, no lleguen nunca a incorporarse al proceso. Objetos voluminosos, instalados de forma permanente en algún bien mueble o inmueble, objetos personales de la víctima, cosas perecederas, etcétera, bien sea por lo problemático o imposible de su traslado, por las dificultades de su conservación o porque han sido devueltos a su dueño (que ya bastante ha sufrido como sujeto pasivo del delito), ni siquiera son «recogidos» y «conservados» para el juicio oral, sino reseñados, descritos e incluso fotografiados en la correspondiente acta de inspección ocular. No se olvide que el Artículo 203 del Código Procesal Penal sólo exige que los vestigios y huellas materiales sean recogidos «siempre que fuere posible».

Si las piezas de convicción no existen o no se recogieron, es obvio que no pueden estar presentes en el juicio oral, sin que ello suponga infracción del Artículo 311, penúltimo párrafo, del Código

Procesal Penal ni menoscabo del derecho de defensa. Ya la STS de 21 de octubre de 1985 (FJ 5) insistía en este punto:

La aportación al acto del juicio oral de las piezas de convicción, viene impuesta, por el Artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [*y por el Art. 311 del CPP hondureño*]. Para ello es menester que existan, que se hayan recogido y que estén a disposición del Tribunal. Cualquiera de los tres requisitos que falte, imposibilita a aquél para dar cumplimiento al precepto expresado.

Poco tiempo después, la STS de 6 de abril de 1987, en relación con la ausencia en el plenario del objeto donde se encontraron las huellas dactilares, hace una razonable y acertada interpretación. En el caso tratado por la sentencia antedicha, las huellas dactilares sobre las que se emitió el informe lofoscópico se hallaban en un joyero, que no fue incorporado a la causa como pieza de convicción, sino devuelto a su propietario legítimo. Con un criterio amplio, pleno de sentido común, el Tribunal Supremo declara en esta ocasión que:

[...] ninguna practicidad tendría su exhibición enjuicio, porque a través de las declaraciones de aquél [*se refiere al dueño del joyero*] se han despejado las dudas sobre la identidad y pertenencia del mismo, perdiendo las huellas observadas diafanidad y, por tanto, inexpresividad probatoria según los peritos informantes, lo que hubiera hecho inútil un nuevo reconocimiento. En definitiva, al no hallarse incorporado a la causa, el Tribunal no estaba constreñido por el susodicho Artículo 688, y aunque se admitiera hipotéticamente su aplicabilidad no se habría derivado indefensión de la omisión denunciada⁷⁶.

La STS de 28 de junio de 1990, recordando la doctrina sentada en anteriores resoluciones, señaló que:

[*La*] ausencia [*de las piezas de convicción*] al comienzo de las sesiones del juicio y durante el transcurso de las mismas no supone quebrantamiento de forma [...] en el caso de que la Sala de instancia, sin previa petición de parte, haya omitido la presencia pública o traída a la vista de las piezas de convicción, no con intencional desobediencia al mandato del Artículo 688 antes citado, sino por la dificultad de disponer de ellas puntualmente o porque su estado o conservación impida obtener datos útiles para formar una convicción.

B) Petición de parte al proponer la prueba para el debate

El alcance que sobre las posibilidades de defensa pueda tener la presencia de las piezas de convicción en el plenario, debe ser valorado por la parte acusada en el momento de proponer las pruebas para el debate, decidiendo entonces si tiene interés en que sean objeto de reconocimiento o exhibición en las sesiones del juicio oral. Solo en *el caso* de que se pronuncie de manera positiva sobre este extremo

(76)

Un caso similar trata la STS de 8 de octubre de 1988.

puede posteriormente alegar indefensión de no accederse a lo solicitado (STS 16 de noviembre de 1994).

En esta misma línea se expresa la STS de 30 de mayo de 1989. El recurrente alegó indefensión porque las piezas de convicción permanecieron en poder de la Guardia Civil, celebrándose el juicio oral sin la presencia de las mismas. El Tribunal Supremo dijo al acusado que «la presunta indefensión se produjo por su falta de celo puesto que, en ningún momento procesal, solicitó la reclamación de esas piezas, su incorporación a autos y su presencia durante las sesiones del juicio oral».

La pretendida indefensión sería producto, concluye el Tribunal, «de la desidia y apatía del acusado, el cual no recuerda la existencia de dichas piezas sino cuando ya es tarde para incorporarlas a la causa, tardanza a la que él ha contribuido con su falta de interés respecto a sus derechos de defensa».

Siguiendo este mismo criterio se pronunció la STS de 16 de noviembre de 1994. Estima que la presencia de las piezas de convicción en el plenario «es conveniente» y puede ser «útil» con carácter general, pero sólo «es necesaria cuando la parte, en su escrito de conclusiones, exija expresamente que se traigan dichas piezas».

Y, por último, sin ánimo exhaustivo, también se decanta en el mismo sentido la STS de 26 de septiembre de 1995 (FJ 1):

[...] Ciertamente que el Artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «en el día señalado para dar principio a las sesiones (del juicio oral), se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieran recogido...»; pero no es menos cierto que esta Sala ha declarado que el incumplimiento de esta exigencia –que puede tener diversas causas– no supone, en principio, quebrantamiento de forma reclamable por la vía del recurso de casación, y que la razón de aquella exigencia no es otra que la utilidad que pueda reportar su examen tanto al Tribunal como a las partes o a los testigos (v. sentencia de 1 de febrero de 1983). Únicamente puede resultar jurídicamente relevante la omisión cuestionada cuando la parte que denuncia tal circunstancia hubiera exigido en su escrito de conclusiones provisionales, como medio de prueba, la presencia de dichas piezas (v. sentencia de 23 de marzo de 1984). La carencia de las piezas de convicción en el local a disposición del Tribunal podrían producir nulidad de actuaciones si produjeran indefensión (v. sentencia de 25 de junio de 1990).

C) Protesta de indefensión en el acto del juicio

Si se interesó la presencia de las piezas de convicción en las sesiones del plenario y no han sido traídas, ha de hacerse constar la protesta correspondiente. De lo contrario, el silencio puede interpretarse como aquietamiento y conformidad con la ausencia de las mismas. Aunque el artículo 311 del Código Procesal Penal prescriba la presencia de las piezas de convicción en el curso del juicio oral «la desobediencia a tal precepto

—afirma la STS de 24 de septiembre de 1990— carece de relevancia cuando no hubo ni solicitud ni protesta alguna al respecto».

Pero no basta con protestar «respetuosa y enérgicamente» (conforme al argot forense). Una protesta formularia sin más, vacía de contenido, ayuna del más mínimo fundamento, resulta inane, estéril. El defensor quejoso habrá de exponer, además, «los argumentos que —en su opinión— darían significación o valor probatorio a la exhibición» (STS 6 de abril de 1987). Habrá de especificar «para qué objetivo concreto se quería estuvieran presentes» (STS de 2 de junio de 1986). Reténgase, a este propósito, que la carga argumentativa sobre la relevancia de la prueba la tiene quien la propone (cfr. STC 170/1998)⁽⁷⁷⁾.

D) La presencia de las piezas ha de ser «necesaria» en términos probatorios

En este estado del proceso, para que se produzca indefensión, la presencia de las piezas de convicción no sólo ha de ser pertinente, sino necesaria en términos probatorios ⁽⁷⁸⁾. Es decir, la presencia y examen de las piezas de convicción en el acto del juicio oral ha de ser indispensable («necesaria») para que el juzgador pueda formarse un juicio completo sobre los hechos o, dicho en otros términos, ha de tener la potencialidad de alterar el resultado de la resolución final⁽⁷⁹⁾.

Precisamente en punto a la innecesaria presencia de las piezas de convicción en el plenario se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 20 de noviembre de 1997 (FJ 1):

(77) Hemos afirmado —se dice en la STC 170/1998, de 21 de julio (FJ 2)— que la tarea de verificar si la prueba es «decisiva en términos de defensa» y, por ende, constitucionalmente trascendente, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. Exigencia de acreditar la relevancia de la prueba denegada que se proyecta en un doble plano. De una parte, el recurrente ha de demostrar en esta sede «la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas» (SSTC 149/1987 y 131/1995). Y, de otro lado, quien en la vía del amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia (SSTC 116/1983, 147/1987, 50/1988 y 357/1993), «ya que sólo en tal caso —comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo» (STC 30/1986 o STC 1/1996).

(78) Sobre la distinción entre prueba pertinente y prueba necesaria existe una consolidada doctrina jurisprudencial. A título de ejemplo, la STS de 15 de septiembre de 1999 (RJ 1999N6625) señala que la pertinencia de la prueba se encuentra delimitada por su conexión e incidencia respecto al hecho enjuiciado; mientras que por prueba necesaria viene entendiéndose aquella cuyo contenido tiene la potencialidad de alterar el resultado de la resolución final. Sólo el rechazo de la prueba necesaria tiene capacidad de lesionar el derecho fundamental a la prueba con vulneración del derecho constitucional a «la utilización de los medios de prueba pertinentes» del Artículo 24.2.

(79) Utilizando los mismos términos que la citada STS de 6 de abril de 1987, procede «juzgar nuevamente sobre la pertinencia de la presencia y examen de las mezas de convicción en la doble Vertiente material [*pertinencia propiamente dicha*] y funcional [*necesidad*], pues sin un juicio positivo sobre este punto no puede hablarse de indefensión».

No cabe hablar de indefensión porque las piezas de convicción propuestas por la defensa no fueron aportadas al juicio oral, toda vez que su presencia en el plenario, además de incómoda por tratarse de materiales de obras de considerable grosor y difícil transporte, resultaba innecesaria para el esclarecimiento de los hechos, pues ni los efectos del delito ni la preexistencia de los mismos fue en momento alguno impugnada por la defensa de los acusados, ni de su presencia en juicio podría derivar beneficio o perjuicio para ellos.

2.7.3.4.- Ratificación del informe dactiloscópico

Para que el informe dactiloscópico sea valorado como prueba, ha incorporarse al proceso de forma tal que resulte respetado el principio de contradicción. El Código Procesal Penal exige, como regla general, la presencia del perito en el juicio oral para ser sometido al contrainterrogatorio de las partes. En este acto, el perito rendirá su informe verbalmente (Art. 245). Podrá ser, eso sí, leído su dictamen emitido por escrito en la etapa preparatoria, a efectos de que lo ratifique o que aclare las eventuales contradicciones que puedan haberse producido con lo manifestado por el perito en el acto del juicio (Art. 311.5).

La pericial dactiloscópica, como cualquier otra pericia llevada a cabo por orden del Fiscal durante la investigación preliminar, puede también incorporarse por lectura al debate, siempre que se hubieran seguido las reglas sobre el anticipo de la prueba (Art. 277), lo que exige la intervención o el control jurisdiccional de dicho acto. Quedaría en cualquier caso la posibilidad de que el Tribunal, el Ministerio Público o las partes exigiesen la presencia del perito para rendir declaración en el debate oral.

3.- OTROS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN Y DE PRUEBA

3.1.- Declaración del imputado

3.1.1.- El «*status*» de imputado

La especial relevancia de la imputación judicial y su corolario, la asunción formal del *status* de imputado, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional español en cuanto consagra una de las garantías básicas que debe concurrir en todo proceso penal y constituye un presupuesto ineludible a fin de evitar acusaciones sorpresivas. En la STC 186/1990 se abunda en lo dicho advirtiendo que «la acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aún cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora».

Con independencia de que el imputado haya declarado anteriormente con las formalidades y garantías legalmente establecidas, es precisamente en la obligatoria comparecencia judicial ordenada por el Artículo 287 del Código Procesal Penal hondureño, y antes de proceder a su interrogatorio, cuando el Juez informará al imputado de sus derechos, de entre los que destaca la obligación judicial de ilustración de los hechos que se imputan al sujeto pasivo. El examen del Artículo 287 CPP permite concluir, en primer lugar, que el Juez de Letras, está siempre obligado a recibir personalmente declaración al imputado, comunicándole previamente el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrándole de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de abogado en los términos de los artículos 15 y 101.3 CPP) y tomándole finalmente declaración (Art. 290 CPP) con el objeto de indagar no sólo su eventual participación en los hechos sino también para permitir que el imputado pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario (*cfr.* STC 186/1990). Sólo a partir de entonces puede considerarse formalmente asumida la condición de imputado, lo que permitirá su defensa

La doctrina sobre el derecho a ser informado de la condición de imputado, como instrumento del derecho de defensa en el proceso abreviado, ha sido objeto de sistematización por el Tribunal Constitucional español a través de una jurisprudencia consolidada y reiterada. *El derecho* en cuestión conlleva, según el Alto Tribunal, una triple exigencia:

- a) En primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación

alguna en la fase instructora, nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, para lo cual ha de regir en el proceso una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación.

- b) En segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Letras con anterioridad a la conclusión de la fase de investigación, garantía que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación.
- c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (Art. 101 CPP), se ocasiona la frustración de aquel derecho fundamental si el Ministerio Público retrasa arbitrariamente la presentación del requerimiento Fiscal.

El Tribunal Supremo español ha declarado la nulidad de los testimonios, prestados en instrucción como testigos, de quienes fueron luego acusados. Así, por ejemplo, la STS de 30 de octubre de 1993 (RJA 8490):

[...] no puede someterse a la persona que aparece como implicada al régimen y tratamiento de las declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas pueda inferirse fácilmente que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, como sucede en el caso presente en el que el perjudicado manifestó, desde el primer momento, su deseo de que se persiguiesen los hechos que denunció ante la policía nacional.

No es absolutamente imprescindible una imputación formal en resolución judicial independiente cuando esta posición o legitimación pasiva puede deducirse del estado y contenido de las actuaciones o por haber sido sometido el interesado a cualquier clase de medida cautelar.

Este derecho de defensa debe gozarse desde el momento inicial

y no debe demorarse hasta el trámite de la acusación formal porque en este caso el derecho a la defensa resultaría desconocido y su posición procesal se vería súbitamente afectada por una acusación

que no era previsible y frente a la cual no había podido esgrimir una estrategia defensiva, originándose la indefensión proscrita por nuestro sistema procesal.

3.1.2.- El interrogatorio del imputado

La declaración del imputado, como protagonista de los hechos, es un elemento crucial para el descubrimiento de la verdad, siempre que se rodee de las suficientes garantías para asegurar la voluntariedad de la misma; es decir, para que se preste con libertad y conocimiento de sus consecuencias. Aunque uno de los fundamentales derechos de todo ciudadano es el de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, ello no significa, en absoluto, que dicho derecho sea irrenunciable. En esta línea se pronuncia la STS de 24 de abril de 1992 (RJA 4057):

El derecho a no declarar y a no confesarse culpable constituye un principio que resalta el valor de la libertad de toda persona sometida a un proceso criminal, prohibiendo cualquier actividad encaminada a quebrantar su integridad y libertad obligándole a declarar en un determinado sentido.

Se trata de un derecho fundamental que puede ser renunciado en cualquier momento y que cede en los casos en que el procesado o acusado decide libre y voluntariamente declarar colaborando con las autoridades judiciales en la averiguación e investigación de cualquier hecho delictivo. Hasta tal punto esta decisión es posible, que el mismo sistema legal la incentiva al establecer como una causa de atenuación de la responsabilidad criminal la confesión espontánea a las autoridades de la infracción cometida.

Precisamente a efectos de ser oído el imputado, el Artículo 285.2 CPP previene su citación, con la consecuencia de que, si no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención (Art. 172, 173 y 176.3 CPP)- Si el imputado estuviera detenido se le recibirá primera declaración judicial dentro de las 24 horas siguientes a la detención (Art. 285.1 CPP). El interrogatorio será oral; excepcionalmente, en función de las circunstancias del imputado y la naturaleza de la causa, el Juez de Letras puede autorizarle a que consulte —a su presencia— apuntes o notas (Art. 290.V). Cuando el imputado sea sordomudo y supiere leer, se le harán las preguntas por escrito y contestará también por escrito (arts. 101.9, 125.11 y 310.11, inciso final, todos ellos a *contrario sensu*).

La declaración se hará en español (castellano), a no ser que el imputado lo desconozca, en cuyo caso le será nombrado un intérprete (Art. 125.1)-

3.1.2.1.- La exhortación a decir verdad

El imputado tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no Confesarse culpable (Art. 88.II CPH). Sin embargo, el anterior Código de Procedimientos Penales contenía un mandato arcaico en el sentido de que el Juez «exhortase» al procesado a decir la verdad, advirtiéndole,

Además, que *debía* «responder de una manera clara y precisa a las preguntas» (Art. 222), lo que casa mal con aquel derecho.

Exhortar quiere decir tanto como «incitar a uno con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer alguna cosa», e incitar no es otra cosa que «mover o estimular a uno para que ejecute una cosa». Como se ve, cuando el Juez, con su autoridad, exhorta a un imputado a decir la verdad, no deja de ser una forma imperativa de requerir al imputado, siquiera sea sutilmente, a que declare, a que diga la verdad y a que responda de forma clara y precisa a lo que se le pregunte, cuando constitucionalmente tiene derecho a todo lo contrario. Por ello debe desterrarse de una vez por todas tal viciosa práctica de exhortar al imputado, desaparecida felizmente del texto del nuevo Código. Bien claro se dice en el Artículo 288 del CPP que no podrá usarse medio alguno para inducir o determinar al imputado a declarar. Y, naturalmente, aunque no se diga expresamente, la actual previsión del Artículo 130.11 del CPP relativa a que «el deponente será exhortado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate» no es en modo alguno aplicable al imputado.

3.1.2.2.- Las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes

Las preguntas que se hagan al practicar cualquier interrogatorio (también el del imputado) han de ser «pertinentes», en cuanto deber ir dirigidas a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos.

Pero, además de pertinentes, o sea, relacionadas con el objeto del proceso, han de ser «directas», sin que bajo ningún concepto puedan hacerse de un modo «capcioso» o «sugestivo» (Art. 130.111 CPP). Preguntas capciosas son las falaces o engañosas; llámanse así a «las preguntas, argumentaciones, sugerencias, etc., que se hacen para arrancar al contrincante o interlocutor una respuesta que pueda comprometerlo, o que favorezca propósitos de quien las formula» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Preguntas «sugestivas» son las que están formuladas de forma tal que sugieren la respuesta o la insinúan.

3.1.2.3.- Valor de las manifestaciones espontáneas hechas por el detenido sin presencia de su defensor

A lo largo del articulado del Código Procesal Penal encontramos diversos preceptos que exigen preceptivamente la presencia del defensor en las declaraciones del imputado (arts. 15, 101.3 y 5, 282, 289,); derecho irrenunciable cuya violación producirá, según terminan los artículos 15 y 289, la nulidad de acto, podemos preguntarnos, no obstante, si esa nulidad alcanza tan solo a los efectos negativos que de tal declaración pudieran derivarse para el imputado o

se extiende más allá. Un ejemplo servirá mejor para plantear el dilema: si el detenido por un secuestro, llevado por sus remordimientos o por una espontánea actitud humanitaria, revela voluntariamente a la Policía el lugar en que se encuentra la persona secuestrada, a quien sus compinches tienen previsto asesinar ese mismo día, ¿deberá la Policía abstenerse de actuar y no utilizar esa información para evitar el delito y detener a los autores? Obviamente, la respuesta de cualquier persona con un mínimo de sentido común, será negativa: la Policía no puede ignorar tal información.

Por ello, radicalizar hasta el maximalismo la nulidad de las declaraciones del imputado, cuando no esté presente su defensor, probablemente no sea lo más acertado. La nulidad, en estos casos, sólo debe producirse en punto a los efectos peyorativos que sobre la situación del imputado pudieran sobrevenir, pero no hay razón seria alguna para que dicha declaración no sirva, al menos, para seguir por la Policía una línea de investigación. Siempre que las declaraciones sean espontáneas y libres, no viciadas por engaño o doblez, sirven como elemento para proseguir la investigación, aunque carezcan de carácter probatorio. STS de 7 de febrero de 1996 (RJA 803):

1. [...] El coacusado fue detenido por la Guardia Civil de Tráfico cuando conducía un vehículo de su propiedad que transportaba, en un receptáculo oculto, veinticinco kilos de hachís. Cuando era conducido al acuartelamiento, uno de los guardias que le acompañaba observó en el interior del vehículo un teléfono móvil, por lo que le pidió que le indicase dónde se encontraba el vehículo de apoyo, contestando que junto a una gasolinera. A consecuencia de estas manifestaciones fueron detenidos los ahora recurrentes. Las declaraciones fueron realizadas sin habersele hecho saber los derechos contenidos en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin ser asistido de letrado y sin documentar en la correspondiente acta.
2. En primer lugar se debe hacer constar que según figura en las actuaciones, desde el momento mismo de la detención del coacusado se le notificaron sus derechos constitucionales por lo que ya estaba advertido de la posibilidad de no declarar y sobre todo de no declarar contra sí mismo, pudiendo perfectamente corregir lo que había manifestado a la pregunta que le dirigió el Guardia Civil que se dio cuenta de la existencia del teléfono móvil. Su reiteración en la denuncia demuestra que su actitud inicial fue espontánea y libre sin que estuviera viciada por engaño o doblez. La respuesta proporcionada por el acusado permitió la detención de los dos recurrentes que esperaban en la gasolinera a bordo de otro vehículo.

En todo caso, la manifestación del coacusado, ya se considere como inserta en una «unidad de contenido» o como una declaración aislada, forman parte del atestado inicial que, como es sabido, sólo tiene el valor de una simple denuncia.

Es evidente que dadas las circunstancias en que se produjo no podía estar presente ningún letrado porque todavía no habían llegado

al acuartelamiento, por lo que nos encontramos ante unos datos facilitados, como se ha dicho de manera voluntaria y libre, que permitieron extender la investigación y que llevaron a la detención de otros partícipes. La ausencia de letrado priva a la manifestación inicial de cualquier valor probatorio pero ello no impide que, cumplidas las formalidades legales se incorpore al atestado que abre las diligencias y que sirva como denuncia para iniciar las investigaciones. Subsanao el defecto inicial, que no llega a viciar el atestado originario, la entidad incriminatoria de las pruebas acumuladas hay que deducirla del resto de los elementos probatorios utilizados para formar la convicción inculpatoria del órgano juzgador.

3.1.2.4,- La suspensión del interrogatorio para que el imputado recupere la serenidad

El Código Procesal Penal cuida que el interrogatorio del imputado se efectúe de tal modo que su declaración sea completamente libre. Por ello, el Artículo 291 obliga al Juez de Letras a suspender el examen del imputado cuando, debido a su prolongada duración o al considerable número de preguntas que se le hayan hecho, hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele. También se ha de suspender el interrogatorio cuando se aprecien en el imputado signos de sueño, fatiga o enfermedad. La suspensión durará el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma, haciendo constar en el acta todas esas circunstancias (*cf.* Art. 132).

3.1.3.-Valoración de las retractaciones y contradicciones entre lo declarado en la instrucción y en el juicio oral

El órgano de enjuiciamiento, una vez contrastadas las declaraciones contradictorias mediante su lectura en el juicio oral, y preguntado el acusado sobre la razón de las mismas (*cf.* Art. 311.6, aplicable por igual a los testigos y a los acusados), podrá valorar unas y otras libremente y aceptar como ciertas las que mayor credibilidad le merezcan. En este sentido se pronuncia la STC 82/1988 (FJ 3):

[...] Es cierto que tanto las declaraciones de la señora González como las de los coencausados, en el acto del juicio, negando la implicación de aquélla en los hechos, suponían una contradicción con respecto a las que figuraban en lo actuado. Ahora bien, esta contradicción, consecuencia de no confesarse culpable la procesada en el juicio oral de los delitos que le eran atribuidos, viene a ser el supuesto de la continuación del juicio (Art. 696 de la LECrim.) y condición necesaria para que se pudiera destruir su presunción de inocencia. Tal contradicción en las declaraciones constituye también un elemento de juicio, que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tuvo en cuenta y ponderó en conciencia en relación con las anteriores (Art. 714 de la LECrim.) y con el conjunto de las actividades habidas

en la vista, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que le confiere el Artículo 117.3 de la Constitución.

ATC 548/1988:

1. [...] Cuando el medio de investigación sumarial es reproducido en el acto del juicio oral, en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, permitiendo la contradicción, adquiere carácter probatorio, aunque su resultado sea distinto, pudiendo entonces el Tribunal sentenciador fundar su convicción, no sólo en el sentido de lo entonces manifestado, sino también en las versiones anteriores, debidamente documentadas, y en las explicaciones dadas en relación con sus diferencias (Art. 714 LECrim.), según la mayor o menor verosimilitud que unas u otras le merezcan (AATC 812/1985, de 20 de noviembre, RJA 665/85; 479/1986, de 4 de junio, RJA 1 148/85; y SSTC 64/1988, de 21 de mayo, y 80/1986, de 17 de junio).
2. En consecuencia, la confesión del recurrente prestada ante el juez con asistencia de letrado y todas las garantías exigibles pudo ser válidamente tenida en cuenta en la sentencia, al formar parte de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral mediante su integración en las manifestaciones que él mismo hizo ante la Audiencia Provincial, sin que el contenido del derecho fundamental invocado obligara necesariamente al órgano de la Jurisdicción penal a atender a la rectificación que ulteriormente se produce en detrimento del explícito reconocimiento previo de su participación en los hechos.

3.1.4.- Las pruebas científicas detectoras de la verdad

Por lo que atañe a este tema, debe retenerse que la declaración del acusado y, en su caso, la admisión de los hechos o «confesión» que de la misma pueda eventualmente derivarse, ha de ser resultado de una conducta libre. No puede reputarse tal la declaración efectuada bajo los efectos del «suero de la verdad» (pentothal sódico, privenal, methedrina, etc.) ni la derivada del «detector de mentiras» (polígrafo). Los Tribunales han denegado la práctica de estas pruebas, incluso cuando han sido pedidas por el propio acusado, arguyendo consideraciones de distinto orden. Por un lado se resaltan los posibles peligros físicos o psíquicos que puede suponer su empleo (singularmente las sustancias químicas inyectadas) y la dudosa fiabilidad de su resultado que pueden reflejar la no volición consciente de la persona, sino de su subconsciente o capas profundas de su personalidad. Por otra parte, el rechazo de tales pruebas viene de la falta de libertad del declarante, quien se convierte en un mero apéndice de una máquina o producto químico, aniquiladores de su voluntad consciente, afectándose al mismo tiempo a la propia dignidad humana.

ATC 21/1985:

5. [...] La prueba denominada científicamente <<narcoanálisis>> vulgarmente como «suero de la verdad», para lograr la deposición de conductas sin frenos inhibitorios, por ingestión de sustancias

químicas, que relajen la voluntad, y que propuso el recurrente ante los Tribunales ordinarios, no fue admitida en razonado juicio de legalidad por el Tribunal Supremo especialmente, al no ser fiables en sus resultados entrañar eventuales peligros en su aplicación, conculcar el principio de legalidad, pues sería una forma indirecta y torcida de obtener la confesión del reo, y por suponer un desprecio para la persona, por aniquilar o deformar los recursos psíquicos y físicos del ser humano. En definitiva, tanto por no ser la confesión del inculpado una prueba plena como por las circunstancias en que se apoya el Tribunal Supremo para denegarla, en adecuado juicio de legalidad la no aceptación de dicha prueba hace que este tribunal carezca de facultades para revisar dicha decisión denegatoria.

STS de 22 de mayo de 1982 (RJA 2702):

Considerando que el principio de verdad material que preside el proceso penal y el indudable valor de la confesión del inculpado como medio para obtenerla llevaron su atención a la psicología experimental para dotar al Derecho de un medio de obtener la confesión o, al menos, cierta evidencia de culpabilidad, que, amparándose en la turbación moral, llegó a tener algún predicamento, aplicando la tesis de ideas en conjunción con el tiempo de reacción, hasta llegar a la moderna psicología y psicoterapia mediante el narcodiagnóstico, narcosugestión, narcohipnosis, narcosíntesis y narcocatarsis, conceptos todos ellos indicativos de que la psicoterapia de que se valen se consigue mediante el empleo de métodos en que el vehículo adecuado es un narcótico administrado al organismo, por vía endovenosa y lentamente, y que provoca en el sujeto receptor una liberación de inhibiciones que le llevarán a declarar la verdad en tanto en cuanto se encuentren bajo la influencia de la droga, y de ahí su común y en un tiempo feliz expresión de suero de la verdad, y que llevan al sujeto a un estado de narcosis y que se patentiza por somnolencia, obnubilación y, finalmente, pérdida de la sensibilidad y de la conciencia, aun cuando, hoy por hoy hayan sido sometidas a nuevas revisiones las conclusiones de antaño, restándoles fiabilidad y afirmando que no han logrado la aceptabilidad científica para establecer la verdad en los términos absolutos con que antes se predicaba.

Considerando que de entre los narcóticos que han encontrado más aceptación en las pruebas clínicas se encuentran el privenal, el evipán sódico, el amytal sódico Lilly, la methedrina y el eunarcón y sobre todo el pentothal sódico, que logró el palmares con holgada exageración sensacionalista al recabar para sí el talismán de suero de la verdad, y aun cuando se ha llegado a afirmar, con hartó optimismo, que sus resultados son reales, absolutos y sorprendentes y que no pasan del riesgo que supone la administración de una simple inyección endovenosa, es lo cierto que la polémica entre científicos y clínicos y psiquiatras las disensiones y recelos se oponen a aquellos otros, señalando éstos toda una serie de precau-ciones,

contraindicaciones y peligros, llegándose incluso a señalar, por algunos investigadores ingleses, la posibilidad, aunque realmente rarísima, de provocar síncope mortales por inhibición con el uso del pentothal.

Considerando que, como no podía por menos de suceder, el narcoanálisis encontró su asiento en el Derecho procesal y juristas y Tribunales han tomado posturas diamétricamente opuestas a la par que en el terreno científico y clínico ocurría, desde su aceptación plena, a su adopción con recelos, para llegar a la postura extrema de su erradicación de los medios probatorios.

Considerando que, en trance de tomar partido, una primera objeción obliga a entender que el uso del pentothal, o de otro de los narcóticos comercializados, que no está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura – contrario al *numerus clausus* en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material–, principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre, porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano.

Considerando que, todas estas objeciones y cuantas a lo largo de la presente resolución se han hecho son aplicables al supuesto ahora enjuiciado, pues lo que, al fin y a la postre pretende el recurrente es someterse a la confesión bajo los estímulos de la administración del pentothal sódico erigiéndola como prueba reina y única para demostrar su inocencia, haciendo tabla rasa de las demás practicadas, cuando es lo cierto que, en trance de juzgar, siempre vendría obligado el tribunal de instancia a tener que apreciar en conciencia las pruebas practicadas en los términos prescritos en el Artículo 741 de la LECRIM, procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo que por forma ha quedado subsistente tras el trámite de admisión y en el que al amparo del número 1º del Artículo 850 se denunciaba la denegación de prueba consistente en la confesión del procesado bajo los efectos del pentothal u otro producto similar.

STS de .26 de noviembre de 1991 (RJA 8562):

Con independencia de la circunstancia que pone de relieve con acierto el Ministerio Fiscal de que frente a la denegación de la prueba no se formuló protesta alguna, lo decisivamente importante es que el medio probatorio era absolutamente rechazable. Se trataba de inyectar a los dos procesados el fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narcoanálisis conocida como «suero de la verdad».

Se invoca el Artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Pero por encima de cualquier otra consideración, hay que tener presente que el tribunal ha de abstenerse de valorar una prueba prohibida y, por consiguiente, y todavía con más razón, si cabe, debe impedir su práctica, y la del narcoanálisis lo es.

La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el Artículo 15 de la Constitución Española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El ordenamiento jurídico, y con él los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarlo de forma incondicionada.

La grandeza de la libertad, a la que acaba de hacerse referencia, unida a la dignidad de la persona humana, impide la introducción de estos métodos en la investigación criminal, siendo así sólo factible en el mundo del psicodiagnóstico y de la psicoterapia, basados en el hecho de que la psiquis en estado de adormecimiento, no dominable ya por consiguiente por el sujeto, consecuencia de la introducción de sustancias denominadas narcóticos, se coloca en forma de poder ser explorado con más facilidad y profundidad por la técnica de la investigación psicoanalítica.

Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad.

3.2.- El testimonio de los coimputados

3.2.1.- Naturaleza jurídica

El Tribunal Supremo español ha puesto de relieve la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de las declaraciones de los coimputados entre los medios ordinarios de prueba, en tanto que no pueden configurarse ni como confesión, ni como testifical en sentido estricto [SSTS de 9 de julio de 1984 (RJA 3840); de 21 de septiembre de 1987 (RJA 6490) y de 29 de marzo de 1988 (RJA 2122), entre otras].

El propio Tribunal Supremo ha adoptado diversa terminología para aludir a la denominada por la doctrina italiana «*chiamata di correo*». Así, sin perjuicio de referirse correctamente a la «declaración del coimputado» en su sentencia de 14 de septiembre de 1989 (RJA 6644), ha pasado desde llamar a estas declaraciones «seudo-testimonio del co-imputado» en la STS de 2 enero 1991 (RJA 11),⁸⁰ con la equívoca significación que el término conlleva (induce a pensar en el falso testimonio); o «testimonio impropio» en las SS. de 12 mayo 1986 (RJA 2446), 26 enero 1988 (RJA 481), 20 julio 1988 (RJA 6641) y 12 febrero 1990 (RJA 1475); hasta hablar de «testigo de excepción» en la S. de 17 febrero 1990 (RJA 1567), o incluso confundir nominalmente su declaración con una «confesión del partícipe» en la S. de 27 febrero 1988 (RJA 1336).

En sí, la implicación de copartícipe en la ejecución del delito perseguido no puede considerarse una «confesión» ya que ésta necesita siempre que los hechos que se confiesen o reconozcan perjudiquen a quien hace la declaración y no a un tercero. Ha de tratarse de manifestaciones o declaraciones *contra se*, que supongan una autoincriminación del hecho delictivo por el que se procede.

De otra parte, tampoco pueden conceptuarse como declaraciones testificales en sentido estricto las ofrecidas por los coimputados⁽⁸⁰⁾. El verdadero testigo, el testigo genuino, ha de ser una persona física, en todo caso ajena al proceso; esto es, debe revestir la nota de alteridad con respecto al órgano judicial y a los litigantes. Por ello, no pueden ser testigos las partes procesales, ya sean acusadores o acusados ya que la cualidad de testigo en nuestro sistema procesal vienen precisamente determinada por el hecho de no ocupar una posición de parte en el proceso, hasta el punto de que una misma persona, la víctima del delito, habrá de ser considerada como testigo siempre que no se muestre parte, perdiendo dicha cualidad desde el mismo momento en que ejercite formalmente la acusación.

De ahí que carezca de sentido la calificación jurisprudencial de testimonio impropio, que pretende consolidar un puntal de credibilidad que sólo puede provenir de la valoración libre y conjunta de la prueba.

⁽⁸⁰⁾

Flores Prada, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 11 y ss.

El órgano jurisdiccional no se enfrenta con la misma disposición ante una declaración testifical (obligatoria y con deber de veracidad) que ante la declaración del imputado (rodeada de las garantías que brinda el Art. 88 de la Constitución de la República). Son, sólo y simplemente, declaraciones de imputados en el proceso ⁽⁸¹⁾.

Por eso, no pueden ser consideradas como verdaderas y propias declaraciones testificales, diferenciándose claramente en orden a sus repercusiones penales. Así, mientras la mendacidad del testigo en el juicio oral viene tipificada como delito de falso testimonio en los artículos 385 y ss. del Código Penal, no hay efectos punitivos para el acusado que miente, amparado en su «derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable» (Art. 88 Constitución), ni tampoco para el acusador pues, si éste emitiese una declaración falsa, habrá de considerarse como un acto posterior impune del delito de acusación falsa (Art. 387 CP).

Sintetizando lo expuesto puede decirse que, en general, las declaraciones ofrecidas por los imputados, en cuanto implican en el hecho delictivo a otros coencausados, no pueden considerarse prueba testifical porque el testigo, por su propia naturaleza, es un «tercero» ajeno al objeto del proceso. Los coimputados ⁽⁸²⁾, ni son terceros, dada su implicación en el hecho, ni son ajenos habida cuenta de su interés evidente en el fallo que se haya de producir. Al respecto, dice la Audiencia Provincial de Vizcaya, en su sentencia de 11 noviembre 1997:

En sede teórica puede decirse que la declaración de un codeficiente que incrimina en los hechos investigados a otro y otros, a pesar de carecer de regulación legal, su admisibilidad como medio de prueba está fuera de toda duda, ya que en nuestro Derecho opera un sistema de *numerus apertus* en cuanto a medios probatorios. Es una diligencia a caballo entre la confesión y la testifical. Es menor que una confesión ya que ésta debe referirse necesariamente a aquella persona que confiesa, y que de perjudicarle en tanto que en una autoincriminación, pero es más que una testifical por cuanto el genuino testimonio lo es de quien es ajeno al objeto investigado en tanto que aquí es de un coprotagonista.

Con todo, resulta que el Tribunal Constitucional español ha llegado a reconducir la declaración de un coimputado rebelde a la prueba testifical «en todo lo referente a las manifestaciones inculpatorias de los demás imputados». Señala la STC 200/1996 (FJ 3):

En el supuesto de hecho que ha ocasionado este amparo se hace obligado convenir con el Ministerio Fiscal en que la declaración del coimputado, que motivó la condena del recurrente, participa de todos y cada uno de los enunciados requisitos de la prueba sumarial anticipada o, para ser más

⁽⁸¹⁾ Flores Parada, Ignacio, *El valor probatorio...*, cit, pag. 13.

⁽⁸²⁾ Afirma Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 134.

precisos (si se tiene en cuenta que la naturaleza de dicha prueba es reconducible a la testifical en todo lo referente a las manifestaciones inculpatorias de los demás imputados), de la prueba testifical instructora anticipada.

3.2.2.- Su valor probatorio

En principio, debe rechazarse la idea de no tomar en consideración tales testimonios⁽⁸³⁾. Cualquier medio de prueba que se practique rodeado de las suficientes garantías ha de reputarse lícito en aras de formar la convicción judicial. Desde esta óptica, la declaración de los coencausados podría ser valorada con libertad de criterio como prueba inculpativa o de cargo. Opinión ésta, avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional cuando en su STC 137/1988 afirma que «las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos». La circunstancia de la coparticipación en el declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, que es, en todo caso, función exclusiva de los órganos de dicha jurisdicción en los términos que derivan del propio Artículo 117.3 de la Constitución. Precisamente esa preocupación por la incidencia de tal circunstancia en la certeza de lo manifestado se refleja en la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es claro exponente la sentencia de 17 de junio de 1986, que, al marcar pautas en esa labor de valoración judicial señala que, si bien los Tribunales no deben, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución *sic et simpliciter* en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión, que ha de ser considerada en función de los factores particularmente concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, así como la presencia de posibles móviles de autoexculpación. En definitiva, la valoración de dichas declaraciones de ciencia o de conocimiento, efectuada en sentido acusatorio por el Tribunal, no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (AATC 479/86, 293/87 y 343/87).

En fin, las declaraciones de los coimputados, al igual que la confesión de alguno de ellos, deben valorarse a la hora de formar la convicción judicial como un elemento más de prueba. Cuestión distinta será el escepticismo o desconfianza que el testimonio de un codelincuente pudiera suscitar a la hora de su valoración. Pero también son sospechosos en su credibilidad los familiares, amigos y enemigos de la víctima o del acusado, la propia víctima del delito, así como todos aquellos que estén subordinados o tengan relación de dependencia respecto de alguno de los implicados; y, no obstante, pueden y suelen ser interrogados como testigos. Y es que, en definitiva, con la declaración del coacusado —cuya legitimidad no cabe poner en duda nos encontramos ante un problema de legalidad sino de credibilidad.

(83)

Asencio Mellado, José María, *ibidem*, pág. 135.

Precisamente por la cautela con que se han de afrontar las declaraciones de los coimputados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, de la que es claro exponente la sentencia de 17 de junio de 1986 (RJA 3164), ha marcado pautas para esa labor de valoración judicial, ajustadas en realidad a las tesis doctrinales italianas de espontaneidad, univocidad, coherencia lógica, y reiteración. A tal fin, ha señalado que la declaración de un coimputado ha de ser considerada teniendo presentes los siguientes factores:

- a) Personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado como copartícipe.
- b) Examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables (tales como venganza, odio personal, resentimiento, soborno mediante promesa de un trato más favorable, obediencia a una tercera persona, intimidación policial, etc.) que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad.
- c) Posible búsqueda de una eventual coartada que facilite la exculpación o propia disculpa del manifestante.

3.2.2.1.- Personalidad del delincuente delator

El Tribunal Supremo contempla la personalidad del autor de la delación como el primer elemento de análisis para valorar su credibilidad, aunque no ofrece precisión alguna sobre qué ha de entenderse por tal y cuáles han de ser los aspectos evaluados. El diccionario de la Real Academia define la personalidad como el «conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas». Puesto que de lo que aquí se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, parece lógico pensar que tales características o cualidades sirvan para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, antecedentes penales, edad, formación, propensión a la delincuencia, etcétera⁽⁸⁴⁾

SAP de Pontevedra de 18 de diciembre de 1991 (RJ 213):

Las declaraciones inculpatorias de un coacusado frente a otro deben ser valoradas con precaución y prudencia, por no ser infrecuente que encubran un ánimo exculpatorio, a veces burdamente enmascarado, como corresponde a personas de escasa formación cultural y legal en derecho [...].

SAP de La Coruña de 5 de mayo de 1995:

[...] Se ha constatado testificalmente las malas relaciones existentes entre A. y A., así como la personalidad de aquél, que no duda incluso en una de sus declaraciones (f. 167) de incriminar falazmente a su propia esposa, declarando que el delito lo ejecutaron los dos solos sin participación de ninguna

⁽⁸⁴⁾

Flores Prada, Ignacio, *El valor probatorio...*, cit., pág. 19.

otra persona, explicando posteriormente que si lo hizo de tal forma fue por las amenazas de ésta de no dejarle ver los hijos.

Por el contrario, cuando se trate de sujetos de «buena conducta personal y profesional» contrastada, ello puede convertirse en factor que apoye la credibilidad de sus manifestaciones (cfr. la STS de 21 de marzo de 1988, RJA 2059). Importa también considerar las posibles patologías psíquicas y trastornos de la personalidad que puedan afectar al codeincuente delator; ello puede desvelar una personalidad fantasiosa, propensa a la mentira o a la fabulación, o bien todo lo contrario⁽⁸⁵⁾

3.2.2.2.- Relaciones precedentes con el designado como copartícipe

Las relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional pueden, según sea el caso, motivar reacciones en opuestas, tanto sea de exculpación como de inculpación. Las relaciones precedentes de carácter contractual, financiero u obligacional entre los coimputados pueden también revelar datos de interés acerca de los motivos que el delator haya podido tener para declarar en contra del otro inculpado.

3.2.2.3.-Declaraciones precisas, claras y contundentes

La descripción minuciosa y clara de los hechos, la coherencia con otros datos que surjan de la causa y el mantenimiento de una misma línea de afirmaciones, son elementos válidos para inducir al juzgador a valorar positivamente la credibilidad de la declaración inculpatoria.

STS de 7 de diciembre de 1996 (RJA 849):

33. [...] Es cierto que la pena con que se sancionó a Fernández Padín [el coimputado delator] fue sensiblemente rebajada por haber colaborado con las autoridades judiciales diciendo la forma en que había traficado con la droga (hachís y cocaína) y la identidad de otras personas con las que había participado en tal tráfico, [ello no obstante] por su coherencia y seguridad, tales manifestaciones habrían de ser creídas con eliminación de cualquier duda razonable al respecto.

STS de 14 de mayo de 1993 (RJA 3913):

[...] Es la denominada *chiamata di correo* como medio probatorio importante, también peligroso, que con extremada cautela hay que asumir, siempre si se trata de declaraciones explícitas, claras y contundentes (S. de 18 de noviembre de 1991).

La STS de 24 de septiembre de 1996 (RJA 6847), señala que «resultan sugerentes la cantidad de detalles que la coacusada proporciona en su declaración inculpatoria, si bien es cierto que la rectifica con posterioridad». En este contexto, la STS de 19 de octubre

⁽⁸⁵⁾ Flores Prada, Ignacio, *ibidem*, pág. 20.

de 1996 (RJA 7419), reconoce «la validez de las manifestaciones realizadas en el juzgado y su virtualidad como elemento inculpatario al que se puede dar una mayor credibilidad que a otras declaraciones posteriores», pero enseguida recuerda que «tiene que tratarse de manifestaciones con un contenido claro y terminante y con entidad suficiente para construir sobre ellas una convicción inculpatoria», aunque también acepta que «en el caso de que los detalles facilitados sean imprecisos no existe obstáculo para complementarlos con otros elementos que existen en las actuaciones».

De ahí que el TS rechazase en el caso analizado la valoración de la imputación de un coacusado como prueba de cargo, toda vez que «se limita a decir que un tal Javier era la persona que vendía las pastillas a los consumidores» y, «en ningún momento señala al acusado, como la persona a la que se refería en su primera declaración y mantiene esta postura a lo largo de todas las actuaciones y en el momento del juicio oral, por lo que una vaga referencia a un nombre propio de uso bastante generalizado no puede considerarse como un dato de inculpación si no va acompañado de otras pruebas complementarias.»

3.2.2.4.- Móviles espurios

Las declaraciones de los coimputados son válidas para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando no respondan a sentimientos deleznable y mezquinos tales como el odio, la revancha, o la obtención de otros oscuros y bastardos intereses (STS de 14 de mayo de 1993, RJA 3913). Los móviles espurios, que según la Real Academia de la Lengua son las motivaciones «bastardas, falsas, adulteradas, que degeneran de su origen».

STS de 30 de septiembre de 1993 (RJA 7017):

[...] –Venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.– que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad.

La aparición en las actuaciones de algún dato que pueda apuntar a la existencia de algún móvil bastardo en lo referente a la delación efectuada por algún coimputado, es algo que debe ser valorado exclusivamente por quien tuvo intermediación a la hora de juzgar, excluyéndose el Tribunal Supremo de entrar en tales materias. STS de 24 de octubre de 1997 (RJA 7248):

En relación con el testimonio de los coimputados, tiene declarado este Alto Tribunal que «la jurisprudencia de esta Sala, acorde con la del Tribunal Constitucional, viene reconociendo la validez en principio de las declaraciones de los coacusados cuando tienen un contenido de cargo contra otras personas imputadas en el mismo proceso». Hablamos nuestras sentencias con frecuencia de los motivos de

exculpación, venganza, odio u otros espurios que pudieran existir, en el caso concreto. Pero, en definitiva, incluso existiendo algún indicio que pudiera apuntar a la realidad de alguno de tales motivos bastardos, la apreciación de la concurrencia o no de estos motivos, así como el valor que a dicha concurrencia pudiera otorgarse, es algo que incumbe a la Sala de instancia, no a un órgano jurisdiccional como el Tribunal Supremo, que ha carecido de relación directa con la fuente de la prueba.

Desde luego, resulta inaceptable la mera manifestación de quien en el juicio oral se retracta de sus anteriores declaraciones inculpatorias, alegando que las hizo por coacciones, promesa de trato más favorable, etcétera, si no vienen avaladas por una convincente actividad probatoria, siquiera sea por indicios debidamente probados.

SAP de Logroño de 5 de julio de 1994:

En el presente caso, aunque en el acto del juicio oral el declarante rectifica su imputación, pretendiendo motivarla en la existencia de una promesa por parte de los agentes actuantes para facilitarle su libertad, tal afirmación carece de sentido, resultando inverosímil, ya que su confesión en absoluto es exculpatoria, careciendo dicho argumento de fundamento cuando presta su declaración en presencia de su abogado, y con dicha asistencia se ratifica, además, en dos ocasiones, a presencia judicial, y en la fase de diligencias previas. Por ello, deben valorarse en su justa medida las citadas declaraciones, que tuvieron acceso al plenario mediante lectura de su contenido, dando fundamento a la imputación dirigida contra E. A. B. a quien de modo directo se le implica en la actividad delictiva.

3.2.2.5.- Ánimo de autoexculpación

El hecho de intentar autoexculparse, si bien puede y debe ser un dato más para valorar la credibilidad de la implicación del coimputado, no puede conducir al rechazo de plano de tal declaración. Desde luego, pocas dudas caben respecto de la credibilidad del imputado que asume su propia participación en los hechos al propio tiempo que relata la de los demás partícipes.

STS de 24 de septiembre de 1996 (RJA 6794):

El conjunto de factores antes enumerados, más que auténticos indicios suponen un haz de puntuales referencias fácticas que imprimen a las manifestaciones del correo un halo de sinceridad y verosimilitud. Máxime cuando al inculpado Ibrahim Usman ningún beneficio puede reportarle la implicación de Henry, antes bien, acentuar la realidad y significación de la tenencia transporte e intención de tráfico de drogas que se le atribuye.

El ATS de 26 de julio de 1996 (RJA 6233), asumiendo el análisis del Tribunal sentenciador sobre los elementos a considerar en la valoración de las delaciones de coacusados, rechaza la existencia de móviles espurios e incide en la inexistencia de ánimo exculpatorio

toda vez que el coimputado admitió en todo momento su propia intervención en los hechos. Dice literalmente esta resolución:

En este sentido, el Tribunal sentenciador en el fundamento jurídico tercero pondera la credibilidad del coimputado en base a sus relaciones con el resto de los acusados, concluyendo que no existe el móvil de resentimiento, odio o venganza, rechazando la existencia de ánimo auto exculpatorio al haber admitido en todo momento su propia intervención en los hechos, ni que tales declaraciones hayan sido prestadas a cambio de un trato procesal más favorable ya que fue mantenido en prisión durante toda la instrucción de la causa. Por lo que es obligado concluir afirmando la validez y eficacia de la referida prueba en orden a enervar el derecho a la presunción de inocencia que asistía al recurrente.

SAP de Sevilla de 5 de julio de 1993:

[...] La declaración inculpatoria para su coimputado que formula T. es creíble. En ella, él mismo se acusa de la comisión de un delito, por lo que no obtiene la menor ventaja al realizarla. La única pista que condujo a tener noticia de su participación en el robo en la empresa R.C.-S. fue su presentación espontánea días después en ella, en la que reconoció haberlo cometido y contó lo sucedido. Nada le inducía a tal conducta autoinculpatoria, y precisamente ante las víctimas del robo, si no fuera cierto su relato. .

El problema radica fundamentalmente cuando se inculpa al coacusado y, al mismo tiempo, el delator se exculpa. En tales casos resulta más difícil aceptar la verosimilitud de la declaración inculpatoria, aunque no por ello debe ser necesariamente rechazada. Como señala Flores Prada⁽⁸⁶⁾, «ni la autoexculpación es determinante de la falsedad de la implicación, ni la inculpación propia lo es de la veracidad de la incriminación ajena». Bueno es entonces acudir a otras pruebas que confirmen o nieguen, siquiera sea indiciariamente, la culpabilidad de uno o de ambos coacusados.

STS de 3 de octubre de 1996 (RJA 7810):

Junto a tales testimonios, la Audiencia pudo valorar también, en los términos del Artículo 741 de la LECrim, las declaraciones de la acusada. Al folio 12 (Juzgado) manifestó que el impugnante le suministraba habitualmente heroína vendiéndole esa noche la papelina intervenida en C/ Campillos y llevándola en el coche a dicho lugar donde le vendió heroína a la pareja que estaba con ellos al llegar la policía. En ese momento añade le entregó el «huevo de plástico» para que se lo guardara. En juicio oral niega la posesión de las 16 papelinas pero insiste en que el acusado le vendió a ella la intervenida en la calle.

A la vista de tal pluralidad probatoria no resulta descabellado afirmar su eficacia incriminadora en los términos expuestos por la Sala Sentenciadora, la cual afirma que: pues aun cuando Ana María ha querido inculpar exclusivamente a su coacusado José

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, pág. 26.

R., manifestando que él le vendió a ella su papelina por mil pesetas y asimismo realizó la venta a la otra pareja que estaba en el coche al llegar la policía, es innegable la responsabilidad de ambos, por haber tomado parte directa y dolosa en su ejecución; así como por evidenciarse y con carácter claramente indiciario, la participación conjunta, al estar toda la droga exclusivamente en poder de Ana María y todo el dinero hallado en posesión de José R., sin que tenga otra explicación razonable la ulterior prolongación del viaje a Torremolinos, el estacionamiento en la calle Campillos, reconocida como usual zona de «punteo» o venta de droga en pequeña escala, entramado probatorio muy contundente, pese a no ser presenciado por los agentes ningún acto directo de venta o tráfico de droga».

La credibilidad de las declaraciones de la coimputada es un problema de escrupulosa valoración que, presidida por la intermediación judicial, capta matices narrativos que resultan inaprensibles fuera de ese contexto. De ahí, en expresión de la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1995, que el Tribunal de casación no pueda –salvo supuestos excepcionales entre los que no se encuentra el que está sometido ahora a consideración en los que existe una patente contradicción con elementos objetivos acreditados o se hallen en flagrante discordancia con las normas del normal discurrir de los comportamientos humanos– juzgar con fundamento sobre su fiabilidad, por lo que queda fuera del campo de la presunción de inocencia y de un eventual control casacional (sentencias de 1 de abril de 1996 y 23 de mayo de 1996, entre otras).

3.2.2.6.- La coherencia lineal de las declaraciones

Respecto del valor que deba atribuirse a las contradicciones entre las declaraciones inculcadas que un coimputado realiza en perjuicio de otro copartícipe, resulta aplicable la doctrina general elaborada por el Tribunal Supremo, y avalada por el Tribunal Constitucional sobre la valoración de las retractaciones y contradicciones habidas entre la instrucción y el juicio oral.

En términos generales afirma la STC 107/1989 a este propósito que, el resultado de «las declaraciones prestadas ante la Policía y ante el Juez instructor con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal prescriben, puede integrar el contenido de la auténtica actividad probatoria desarrollada en el juicio oral y, por lo mismo, puede fundarse en tales declaraciones la convicción de los órganos judiciales, siempre que se hayan reproducido en el plenario, no a través de la simple fórmula ritual al uso, sino en efectivas condiciones de intermediación, oralidad y publicidad, que permitan la contradicción y el debate sobre sus garantías y verosimilitud».

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han configurado las declaraciones de los acusados durante la instrucción, rectificadas en el juicio oral, como objeto de libre valoración por el

juzgador (Art. 741 LECrim.). Según la doctrina jurisprudencial, la retractación del acusado en el juicio oral respecto de la aceptación de los hechos que tuvo lugar en la fase de investigación, supone que existió actividad probatoria de cargo; incluso aunque la declaración sólo se hubiera prestado ante la Policía sin ratificación ante el Juez instructor, siempre que hayan sido observadas las suficientes garantías. Ello permite al Tribunal de instancia, al amparo de lo previsto por el Artículo 714 LECrim. —que se debe entender como un principio general no limitado sólo a los testigos— confrontar las declaraciones para valorar libremente su veracidad y llegar a una conclusión acerca de la culpabilidad del acusado [SSTC 82/1988; 107/1989; SSTC de 18 de mayo y 9 de noviembre de 1990 (RJA 4145 y 8871) respectivamente].

STS de 23 de abril de 1997 (Ar 3261):

Las declaraciones del también condenado en la instancia Vicente P. F. (en este caso como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas) fueron categóricas ante la Policía y el Juzgado de Instrucción al afirmar que vendía al matrimonio alguno de los objetos sustraídos, recibiendo a cambio un gramo de heroína. A partir de ahí, la Audiencia Provincial puede aceptar dicha versión pese a las rectificaciones del juicio oral, según constante jurisprudencia que no es preciso detallar.

STS de 27 de febrero de 1997 (RJA 1460):

Las declaraciones del coacusado M. ante la Policía, con asistencia de letrado, y más tarde ante el juez de instrucción son prueba suficiente de cargo para redactar los hechos probados como hace el juzgador *a quo*, es decir, recogiendo que era precisamente el H. T. quien se proveía por lo general del hachís que el M. le proporcionaba, y ello al margen de que en ocasiones, según señala el fundamento de derecho 4º de la sentencia recurrida, pudieran comprarlo juntos. Como es sabido, el Tribunal sentenciador es muy libre para conceder mayor o menor credibilidad a las diferentes declaraciones prestadas legalmente por una misma persona que acaba testificando en el juicio oral.

STS de 24 de septiembre de 1996 (RJA 6847):

[...] Se dispuso de la declaración, ante letrado, de una de las acusadas, en la que imputa al recurrente la titularidad de la droga, sin que exista constancia de manipulaciones que hayan condicionado su contenido.

[...] Resultan sugerentes la cantidad de detalles que la coacusada proporciona en su declaración inculpatoria, si bien es cierto que la rectifica con posterioridad. La Sala sentenciadora, en aplicación de su libertad de criterio en la valoración de la prueba considera más espontáneas las declaraciones inculpatorias y establece su decisión sobre una pormenorizada evaluación de la prueba.

3.3.- La diligencia de inspección del lugar de los hechos

3.3.1.- Contenido y finalidad

Consiste en un acto de comprobación por parte de la Policía Nacional o, excepcionalmente del Juez, en el que se observa el lugar en que se han perpetrado los hechos y los sitios colindantes, las circunstancias concurrentes en su comisión y los posibles vestigios, objetos o huellas que hayan quedado.

El Artículo 203 CPP, sobre la inspección del lugar de los hechos, prevé que el Juez se constituya en dicho lugar, a petición del Fiscal o de las partes, «para efectuar las inspecciones oculares que estime oportunas». Parece dar a entender que su objeto se limita a la percepción visual del Juez. En realidad, sería preferible —y más correcto técnicamente— hablar de «reconocimiento judicial», puesto que el Juez está presente en la inspección con todos sus sentidos y cualquiera que sea la impresión que reciba (auditiva, olfativa, táctil, ocular o gustativa), si tiene relación con el delito, habrá de hacerla constar en la correspondiente acta.

La inspección del lugar de los hechos va dirigido a apreciar: 1) El lugar y circunstancias en que se sitúa la escena del crimen y sus inmediaciones; 2) los sitios colindantes, las circunstancias concurrentes en su comisión y los posibles vestigios, objetos o huellas que hayan quedado.

El lugar del delito. Deberá describirse en el acta el lugar del delito, así como el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa. Estimándose conveniente, para mayor claridad, se levantará un plano del lugar, suficientemente detallado.

El objeto y efectos del delito. Describirá «minuciosamente» en el acta (expresando el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren) las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, en sus proximidades, en poder del imputado o en otra parte conocida. Cuando fuere conveniente, se fotografiará a la víctima e instrumentos utilizados en los hechos.

Las declaraciones de testigos e informes de peritos. Puede ser conveniente que el reconocimiento del lugar de los hechos vaya acompañado de la realización de medios de investigación a través de testigos o personas que hubieren sido halladas en el lugar del delito; o de peritos o expertos, cuyo parecer fuera necesario consultar o cuyo auxilio fuere preciso para recoger las huellas, vestigios y demás, elementos de prueba.

3.3.2.- Momento procesal

El momento idóneo para su práctica es inmediatamente después de la comisión del delito a efectos de evitar la alteración del lugar o sus circunstancias, o la pérdida o deterioro de los efectos que allí pudieran encontrarse. Aunque el reconocimiento del lugar de los hechos también podría proponerse y practicarse como medio de prueba en el juicio oral⁽⁸⁷⁾, tal posibilidad ha de considerarse de carácter excepcional, puesto que choca con la publicidad y concentración que caracteriza esta etapa procesal y, de ahí, que se aconseje su práctica exclusivamente cuando no se disponga de ningún otro medio para determinar los hechos. STS de 14 de marzo de 1997 (RJA 1945):

La inspección ocular para la reconstrucción de los hechos . puede ser observada desde la perspectiva del instructor, artículos 326 y siguientes de la Ley Procesal Penal o desde el punto de vista del Tribunal, Artículo 727 de la misma Ley de Enjuiciamiento.

Tal prueba puede denegarse por el Tribunal si éste dispone de elementos suficientes para formar su juicio y, a la vez, resulta innecesaria y superflua su práctica desde el momento en que lo que la diligencia pudiera aportar aparece ya como inconcuso por otros medios de prueba, que es precisamente lo que aquí aconteció. La diligencia además es inútil cuando, por el tiempo transcurrido o por la causa que fuere, las huellas, los vestigios o los restos que pudieran acreditar el delito tampoco existan.

Lo mismo en la fase de instrucción, como en el plenario, tiene la prueba carácter excepcional y únicamente se debe practicar si las partes no disponen de ninguna otra forma de llevar al conocimiento de los Jueces los hechos relevantes del objeto del proceso (ver la sentencia de 6 de julio de 1992). Sólo en tal caso, dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1992, 26 de marzo de 1991 y 11 de mayo de 1988, cabría el sacrificio de los principios de contradicción, concentración y publicidad que quedan considerablemente afectados por una prueba que necesariamente ha de desarrollarse fuera de la Sala del juicio.

3.3.3.- Eficacia probatoria

Conforme se desprende del articulado relativo a esta diligencia, la misma habrá de documentarse con fines probatorios en un acta que será firmado por «el o los agentes de la Policía de Investigación Criminal que hayan intervenido y, de ser posible, por dos testigos, que preferiblemente sean vecinos del sitio en que tuvieron ocasión los hechos investigados» (Art. 203.III). Si la diligencia es practicada por el Juez de Letras, el acta habrá de ser firmada por «todos los intervinientes» (Art. 132.7 CPP), sin que sea necesaria la intervención adicional de testigos cuando el Juez sea asistido del Secretario (*cfr.*

(87)

Buena prueba de ello es que en la reconstrucción de los hechos _ que no es una modalidad de reconocimiento judicial-, el Artículo 262 del CPP alude al Juez o a quien actúe en representación del Tribunal de Sentencia.

Art. 137). Puede alcanzar valor probatorio a través de su incorporación al juicio por lectura del acta en que se haya documentado la inspección (Art. 311.4).

Para que surta efectos probatorios es preciso que se haya practicado con todas las garantías. De haber algún imputado por el delito, se le notificará para que, asistido de su defensor, pueda presenciar e intervenir en la diligencia haciendo las observaciones que estimen pertinentes (*cf.* Art. 101.10). Si bien, puesta en conocimiento del imputado con la antelación suficiente la fecha en que se ha de llevar a cabo la diligencia, su ausencia o la de su defensor no será causa de suspensión de la misma pues, tal participación y presencia se configura como un «derecho», no como una «obligación» del imputado, de modo que su ausencia puede ser entendida como una voluntaria e implícita renuncia. Este derecho es extensible al imputado en prisión preventiva.

Precisamente por no haber posibilitado la contradicción en una diligencia de inspección ocular el Tribunal Constitucional español estimó que no cabía otorgarle el valor de prueba preconstituida (STC 150/1989, de 25 de septiembre).

3.3.4.- Reconstrucción de los hechos

Se trata de una variante o modalidad de la inspección ocular, también llamada «reconstitución de los hechos» (*cf.* STS de 1 de marzo de 1996, RJA 1884). Consiste en reproducir ante el Juez de Letras, una vez en el lugar de los hechos, la escenificación de lo sucedido. De ahí que su naturaleza sea mixta, entre el puro reconocimiento judicial y la declaración de testigos, víctima e imputado.

Como tal diligencia viene expresamente regulada por el Código Procesal Penal en el Artículo 262. Debe utilizarse con moderación, reservándose para casos muy graves o excepcionales, y siempre que los resultados previstos sean proporcionados a las dificultades, complejidad de su práctica y, en ocasiones, perjuicios y molestias que supone. Por ello, pese a los equívocos términos que utiliza el Artículo 262 (el órgano jurisdiccional «deberá» ordenar que se practique la reconstrucción del hecho), entendemos que no es un «acto debido» (lo cual casa mal con la función jurisdiccional) al que deba dar siempre lugar el Juez de Letras o el Tribunal de Sentencia. Como cualquier otra diligencia de prueba, su admisión está sometida a fiscalización judicial sobre su pertinencia y utilidad. Es de plena aplicación aquí lo dispuesto en el Artículo 199 del CPP a propósito de que los medios de prueba serán admitidos «sólo» si son pertinentes, útiles y no desproporcionados ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir. Probablemente sean la desproporción y el exceso, los estándares por los que se rechazará comúnmente la práctica de esta diligencia (piénsese, por ejemplo, en la reconstrucción de una violación y en los graves perjuicios morales que ello puede tener para la víctima).

STS de 21 de noviembre de 1983 (RJA 5669)

La prueba de reconstitución de hechos [...] consiste en la reproducción de lo sucedido efectuada en el mismo escenario delictivo; se trata de diligencia compleja y onerosa, para todos los que hayan de intervenir en ella, y cuyos resultados suelen ser nulos o, al menos, mediocres y generalmente desproporcionados con las dificultades inherentes a la práctica de la misma, pues, si se efectúa durante el periodo sumarial, quien la preside no es el que más tarde ha de valorarla y, su impresión o sus percepciones, quedan poco menos que invisibles e inútiles para la Audiencia que no habiendo presenciado la diligencia dicha, no puede valorarla con la indispensable intermediación que ha de presidir necesariamente la práctica de toda probanza, y si, por el contrario, se pretende que se lleve a cabo por la propia y citada Audiencia, como ha de realizarse fuera de la sede de ésta, constituyéndose, el Tribunal, en la carretera, local o punto geográfico de autos, dicho Tribunal, pierde mucho de su respetabilidad y del decoro que debe presidir sus actuaciones, no pudiéndose evitar la presencia de gentes ajenas al proceso que, llevadas por su curiosidad y por un deseo de cooperación que nadie ha solicitado, perturban la diligencia y hasta, con sus sugerencias o su entremetimiento, tratan de interferirse en ella. Por consiguiente, es aconsejable que, la reconstitución de hechos, se reserve para casos muy graves y excepcionales, en los que se pueda obtener fruto y utilidad de su práctica, los que deben estar en consonancia y no en desmesura con la complejidad e incomodidad de la prueba y con los perjuicios y molestias causados a quienes, a veces desde lejanos puntos, han de acudir a la práctica del referido acreditamiento.

Un caso en que se rechazó dicha prueba por improcedente fue el expuesto por el ATS de 13 de diciembre de 1995 (RJA 9189):

Examinadas las actuaciones se comprueba que la prueba solicitada [reconstrucción de hechos], era improcedente para formar la convicción desde el momento en que el propio acusado reconoce que el día de autos estuvo en la sucursal bancaria, lo que así mismo se manifiesta por el director de la misma y dos de los testigos que estuvieron en dicho lugar. Se enfrentan en la causa, las versiones del acusado y del director de la sucursal, que mantienen el acusado que no cometió el hecho delictivo puesto que sólo quería abrir una cuenta corriente y no se llevó dinero alguno, manteniendo el director de la sucursal que efectivamente fue el acusado el que realizó la sustracción, intimidándole con un cuchillo. A estos efectos y para otorgar verosimilitud a una u otra de las versiones ofrecidas la realización de la prueba solicitada carece de significación posible, por lo que la denegación de su práctica no ha producido indefensión alguna al recurrente.

La diligencia se practica a instancia de cualquiera de las partes. Es ésta una característica común a las pruebas anticipadas (*cfr.* Art. 277 CPP). Su ejecución requiere que se lleve a cabo «a la misma

hora en que ocurrió el hecho» y reproduciendo lo más fielmente la escena del delito: colocación de objetos y personas en el mismo lugar o posición que tenían en el momento de la comisión de los hechos. En primer término se oirá al imputado quien, no obstante, podrá negarse a declarar al amparo de su derecho constitucional a no autoincriminarse (Art. 88.11 CPH) y seguidamente declararán los testigos, procurando a lo largo de tales declaraciones ir reproduciendo escénicamente el devenir de los acontecimientos lo más detalladamente posible.

De todo ello se levantará la oportuna acta con valor probatorio mediante su lectura en el debate oral (arts. 262.V y 311.4), si se llevó a cabo ante el Juez de Letras; o como una prueba más de las practicadas en el juicio oral si se llevó a cabo durante éste.

3.4.- La autopsia

Cuando el cuerpo del delito sea un cadáver, sobre el mismo se practicarán, al menos, dos tipos de diligencias: unas destinadas a su identificación y otras con la finalidad de determinar la causa y circunstancias de la muerte; estas últimas comprenden el contenido de la autopsia y se encuentran reguladas en los artículos 204 y 205 del CPP.

3.4.1.- La decisión sobre la práctica de la autopsia

La regla general es que, en los casos de muerte de una persona por causas «no naturales o en forma súbita o cuando existan sospechas de que el fallecimiento es consecuencia de un hecho punible», se proceda a la autopsia del cadáver cuando por la inspección exterior no pueda establecerse «en forma inequívoca» la causa de la muerte (Art. 205). Como excepción, podrá omitirse su práctica cuando por el Médico Forense o cualquier otro médico que haga sus veces pueda dictaminar cumplidamente la causa de la muerte sin necesidad de aquélla (Art. 204).

El Tribunal Supremo español ha sostenido que la práctica de la autopsia es innecesaria en ciertos casos. Ejemplo de ello es la STS de 14 de septiembre de 1990 (RJA 7320):

En términos absolutos, ni cabe afirmar que nunca puede dictaminarse con total certeza la causa de un determinado resultado lesivo, ni tampoco que, para ello tratándose de resultados mortales, sea necesaria siempre la práctica de la autopsia del cadáver. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé —tratándose de delitos cuyo enjuiciamiento deba hacerse por los trámites del procedimiento abreviado— que el Juez de Instrucción podrá acordar que no se practique la autopsia cuando por el Médico Forense o quien haga sus veces se dictamine cumplidamente la causa de la muerte, sin necesidad de aquélla (vid. Artículo 785, regla 8ª, apartado f). De otro lado, no siempre la autopsia permite acreditar, en forma clara e

inequívoca, la causa de la muerte de una persona.

Como lógica consecuencia de lo expuesto, es preciso reconocer que la causa de la muerte de las personas unas veces puede determinarse en forma clara e indubitada y otras no; y que, en el primer supuesto, ello puede ser mediante pruebas directas o indirectas, con el correspondiente diverso grado de certidumbre, en cada caso.

3.4.2.- Intervinientes y lugar en que se practica

En principio las autopsias están encomendadas a la Dirección de Medicina Forense, aunque la ley autoriza –al Juez o al Ministerio Público, en la etapa preparatoria: cfr. Art. 242– a que designen para su práctica a otros facultativos, con preferencia los especializados en Patología Forense (Art. 205).

Sobre el lugar donde practicar la autopsia tan solo dispone la ley que, en principio, se llevará a cabo en las instalaciones de la Dirección de Medicina Forense, pero también prevé, sin determinarlo concretamente, que se realice en cualquier otro lugar (lo más idóneo posible para tales fines, se entiende). Por lo demás, son aquí de aplicación las normas generales sobre la prueba pericial (arts. 239 y ss.).

3.5.- Los documentos en el proceso penal

3.5.1.- Aproximación al tema

Los artículos 311, penúltimo párrafo, 317.11 y 346.IV del CPP se refieren a la prueba documental. Asimismo, en el Artículo 208 se contempla el documento como pieza de convicción a la hora de registrar la «correspondencia u otros documentos o papeles privados» en la inspección de vehículos; los artículos 217 y 218 determinan qué documentos importantes para la investigación pueden ser, y cuáles no, objeto de depósito y comiso. En los artículos 221 y 222 se menciona la «correspondencia» como objeto de «interceptación» acordada por el Juez. Otros preceptos que se refieren a los documentos son los artículos 247 (presentación de documentos por orden del Juez para las operaciones periciales); 251 (exhibición al imputado y testigos de documentos para su reconocimiento); y 252 (carácter del documento según lo dispuesto en el ordenamiento civil).

Con todo, el Código Procesal Penal no regula específicamente el documento como medio de investigación en la etapa preparatoria. No cabe duda, sin embargo, de que en determinadas causas el documento es pieza clave en la investigación y en el juicio oral. Piénsese, por ejemplo, en las injurias por escrito, en los delitos contra la Hacienda Pública o en las falsedades documentales. Y, en otros casos, las cartas, los contratos, las facturas, los soportes informáticos, no dejan de contener datos relevantes al objeto de descubrir las circunstancias del hecho punible y

su autor o autores. Lo que sucede es que el documento no requiere un procedimiento específico para su aceptación en el proceso penal, pudiendo presentarse en cualquier momento de la investigación. El documento unido a los autos no cambia su contenido a lo largo del tiempo, como puede y suele suceder con las declaraciones testificales, de la víctima o del acusado. De este modo el documento que fue un medio de investigación en la fase instructora, se convertirá en la fase de juicio oral en un medio de prueba libremente valorado a través de su examen directo y personal por el Tribunal (Art. 311, penúltimo párrafo).

3.5.2.- Concepto de documento a efectos penales

En términos generales, documento será «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

El Tribunal Supremo español, ha exigido del documento: a) que conste en un soporte indeleble; b) que sea de procedencia humana; c) que el contenido de la declaración sea comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativo en sí mismo; d) que entre, o esté concebido para entrar, en el tráfico jurídico; y e) que sea original. En la STS de 28 de febrero de 1998, se dice que «documento a efectos penales es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones; caracterizándose aquel por las notas siguientes»:

- a) En primer término, el documento, al ser Una materialización, debe de constar en un soporte indeleble.

Por ello, se suele considerar el documento escrito como el documento por antonomasia. Ahora bien, hoy no se ven razones que impidan conferir tal condición a documentos diversos del documento escrito: la referencia a la legislación civil (arts. 1216 ss. CC y 596 LEC) se puede explicar históricamente (el modelo francés), pero parece insuficiente. De ahí que, siguiendo las brechas abiertas por la doctrina y la jurisprudencia, el Artículo 26 cierre una polémica en el sentido más correcto.

Por lo tanto, si el documento tiene que constituirse mediante una declaración humana de forma razonablemente perdurable, pues de lo contrario no podría entrar en el tráfico jurídico y su finalidad probatoria no llegaría a conseguirse, no se ve obstáculo para reservar sólo al papel la posibilidad de ser soporte físico de la corporeización de dicha declaración. Cualquier otro soporte de idéntica vocación indeleble puede ser susceptible de considerarse documento y, por tanto, ser objeto de falsificación; así, una grabación en vídeo, o cinematográfica o sonora (disco o cinta magnetofónica). Lo que sucederá es que algunos de estos soportes, en ocasiones, pueden ser poco fiables Su susceptibilidad de manipulación, (sin que se advierta la misma) puede ser grande. Ahora bien, si en el caso concreto esa posibilidad no se ha podido dar, no existe obstáculo para admitir un documento así materializado. Hoy día, empero, la pretendida

fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito no puede ser *conditio sine qua non* para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico jurídico.

- b) Otra nota es que tenga procedencia humana. Se trata de que el contenido del documento resulte atribuible a una persona. En principio, es indiferente si se trata de una manifestación de voluntad (un testamento, por ejemplo) o una declaración de conocimiento (un acta de una sesión del Consejo de Administración, un certificado médico...), mientras su autor sea un ser humano. Ello tendrá como consecuencia necesaria que se haya de establecer un autor determinado o, cuando menos, determinable. El autor de la declaración (no de los intervinientes o afectados, pues éstos quedan incluidos o referidos en el contenido del documento) ha de ser determinable, sin más problemas que los derivados de la comprensión ordinaria, aunque sea necesario el auxilio de medios técnicos de público acceso. Queda así, de entrada, excluido el documento anónimo; es decir, el que no se puede atribuir con seguridad a nadie por no constar expresamente su autor. Sin embargo, dado que el autor es determinable y no determinado, no será anónimo el documento cuando de éste pueda derivarse cuál es el autor; pero la deducción ha de serlo por el sentido, no por mediar mecanismos diversos (prueba grafológica, huellas dactilares...) de acceso no generalizado ni generalizable. El Artículo 26 alude a datos, hechos o narraciones. El dato, el hecho o la narración deben reconducirse a su procedencia humana. Lo contrario sería equiparar una narración que, evidentemente, sólo puede proceder de un ser humano, a datos o hechos que pueden ser, teóricamente al menos, porciones inermes de realidad.
- c) También el contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativa en sí misma. Así, un documento extranjero, que surta efectos en España, es documento y su falsedad punible, pues sólo es necesaria, en ocasiones, su traducción; en cambio, un escrito en clave, encriptado, no es un documento a estos efectos, pues se pretende con su confección todo lo contrario; que no signifique nada para quien no esté en posesión de la correspondiente clave; es más; no se desea su ingreso en el tráfico jurídico. Además, se ha de actualizar la nota de la significación. Análogamente a lo que sucede con determinadas abreviaturas convencionales —claves en cuya posesión están todos— o a los documentos extranjeros —para entenderlo habrá que o estudiar esos idiomas o acudir a un traductor— habrá que colegir que son documentos todas aquellas declaraciones de voluntad o de conocimiento que se confeccionen por procedimientos electrónicos o lógicos y que para su entendimiento y/o transformación son necesarios instrumentos o medios que también están a disposición de cualquiera: ordenadores, faxes, etc.

- d) También se requiere la entrada en el tráfico jurídico. Si el documento no entra (o no está concebido para entrar: documento encriptado) o, aun entrando, le faltan características esenciales (procedencia humana, autor determinable) o no significa nada (sopa de letras) y no estaremos ante un documento en el sentido de objeto de protección jurídico-penal. Ello no impide que cualquier objeto pueda integrarse en otro documento, formando así un complejo, cuya alteración entonces sí será la de un documento.
- e) Por último, el documento válido es el documento original y no tienen tal carácter las copias ni fotocopias. Sin embargo, esta afirmación es cada vez más relativa al aumentar el tráfico jurídico y, por tanto, el número de documentos. Así, ya de antiguo a algunos documentos no originales se les reconoce *ex lege* valor documental bajo ciertas condiciones; tal es el caso de, por ejemplo, la copia de una demanda –Art. 525 LECrim.– o la copia autenticada por un sujeto provisto de fe pública (secretarios judiciales, notarios, corredores de comercio...) La práctica forense ha ido imponiendo la aceptación de fotocopias como documentos válidos salvo que se requiera expresamente el cotejo (Art. 597 LECrim.); lo mismo sucede con las traducciones privadas de los documentos extranjeros (Art. 601 LECrim.).

Ahora bien, esa aceptación más bien tácita no le confiere a la fotocopia sin más y automáticamente carácter de documento y su falsedad constituir la de un documento. Una fotocopia simple carece de toda fuerza de convicción para servir de medio de prueba de un hecho jurídico, pues es un medio inadecuado al no ser un original documental.

A partir de tal concepto, no son documentos, aunque se hallen documentadas en la causa bajo fe pública judicial, las pruebas de otra naturaleza, como la testifical (SSTS, entre muchas, 29 de noviembre de 1985, 14 de septiembre de 1989, 373/1994, de 25 de febrero, 703/1994, de 27 de marzo, 190/1996, de 4 de marzo, 511/1996, de 5 de julio y 595/1997, de 30 de abril), ni la pericial, salvo los supuestos excepcionales en que se trate de un dictamen único o varios coincidentes de modo absoluto, y que el juzgador haya incorporado su contenido a la narración histórica de modo fragmentario o en absoluta contradicción con las reglas de la lógica y la racionalidad (SSTS, entre muchas 1050/1993, de 13 de mayo, 2691/1993, de 30 de diciembre, 190/1996, de 4 de marzo, y 323/1996, de 22 de abril), así como las actas del juicio oral (SSTS, por todas 61/1995, de 28 de enero). En estos casos, la improsperabilidad del motivo vendría determinada por la aplicación del Artículo 884.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.6.- Declaración del ofendido

3.6.1.- Concepto de ofendido

El Código Procesal Penal utiliza los términos «ofendido/a» (arts. 17, 98, 175.2, 271, 395, 426), «perjudicado» (Art. 49) y «víctima» (arts. 2, 5, 16, 17, 25, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 41, 45, 51, 58, 83, 96, 98, 268, 279, 280, 307, 308, 334, 346, 384, 387, 389, 397, 399, 404, 414, 415, 416, 432), para referirse al sujeto pasivo del delito y a los terceros diferentes de éste, que hayan resultado dañados.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. El mismo sentido tiene en el Código la expresión «directamente ofendido por el delito», equiparable a sujeto pasivo (cfr. Art. 17.1)

El sujeto pasivo del delito y el perjudicado suelen ser la misma persona, pero en ocasiones éstos no coinciden, como sucede en el supuesto de que habiendo un sujeto «ofendido directamente por el delito», haya además un perjuicio para terceros.

Por perjudicado debe entenderse el sujeto cuyo interés, aun distinto de aquel cuya lesión constituye el delito, se encuentra protegido extrapenalmente por la acción civil. El Artículo 49 dispone que «la acción para deducir la responsabilidad civil proveniente de un hecho punible, solo podrá ser ejercitada por el perjudicado o sus herederos».

Víctima del delito es un concepto que, según el Artículo 17, engloba tanto a quienes han sido «directamente ofendidos por el delito», como a quienes han sufrido un menoscabo (moral o material) a causa del delito: familiares cercanos y herederos del ofendido fallecido; socios respectos de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil, y comuneros con respecto al patrimonio proindiviso.

3.6.2.- Posición del ofendido en el proceso. Valoración de su declaración

La víctima puede personarse en el proceso, siendo así parte acusadora en el mismo (arts. 16.1, 96 CPP), pero tanto en este supuesto como en el caso de que renuncie, sus manifestaciones y los datos que pueda aportar van a ser fundamentales para el esclarecimiento de los hechos. Esta actuación, aportando datos de interés, constituye una declaración, que prestará en calidad de testigo.

Así lo confirma la STS de 20 de mayo de 1997:

No podemos compartir la afirmación de que la víctima de un delito, por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejercitando las correspondientes acciones civil y penal, no puede ser testigo. Quien es parte en el proceso civil no puede declarar como testigo, sino por medio de la llamada prueba de confesión;

pero esto no ocurre en el proceso penal, en el que a tales efectos sólo hay una parte, aquélla contra la que se ejercita la acción penal, única que no puede declarar como testigo. Todas las demás personas que pueden aportar algún dato de interés al proceso han de actuar en el mismo prestando su testimonio con sometimiento a las normas procesales que regulan esta clase de prueba.

La declaración será prestada pues en calidad de testigo, con las formalidades que en el punto siguiente trataremos. Se ha cuestionado el valor de la declaración prestada por el ofendido, en cuanto que tiene en el procedimiento un interés directo, pudiendo no ser imparcial. Sobre este punto han tenido ocasión de pronunciarse tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional españoles, considerando tal declaración válida siempre que se realice con las debidas garantías, afirmando incluso que en determinados delitos, sobre todo en aquellos que atentan contra la libertad sexual, en ocasiones esta es la única prueba y debe ser considerada como prueba de cargo apta en la que apoyar una sentencia condenatoria. Dice al respecto la STS de 20 de mayo de 1997:

También los ofendidos por el delito, cuyas declaraciones tienen especial importancia cuando se trata de delitos, como los aquí examinados, que atentan contra la libertad sexual, para cuya comisión se busca por sus autores el momento en que la víctima se encuentra sola.

En todo caso, y a los efectos de valorar estas declaraciones, se imponen una serie de requisitos en cuanto su credibilidad como prueba de cargo. STC 173/1990:

Constituye doctrina reiterada de esta Sala que el testimonio de la víctima o sujeto pasivo del delito tiene hoy día el valor de actividad probatoria de cargo, legítima, al no existir en nuestro proceso penal el sistema legal o tasado en la valoración de la prueba y, por consiguiente, no se produce la exclusión del testimonio único aun procediendo de aquélla. Ello en tanto no aparezcan razones objetivas que lleven a invalidar las afirmaciones de la víctima o susciten en el Tribunal una duda que le impida formar su convicción al respecto. Serán las circunstancias concurrentes y cuantos datos puntuales puedan recogerse, los que contribuyan a formar el convencimiento del Tribunal partiendo de esa alegación acusatoria de la persona afectada blanco de la criminal actuación del sujeto. Lo contrario, como se ha destacado, significaría restaurar un añejo y derogado sistema de prueba legal, por vía negativa, referente al testimonio. Conforme a una jurisprudencia reiterada, la ponderación o crítica de un testimonio para su credibilidad como prueba de cargo exige:

- 1.º ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda;

- 2.º verosimilitud: el testimonio que no es propiamente tal, en cuanto la víctima puede mostrarse parte en la causa (arts. 109 y 110 de la LECrim.) ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten actitud probatoria;
- 3.º persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades [*cf.* sentencias de 28 de septiembre de 1988, 8 de octubre de 1990, 26 de mayo y 9 de septiembre de 1992 y 26 de mayo de 1993).

En este sentido también el Tribunal Supremo, ha matizado que cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo se han de seguir determinadas pautas para poder analizar su verosimilitud. En su STS de 20 de noviembre de 1996, nos dice:

Por otra parte concurren en el caso actual las notas necesarias en el testimonio de la víctima para dotarlo de plena credibilidad como prueba de cargo, conforme a la doctrina de esta Sala expresada, entre otras, en las sentencias de 5 de abril, 26 de mayo y 5 de junio de 1992 y en la de 12 de febrero de 1996, como son:

- 1) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima, que pudieran conducir a la deducción de la concurrencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba; 2) verosimilitud, dado que el testimonio –con mayor razón al tratarse de un perjudicado– debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva; y 3) persistencia de la incriminación.

3.7.- Declaraciones testificales

3.7.1.-Delimitaciones conceptuales

El testigo es una persona física que, en principio, no tiene relación con los hechos, pero que posee una serie de conocimientos sobre los mismos. La doctrina es unánime en considerar que el testigo es una persona física, en todo caso ajena al proceso, que presta declaración de ciencia sobre hechos pasados relevantes para el proceso penal, en orden a la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un *status* procesal propio. Se trata de personas físicas, con la condición jurídica de tercero respecto de los sujetos de la relación procesal, que declaran en el proceso sobre sus percepciones sensoriales de hecho y circunstancias pasadas, es recibidas, fuera del proceso, con la finalidad de esclarecer la verdad.

Sobre la relación o no del testigo con los hechos a investigar, como ya hemos dicho, en principio el testigo es un tercero ajeno al proceso. Ello no quita para que, cuando alguno de los que intervengan como parte acusadora hubiera tenido conocimiento de los hechos por los que se procede, pueda ser llamado a declarar y el régimen de su declaración sea asimilado por la ley al testimonio; en cualquier caso prestan una declaración de conocimiento, si bien el quebrantamiento del deber de veracidad merece distinta consideración.

3.7.1.1.- El agente encubierto

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada vez más difícil para los aparatos estatales de represión criminal.

Los ordenamientos jurídicos de los países democráticos, con el auspicio y el impulso de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, han ido introduciendo medidas de investigación de los delitos que permitan dar respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que se pueda compatibilizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un proceso penal, con una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada alrededor del tráfico de drogas.

Han surgido así diferentes mecanismos, como las entregas vigiladas de drogas y la infiltración de agentes en bandas criminales, que luego se fueron extendiendo a la investigación y sanción de otras modalidades delictivas, pero siempre que se encuentren expresamente previstas en la ley. Así pues, estas medidas sólo pueden ser válidamente utilizadas para la persecución de ciertos tipos delictivos, lo que supone incorporar por decisión del legislador el principio de proporcionalidad entre las medidas de investigación y los delitos, sustrayendo a la decisión de las autoridades, incluida la autoridad judicial, la posibilidad de aplicarlas a la investigación de otras conductas.

Uno de los elementos esenciales en el funcionamiento de las organizaciones criminales, por su propia naturaleza clandestina, es lograr mantener oculta la identidad de sus miembros, los métodos que utilizan, los lugares en que se esconden y las acciones que llevan a cabo. Así pues, el conocimiento de esas circunstancias y su prueba enjuicio son una vía útil tanto para prevenir o desbaratar acciones criminales, como para lograr la condena de los responsables, incluyendo a los jefes de la organización, que suelen permanecer en el anonimato.

Con estos fines, la medida de investigación de los agentes encubiertos o infiltrados consiste en la entrada de uno o varios agentes policiales, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización

criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran. Esta figura viene avalada por las disposiciones del *CEDH* [sentencia de 15 junio 1992 (*caso Ludi*)]. En el Derecho Procesal español, la actuación de los agentes encubiertos se encuentra prevista en el Artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (precepto añadido por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero). Su texto, que en algún caso podría servir de pauta orientativa, es el siguiente:

- 1 A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

- 2 Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como

agente encubierto.

- 3 Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.
- 4 A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres

o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:-

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237,243,244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el Artículo 345 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- h) Delito de falsificación de moneda previsto en el Art. 386 del Código Penal.
- i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el Artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

Como se ve, el precepto limita la intervención de los agentes encubiertos a un conjunto de tipos delictivos, definiendo lo que se entiende como delincuencia organizada a estos efectos. Se trata de un número taxativo de supuestos, más allá de los cuales no cabe utilizar esta excepcional medida de investigación. Para la lícita actuación de los agentes encubiertos se precisa una previa autorización del Juez o

del Ministerio Fiscal, y en ambos casos ha de tratarse de una resolución motivada de acuerdo con la necesidad de esta medida para la investigación. Quiere decirse con ello que la medida de investigación sólo puede acordarse en el marco de un proceso penal abierto o bien de unas diligencias de investigación sustanciadas por la Fiscalía para el descubrimiento y sanción de alguno de los delitos mencionados cometidos por una organización criminal.

La autorización se hará precisamente a funcionarios de la Policía Judicial, de modo que no se permite la actuación como agentes infiltrados de miembros de otras unidades de la Fuerzas de Seguridad. Sin embargo, la autorización del Juez o del Fiscal no contiene la identidad supuesta bajo la cual puede actuar el agente, sino que ésta se otorga por el Ministerio del Interior, al que lógicamente ha de dirigirse el Jefe de la Unidad de Policía Judicial a la que pertenezcan los agentes. Obtenida la identidad, que se otorga por seis meses, prorrogables por períodos de igual duración, la resolución del Juez o del Fiscal por la que se acuerde deberá consignar el nombre del verdadero agente y la identidad supuesta con la que actuará en ese caso concreto.

Naturalmente la resolución será reservada y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado como agentes infiltrados podrán mantener esa identidad cuando deban comparecer para declarar como testigos, pero para ello se precisará una resolución judicial motivada, siendo aplicables las normas de protección de testigos. Esta resolución también deberá mantenerse reservada y fuera del conocimiento de las partes.

3.7.1.2.- El agente provocador

Una situación y un modo de actuación sustancialmente distintos de los descritos sería la medida conocida como intervención de un «agente provocador», es decir, la de un agente policial que, con la finalidad de descubrir un hecho delictivo llega a instigar o a propiciar la comisión del delito con las peticiones que le formulan a los imputados. Por esta razón la participación del agente provocador en las actividades de una banda criminal va más allá de las propias de un agente infiltrado.

Pues bien, lo cierto es que el proceso penal y la represión de conductas criminales ha de encontrar sus límites en el respeto de los derechos de los ciudadanos y de los principios que rigen la actuación de los poderes públicos. De ahí que no resulte en modo alguno justificable la utilización de elementos probatorios obtenidos tras una provocación policial.

Así lo ha venido entendiendo desde hace años la jurisprudencia española, que rechaza los medios de prueba obtenidos con la intervención de agentes provocadores, pues como dice la STS de 3 noviembre 1993, «la provocación de la infracción penal por un agente de la autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios.

generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona». No obstante, en dicha sentencia se justifica la intervención policial y «se entiende excluida la provocación cuando la actuación del agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior, el cauce por donde viene discurriendo una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial», doctrina que, con buen criterio, se aparta de una interpretación maximalista de lo que han de considerarse pruebas prohibidas o ilícitas (Art. 200 del CPP).

La situación de los agentes provocadores se daría, como expresa la STEDH de 9 junio 1998 (*caso Teixeira*), si la operación policial no se sitúa en el marco de una investigación abierta; si el imputado carece de antecedentes; si no era conocido directamente por los agentes; si en caso de narcotráfico la droga no se encontraba en su domicilio, sino que la obtuvo de un tercero; y además, si el imputado sólo tenía la cantidad solicitada por los policías. Con todo ello resuelve el TEDH que hubo violación del Convenio, y en el supuesto que resuelve señala que «hay que deducir que los dos policías no se limitaron a examinar de una manera puramente pasiva la actividad delictiva del señor Teixeira de Castro, sino que ejercieron una influencia para incitarle a cometer el delito», de modo que la intervención policial «sobrepasó la de un agente infiltrado ya que provocaron el delito y que nada indica que, sin su intervención, éste hubiera sido perpetrado».

3.7.1.3.- Los confidentes policiales

Uno de los medios tradicionales de investigación de los delitos ha venido siendo la utilización de confidentes; es decir, de personas pertenecientes por lo general a los ambientes delictivos, que prestan a la Policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad, sino a cambio de dinero o de cierto trato de favor por parte de los agentes policiales.

El campo de actuación de los confidentes es, por lo general, extraprocésal, en la medida en que su intervención se reduce a las diligencias policiales. Sin embargo el empleo de estas personas para el descubrimiento de los hechos plantea dos problemas: en primer lugar, el modo en que ellos han obtenido las noticias; en segundo lugar, su llamada al proceso para declarar como testigos.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones, es preciso tener muy presente la aplicabilidad de lo dispuesto en el Artículo 200 del CPP, excluyendo del proceso las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales, de modo que si el confidente ha proporcionado a la Policía la información mediando la infracción de algún derecho fundamental, todo lo que se obtenga de ello no puede ser tenido en cuenta. Por lo que se refiere al descubrimiento de la identidad del confidente, ciertamente

su ocultación es consustancial a la figura misma y tiende, por un lado, a evitar posibles represalias de los delatados y, por otro lado, a permitir su utilización futura como fuente de información.

Sin embargo, este medio de investigación es criticado por considerarlo incompatible con el respeto de los derechos de los ciudadanos y con el *modus operandi* de los poderes públicos en un Estado democrático. Se dice que la existencia de los confidentes y la obligada ocultación de sus nombres supone el fracaso de los medios de reacción ciudadana y, al propio tiempo, la confesión de la ineficacia policial para hacer frente con medios técnicos propios a la criminalidad, sin tener que recurrir al pago de delatores.

Por otra parte, los temores a las represalias deben combatirse a través de los mecanismos previstos en el Artículo 237 del CPP, sobre protección de testigos, que con la debida intervención judicial hacen compatible la ocultación de la identidad del testigo con su declaración en el proceso. En lo que se refiere al fin de «preservar» al confidente, tal ocultación no puede venir precisamente de los aparatos estatales, intentando que el nombre del confidente no sea conocido, si esa utilización futura no se logra por medios lícitos; es, desde luego, reprochable que, cuando se trata de delincuentes de «rango menor», se «toleren» sus actividades delictivas, recompensándoles así ilícitamente a cambio de aquella información.

Pero es que además, y en definitiva, la utilización de confidentes supone privar al imputado de un medio de prueba, tal vez vital para su defensa (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 [*caso Kostovski*]; 27 de septiembre de 1990 [*caso Windisch*]; 19 de diciembre de 1990 [*caso Delta*]; 1 de febrero de 1991 [*caso Isgró*]; 19 de marzo de 1991 [*caso Cardot*]; y la de 26 de abril de 1991 [*caso Asch*]).

Es preciso rechazar absolutamente la posibilidad de que las declaraciones o revelaciones de los confidentes sean traídas al proceso por la Policía como testimonio de referencia y lleguen a tener algún valor probatorio de cargo, de modo que el juzgador pueda fundamentar en esta declaración una sentencia condenatoria, entre otras razones porque el Artículo 330 del CPP exige que los testigos de referencia expresen el origen de sus informaciones, designando con la mayor precisión posible a la persona que se las hubieran comunicado. Por consiguiente, hay que entender que si no expresa el origen de la noticia ha de rechazarse toda la declaración testifical, incluso como testigos de referencia porque se impediría la contradicción en el interrogatorio de quien conoce los hechos «de primera mano». STS de 30 de mayo de 1995:

Aplicando al caso la doctrina antes expuesta, es evidente que la Audiencia, al basar su condena en el testimonio de unos funcionarios que oyeron decir a un preso que había visto lo ocurrido y que el autor del frustrado homicidio era Eladio T. T., al mismo tiempo que manifestaba su voluntad de que no se revelara -

la identidad del confidente por temor a represalias, condenó por una prueba testifical que desconoció las garantías que para el juicio oral imponen los principios de inmediación y contradicción. Las partes se vieron privadas de su derecho a interrogar a los verdaderos testigos de cargo y el Tribunal no tuvo la posibilidad de escuchar a éstos para apreciar su credibilidad. Conocemos que las declaraciones de los testigos de referencia, excepcionalmente admitidos como medio de prueba apto para contrarrestar la presunción de inocencia, constituyen siempre una excepción a las exigencias de los mencionados principios; pero en este caso no se observó la regla mínima que para la posibilidad de utilización de tal clase especial de testimonio exige el Artículo 710 LECrim, antes referido, al no haberse designado la persona que había comunicado la referencia. Tal inobservancia de lo ordenado por la ley como requisito mínimo para la posible utilización de este excepcional medio de prueba impide el que pueda ser considerado como una prueba de cargo practicada con todas las garantías legales. No ponemos en duda la buena fe de los funcionarios que acudieron como testigos al juicio oral y que consideraron justificadas, para no revelar su identidad, las razones de los presos que les comunicaron la noticia de la autoría del delito que investigaban, y ni siquiera ponemos en cuestión la rectitud de los presos que se negaron a que tal identidad fuera conocida por temor a represalias. Simplemente afirmamos que un testimonio de referencia en tales condiciones no reúne las garantías exigidas por la Ley para su uso como medio de prueba.

3.7.1.4.- Testigo de referencia

Hasta ahora hemos afirmado que el testimonio se efectúa sobre lo que el testigo haya visto y oído, aun cuando existen también testigos o testimonios no directos, denominados de referencia. El testigo de referencia es el transmisor de lo que otros ojos y oídos han percibido. No siempre es posible practicar la prueba original y directa, que en muchos casos y por muy diferentes circunstancias no cabe llevar al proceso; por eso se admite el testimonio de referencia, si bien la STS de 20 de septiembre de 1996 (RJA 6618), la califica como «prueba poco recomendable».

Al testigo de referencia alude el Artículo 330 del CPP, señalando que «los testigos expresarán la razón y origen de sus informaciones y designarán con la mayor precisión posible, a los terceros que se las hayan comunicado». El precepto se ubica en el Libro II, en el Capítulo relativo a la «sustanciación del juicio», sin que exista referencia a este testigo en la fase de investigación, con lo que cabe preguntarse si se puede utilizar este tipo de testigo y prestar su testimonio en dicha fase y constituir un medio de investigación. La respuesta ha de ser forzosamente afirmativa no sólo por la mayor «desformalización» que la fase de instrucción necesariamente representa, sino también por la trascendencia de las diligencias que en ella se practican, que no son diligencias de prueba y porque cualquier manifestación puede proporcionar datos -

relevantes a la investigación de unos hechos delictivos, debiéndose en todo caso cumplimentar las exigencias del Artículo 330 del CPP.

La jurisprudencia ha marcado como requisito imprescindible la imposibilidad de oír al testigo directo y ha señalado que la declaración del testigo de referencia no es suficiente, por sí misma, para desvirtuar la presunción de inocencia, necesitando de la compañía de otras pruebas directas o indiciarias. STS de 15 de abril de 1997:

Pero realmente el problema que plantean los testigos de referencia, como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad. Es 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.

3.7.2.- La declaración del testigo como deber

La declaración del testigo supone en el proceso penal una prueba importante, no porque supere a otras en cuanto a su valor, sino porque de las diferentes pruebas ésta es la que suele darse en la mayoría de los procedimientos.

En principio es obligado advertir la existencia de un fenómeno social de falta de colaboración con la Administración de Justicia, y es habitual que las personas llamadas como testigos eviten comparecer a prestar su testimonio, principalmente por la incomodidad de la justicia, con esperas notables, suspensiones, gastos que nunca son abonados, etc. En todo caso existe un deber legal de concurrir al llamamiento judicial, así como un deber de declarar, cuyo incumplimiento podría acarrear responsabilidades penales (*cf.* art. 348-A del Código Penal hondureño). A este deber se refiere el Artículo 226 del CPP en cuanto dispone que «todos los habitantes del país tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito».

A la que podemos denominar regla general, se establecen una serie de excepciones, dos de ellas ya adelantadas por el propio Artículo 226 (los absolutamente incapaces y los no residentes en territorio nacional) y otras que se desarrollan en los artículos siguientes.

3.7.2.1.Exenciones

A) Absolutas

El Artículo 227 CPP, en su último párrafo, exceptúa de la obligación de declarar y de concurrir al llamamiento judicial a los diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República y a los representantes de organismos internacionales que gocen de inmunidad se trata de una exención absoluta que, en todo caso, puede ser objeto de renuncia por sus titulares; éstos pueden, si así lo quieren, comparecer y declarar, verbalmente o por escrito.

B) Relativas

La exenciones relativas, también previstas en el Artículo 227 CPP, no exigen de declarar sino tan sólo de comparecer ante el Ministerio Público o ante los órganos jurisdiccionales. Tal exención es un derecho renunciable. Se trata de las siguientes personalidades:

- 1) El Presidente de la República y los Designados;
- 2) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado;
- 3) Los Diputados al Congreso Nacional;
- 4) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración;
- 5) El Arzobispo, los Obispos y los Vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en Honduras;
- 6) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones;
- 7) Los Diputados al Parlamento Centroamericano;
- 8) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y
- 9) Los demás que determinen las leyes especiales.

Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de estas personas, se le recibirá el testimonio en su domicilio o despacho oficial, previa cita o por oficio urgente. El Juez o miembro del Tribunal de Sentencia pasará al domicilio o despacho oficial de la persona concernida, previa cita o por oficio urgente, dentro de los dos siguientes a la fecha de la solicitud. La declaración se tomará dando intervención a las partes personadas, que serán citadas a tal fin (incluso por teléfono o facsímil, en caso de urgencia: Art. 230 CPP). Si las personalidades antes relacionadas, se resistieren a recibir en su domicilio o residencia oficial al Juez, o a declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado respecto a los hechos investigados, se ordenará su declaración mediante resolución motivada (Art. 229 CPP) y, en su caso, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para los efectos que procedan.

3.7.2.2.- Dispensas

El Artículo 228 del CPP se refiere a una serie de testigos que, bien por ser familiares del acusado, o bien por razón de su cargo o profesión, la ley les dispensa de la obligación de declarar. Se les proporciona la facultad de declarar o no en el procedimiento, e incluso es obligación del Juez o Tribunal, informarle y advertirle de esta dispensa. A tal dispensa se refiere también el Artículo 88.II de la Constitución de la República, cuando dispone que nadie puede ser obligado en asunto penal... a declarar contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad o segundo de afinidad». En cualquier caso, al constituir una facultad del testigo el declarar o no, en el supuesto de que se declare, necesariamente tendrá que decir la verdad, incurriendo en otro caso en un delito de falso testimonio, toda vez que el sujeto activo de tal tipo es cualquier testigo (Art. 385 del Código Penal).

A) Por razón del parentesco

Se refiere a esta circunstancia el Artículo 228, según el cual no están obligados a declarar, aunque sí a comparecer: 1) El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 2) el adoptante, en causa instruida contra el adoptado y viceversa; y 3) El guardador, en causa instruida contra su pupilo y viceversa. El Juez, antes de que ' inicien su deposición, les advertirá que no tienen obligación de declarar en contra del imputado, pero que pueden hacer las manifestaciones que consideren oportunas, consignándose la contestación que dieren a esta advertencia (Art. 228, penúltimo párrafo CPP).

En el supuesto de que por parte del Juez o del Tribunal no se le advirtiera de la dispensa, la declaración, si fuera inculpatoria, podría ser declarada nula a tenor del Artículo 200 del Código Procesal Penal; e incluso podría revocarse la sentencia si, como sucedió en el caso tratado por la del STS de 28 de noviembre de 1996, esta declaración sirvió de prueba de cargo inculpativa fundamental. En este sentido, considera la STS de 26 de noviembre de 1973 que si el testigo hubiera declarado en la fase de instrucción sin que se le hubiere advertido de la dispensa, esa declaración estaría viciada de nulidad si el testigo comparece al acto del juicio oral y, una vez advertido, se negara a declarar.

STS de 18 de diciembre de 1991:

En uno y otro caso, aunque el testigo hubiere declarado voluntariamente en el sumario, no puede ser obligado a hacerlo en el juicio oral, pero si es el testigo mismo quien ha puesto en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional y es autollamado ajuicio, la situación es distinta. No consta en efecto la advertencia, sí que su exploración en el sumario se hizo en presencia de la madre que, como queda dicho, era denunciante, en una situación familiar realmente dramática y que la defensa, conocedora de este derecho, nada dijo en el juicio oral respecto a lo que ahora se entienden como irregularidades. La hija es interrogada por la defensa y precisamente, atendiendo el reflejo en el acta, de manera extensa y pormenorizada. No se produjeron, pues, las anomalías denunciadas y procede la desestimación del motivo.

La razón de esta dispensa se funda en la consideración de que repugna a la propia naturaleza humana, y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos estrechos del parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse estas personas con sus respectivas declaraciones, exponiendo por

su concurso unos a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar impone⁽⁸⁸⁾

STS de 18 de abril de 1997:

[...] Los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar. La colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente, por lo que fueron reputados «*testes non integri*» en el derecho común, a los que efectivamente el instructor ha de advertir de la facultad que les asiste para no declarar contra el inculpado, se resuelve pudiendo hacer las manifestaciones que estimen oportunas, sin que tampoco esté obligado a responder de una manera directa e importante a la persona o fortuna de alguno de dichos parientes.

Estos testigos pueden eximirse del deber de declarar contra aquella persona con la que medie bien la relación de parentesco o bien en contra de su cliente, pero si hubieren más procesados en el procedimiento, podrían hacerlo respecto de ellos, siempre que no comprometieren a su pariente o defendido.

Es de señalar que el Artículo 218 impide que sean objeto de secuestro las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que, conforme a lo dispuesto por el Artículo 228, están dispensadas de declarar, así como las notas tomadas por estas personas sobre informaciones proporcionadas por el imputado. Por su parte, el Artículo 221 prohíbe interceptar la correspondencia del imputado (ya sea receptor o remitente de la misma) en relación con las personas señaladas en el Artículo 228.

B) Por razón de oficio o cargo

1. *El Abogado del imputado* Se trata del denominado secreto del defensor y su fundamento se halla en la relación de colaboración y confianza que existe entre el imputado y su abogado; relación que se quebraría si el abogado tuviera obligación de declarar respecto de los hechos que aquél le hubiere confiado. En el supuesto de que el abogado prestara declaración y perjudicara de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados podría incurrir en el tipo de «prevaricación», modalidad de descubrimiento de secretos, del Artículo 382 del Código Penal.
Esta dispensa es extensible a los demás profesionales, en relación con las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento por razón de su profesión (Art. 228 CPP).
2. *Eclesiásticos y ministros de cualquier culto.* Dispensa el Artículo 228 de la obligación de declarar como testigos a los ministros de cualquier culto religioso, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de su ministerio.

⁽⁸⁸⁾

Cfr. Aguilera de Paz, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* 2ª edic, Madrid, 1925, pág. 603.

3. *Militares y funcionarios públicos.* El último párrafo del Artículo 228 dispone que «los militares y los funcionarios públicos, en ningún

caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieren noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueda dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales». Más que una dispensa, es una prohibición de revelar determinada información.

La existencia de determinados deberes de funcionarios públicos, civiles y militares, de guardar secreto en aquello que conocieren por razón de su cargo, obliga al legislador a cuidar que este deber no se vea enervado por la obligación de declarar en una causa penal. Con todo, la prohibición de declarar sólo atañe a los «secretos de Estado» y no al resto de información que conozcan.

C) Por razón de incapacidad

El Artículo 226, en su inciso final, dispensa de la obligación de declarar a los «absolutamente incapaces», tanto física como psíquicamente. Se trata de una dispensa o de una facultad de abstenerse de rendir testimonio, no de que las declaraciones de estas personas no puedan efectuarse y constituyan un medio de investigación o un medio de prueba. Así se expresa en la STS de 6 de febrero de 1992:

Como norma general dentro del Derecho Procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra los hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural. Así, la normativa civil en cuanto establece (Art. 1246.3.º del CC) tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido injustamente criticada por la más reciente y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en orden a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones, añadiéndose que «capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de catorce años y no serlo algunos mayores de esa edad». En cuanto a los dementes, el coeficiente aludido no permite tampoco configurar la oligofrenia como integrada en esta categoría.

En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo (El Art. 417.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a enunciar que «no podrán ser obligados a declarar como testigos», lo que es algo distinto), b) El Art. 433 de la misma Ley distingue entre el interrogatorio de un púber y un impúber, con terminología absolutamente obsoleta pero significativa, al igual que el Art. 442 de la misma establece un

naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal –también por lo general y excepto determinados tipos delictivos– basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del Tribunal de instancia en base a la inmediación sin que queda –se insiste– a este Tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba. En un tipo delictivo como el objeto de acusación y posterior condena resulta obvio que puede ser atendido como prueba de cargo bastante el testimonio del deficiente mental en las expresadas condiciones individualizadas y por ello el recurso debe ser desestimado.

3.7.3.- Llamamiento a los testigos

Hemos dicho que la norma general es la de concurrir al llamamiento judicial para declarar como testigo de tal manera que el órgano judicial llamará a los testigos y los hará concurrir a su presencia.

La no concurrencia al primer llamamiento supone una segunda citación (con apercibimiento) y, si esta vez tampoco comparece el testigo, el Juez, a instancia de la parte que propuso la prueba, ordenará que sea llevado por medio de la fuerza pública para rendir su declaración. Ello con independencia de la responsabilidad penal por delito de desobediencia (Art. 348-A del Código Penal).

3.7.3.1.- Forma de realizar la citación

La citación se llevará a cabo conforme a lo previsto en los artículos 154 y siguientes del CPP (*cf.* Art. 230.1 CPP). Podrán ser citados personalmente, por teléfono o facsímil, sin tener que expedirse en tal caso la cédula, cuando el Juez considere que es un caso de urgencia. Naturalmente, el testigo puede comparecer espontáneamente, haciéndose constar entonces tal circunstancia en los autos.

3.7.3.2.- Supuestos especiales

Testigo impedido. Si el testigo estuviese físicamente impedido para acudir al llamamiento judicial, el Juez Se constituirá en su domicilio o en el lugar en que se encuentre, citando a las partes para que puedan intervenir en su deposición (Art. 232 CPP).

Testigo residente fuera del asiento del órgano jurisdiccional. Por lo general, el testigo que se encuentre en tales circunstancias declarará mediante auxilio judicial (atenta comunicación) prestado por el órgano jurisdiccional de su domicilio. Ello no obstante, si el Juez

considera que es imprescindible que el testigo declare en su presencia, lo citará pero proveyéndole de fondos para los gastos ocasionados por el viaje (art. 231 CPP).

Testigo residente en el extranjero. . Se dirigirá suplicatorio, a instancia de parte, a las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el testigo. En el suplicatorio se contendrán los antecedentes necesarios y las preguntas que han de hacerse al testigo. Si la comparecencia ante el Juez fuere indispensable, éste podrá viajar al lugar donde se halla el testigo para recibirle declaración, siempre que se den los siguientes presupuestos: a) petición de parte (no puede acordarlo de oficio); y b) que ello esté previsto por tratado o convenio de cooperación jurídica internacional. Además, el Juez habrá de ponderar, para tomar tal decisión, las circunstancias del caso, especialmente la *utilidad y proporcionalidad* de la medida y la *demora procesal* que pueda representar (Art. 235 CPP).

Testigo cuya fuga y ocultación se teme. Cuando existan razones fundadas para temer que un testigo pueda tratar de ocultarse o fugarse, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, podrá ordenar, por auto motivado, que sea conducido a su presencia por la fuerza pública, para que se le reciba declaración. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro (24) horas (Art. 234 CPP). El Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del testigo por un plazo máximo de seis (6) horas, para gestionar la orden judicial.

Testigo sin domicilio conocido o en ignorado paradero. En estos casos, antes de proceder a la publicación de edictos, no estaría de más que el Juez oficiase a los funcionarios de la Policía o a la autoridad administrativa para que averigüen el domicilio del testigo, fijando para ello un plazo. Si transcurrido éste no se hubiera averiguado, se publicará la cédula de citación en dos de los radioperiódicos de mayor audiencia del país. Facultativamente, pueden también publicarse los edictos en dos de los diarios escritos de mayor circulación en la República o por medio de la televisión, dejando de todo ello constancia en los autos (Art. 157 CPP).

Testigo que no puedan concurrir de nuevo a cualquier llamamiento. Nos encontramos ante la llamada prueba testifical anticipada (Art. 277 CPP). A petición fundada de las partes, el Juez podrá disponer que se practique anticipadamente esta prueba cuando exista riesgo grave de fallecimiento de un testigo (o perito); cuando, por ausencia u otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio oral; o cuando corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos.

En estos casos el Juez librará citación al Fiscal y demás interesados. Si

el imputado se halla detenido será representado en la práctica de la prueba por su defensor, salvo si pide intervenir personalmente y no

hay riesgo de fuga. Cuando se ignore quién pueda ser el imputado, el Juez citará a un defensor de oficio «para que controle el acto».

Testigos menores de quince años. En su declaración podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal. Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Juez, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso (cfr. Art. 331 CPP).

3.7.3.3.- Forma de practicarse la declaración

La prueba testifical se realizará ante el órgano judicial, pudiendo mandar éste que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos y examinarle allí o poner a su presencia los objetos sobre los que deberá versar la declaración, pudiendo mezclarlos con otros a efectos de mayor exactitud en la declaración (cfr. arts. 216.11, 251, 262 CPP).

Los testigos se presentarán a declarar, y prestarán juramento de decir verdad, teniendo obligación el Juez de advertirles que han de ser veraces y en su caso de las penas con que se castiga el delito de falso testimonio en causa criminal. Se le preguntará por sus datos de identidad y sobre sus vínculos (parentesco, amistad o relación de cualquier clase) con las partes así como si tiene interés en el asunto que es objeto del proceso (arts. 236 y 330 CPP).

El testigo habrá de declarar a viva voz, pudiendo consultar algún apunte o documento. Narrará los hechos sin interrupción, pudiendo las partes y el órgano jurisdiccional preguntarles después. No se podrán hacer al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle a declarar en determinado sentido (Art. 330 CPP).

En el caso de que no entienda o no hablare el idioma español se nombrará un intérprete (arts. 101.9, 125 CPP). El intérprete deberá prestar juramento o promesa -de declarar con arreglo a la verdad (arts. 129 y 326.IV CPP), haciéndose constar sus datos de identidad. Las preguntas se realizarán directamente al intérprete quien, traducidas, se las trasladará al testigo.

Los testigos declararán separadamente, en presencia del Juez (Art. 236.11 CPP). Si el testigo fuere sordomudo y supiere leer, se le harán las preguntas por escrito, sin necesidad de intérprete; si supiere escribir, contestará por escrito, y si no supiere ni lo uno ni lo otro, se nombrará un intérprete que prestará el juramento o promesa anteriormente referido (Art. 125.11 CPP). Después de prestar testimonio, el testigo tiene derecho a leer por sí mismo o a que le sea leída la declaración, firmando él y todos los presentes (Art. 236.V y VI CPP).

3.7.4.- Protección de testigos y peritos

La experiencia nos enseña la dificultad de contar con testimonios

y pruebas en los procesos criminales por el temor de los ciudadanos a sufrir represalias. Aparece, pues, la tensión entre dar a estos testigos la protección necesaria para conminarlos a que declaren en un procedimiento penal y las garantías que deben rodear a quienes son llamados a colaborar con la Administración de Justicia. En un intento de ponderación de ambos intereses redactó el legislador el Artículo 237 CPP (sobre protección de los testigos, aplicable también a los peritos por expresa remisión del Artículo 248 CPP).

Las medidas de protección son aplicables a los testigos y peritos que intervengan en los procesos penales, y pueden ser solicitadas por éstos, por las partes o acordadas de oficio por el Juez. La autoridad judicial es la que ha de apreciar racionalmente que pueda existir un peligro grave para la persona o los bienes del propio testigo, de su cónyuge o compañero de vida, de sus ascendientes, descendientes o hermanos. El órgano judicial que acuerde la protección lo hará, previa audiencia de las partes, mediante resolución motivada, que podría ser verbal y documentada en acta cuando tal decisión se tome en el juicio oral. STS de 24 de junio de 1997:

En cuanto a que no se dictó auto por la Sala de instancia, cuestión planteada ya en el acto del juicio, consideramos correcto el que una incidencia que se produjo en el transcurso del juicio oral fuera resuelta verbalmente en el mismo acto expresándose de este modo las razones en que la Sala se fundó, que se hicieron constar en el acta correspondiente, sin necesidad de dictar resolución escrita que habría retrasado el desarrollo del plenario, sin que ello supusiera mayor garantía para nadie.

Al aplicar esta ley puede el órgano jurisdiccional puede adoptar la siguiente decisiones:

- a) Que no conste en las actuaciones su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación y/o localización, utilizándose a tal fin en el procedimiento un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y el público.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de comunicaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Una vez adoptada la medida de protección, los miembros de la Policía, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

Nada dice la ley respecto del mantenimiento de las medidas cuando la causa llegue al órgano judicial competente para el

enjuiciamiento; lo razonable es que éste se pronuncie motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o

suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Letras, así como si procede la adopción de otras nuevas. Naturalmente, la protección a testigos puede ser también brindada directamente por el Tribunal de Sentencia si aquél aparece por vez primera en la fase de juicio oral.

Las declaraciones de los testigos y los informes de los peritos que hayan sido objeto de protección durante la fase de investigación, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral.

3.8.- El careo

3.8.1.- Concepto y regulación

El careo supone una confrontación entre personas cuyas declaraciones de ciencia o conocimiento prestadas en el proceso resultan Contradictorias. Por tanto, el careo puede celebrarse entre imputados, entre testigos, entre aquéllos y éstos, y entre peritos (Art. 260 CPP).

No es el careo un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia complementaria o medio extraordinario de comprobación de la fuerza probatoria y credibilidad de las manifestaciones de los imputados y los testigos. Así, mediante esta diligencia se complementan las declaraciones, lo que supone la preexistencia de declaraciones y la contradicción entre estas. «No es realmente una prueba verdadera sino un medio de contrastar subsidiariamente la finalidad de otras» señala la STS de 9 de junio de 1997. El objeto del careo consiste en contrastar las declaraciones y depurar y aclarar las contradicciones o discordancias que entre ellas puedan existir. También mediante esta diligencia el órgano judicial podrá percibir cuál de las diferentes versiones le ofrece mayor credibilidad.

El Código Procesal Penal regula la diligencia de careo en los artículos 260 y 261, con remisión a las reglas contenidas en los artículos 226 y siguientes sobre los «testimonios»; dispone el primero de los preceptos citados que el careo tendrá lugar cuando entre los testigos, entre los imputados o entre unos y otros haya discrepancias «sobre hechos o circunstancias importantes del proceso», sin que esta diligencia deba tener lugar más que entre dos personas a la vez (Art. 261.1 CPP).

La discordancia puede existir en referencia a un hecho concreto de la declaración o en la totalidad de ésta, pero en todo Caso el contrate se ha de realizar en aquello que sea de verdadero interés para el procedimiento, abandonando los puntos que pudieran ser indiferentes o poco relevantes, aunque existiera discordancia entre los careados.

3.8.2.- Excepcionalidad y subsidiariedad del careo

El careo, debido a su naturaleza subsidiaria, de comprobación de

la credibilidad de unas u otras declaraciones, ha de utilizarse excepcionalmente. Sólo se practicará cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. Será necesario para acordar el careo que, se den una serie de requisitos:

- a) Las personas que vayan a efectuar el careo deben haber declarado con anterioridad.
- b) Ha de existir discordancia entre las declaraciones o entre puntos concretos de las mismas.
- c) La discordancia ha de producirse sobre un hecho o circunstancia que interese en el proceso.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre la excepcionalidad de la práctica del careo. La decisión de la realización del mismo se deja al criterio del órgano jurisdiccional, quien podrá acordarlo a solicitud de la parte e incluso de oficio. La STS de 8 de mayo de 1997 dice a este propósito:

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas, SSTS de 12 de noviembre de 1986, 18 de enero de 1988, 6 de noviembre de 1989, 17 de junio de 1990, 14 de septiembre de 1991 y 18 de noviembre de 1992) la diligencia de careo no es propiamente una diligencia de prueba, sino más bien un medio de contrastar la Habilidad de otras pruebas y tiene carácter subsidiario, por lo que la adopción de su práctica es discrecional para el Tribunal de instancia y por ello no resulta recurrible en casación.

La denegación de la diligencia de careo por el juzgador de instancia no es revisable en casación, según determina la STS de 18 de marzo de 1997:

Tiene reiteradamente señalado la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre otras muchas, las SSTS de 12 de noviembre de 1986, 6 de noviembre de 1989, 17 de junio de 1990, 14 de septiembre de 1991, 18 de noviembre de 1992 y 8 de junio de 1994) que el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas y por ello su denegación, en cuanto facultad discrecional del Tribunal de instancia, no resulta recurrible en casación, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que la denegación de una diligencia de careo no vulnera el Artículo 24.2 de la Constitución (STC 55/1984).

La razón de la excepcionalidad de la prueba de careo la basan algunos autores en el carácter violento que tal diligencia tiene⁽⁸⁹⁾. Tal vez por ello, en la legislación española se ha añadido un segundo párrafo al Artículo 455 de la LECrim. (Ley Orgánica 14/1999), con

(89)

Cfr. De la Oliva Santos, Andrés, *Derecho Procesal Penal* (con Aragonese otros), Ceura, Madrid, 1996, pág. 357.

la siguiente redacción: «No se practicarán careos con testigos que

sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial»;

norma, ésta, que bien puede servir de referente y pauta para denegar los careos que puedan dañar moralmente al testigo.

3.8.3.- Forma de realizarse el careo

El tenor literal del Artículo 261 del Código Procesal Penal determina que el careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente. Aunque ello debiera ser la regla general, no parece razonable en absoluto que se impidan los careos entre más de dos personas cuando el órgano judicial así lo crea conveniente.

Esta diligencia necesariamente ha de practicarse a presencia judicial; en su desarrollo, el Secretario leerá a los careados las declaraciones que se reputen contradictorias, llamando la atención sobre sus discrepancias. No estaría de más recordar entonces a los testigos su deber de veracidad. En el supuesto de que alguno de los careados sea imputado se le informará nuevamente de sus derechos, entre ellos el de negarse a participar en el careo.

Seguidamente el órgano judicial preguntará si ratifican las declaraciones ' prestadas o quieren modificarlas; en el supuesto de que alguno de ellos modificara su declaración en el hecho concreto en que existía discrepancia, concordando su manifestación con el otro interviniente en el careo, en principio parece que no tiene sentido continuar la diligencia, haciendo constar la modificación realizada. Si los careados ratificaran sus declaraciones anteriores, se les invitará a que se pongan de acuerdo entre sí, dando libertad a éstos para que hablen entre ellos e incluso discutan, sin que en ningún caso puedan dirigirse insultos o amenazas. Podrán intervenir el Fiscal, las partes y el propio órgano judicial.

La diligencia de careo se documentará en acta por el Secretario; en ella se hará constar todo lo que aconteciese, preguntas, respuestas, y reconveniones que mutuamente se hicieran los careados entre sí; se hará constar igualmente en el acta la actitud de los careados en el acto, refiriéndose principalmente a la contundencia, firmeza, severidad y actitud de los careados en el sostenimiento de sus afirmaciones.

3.9.- Informes periciales

En el Capítulo IV, y dentro del Título VII «De los medios de prueba», se regula en los artículos 239 a 250 del Código Procesal Penal la llamada «pericia». El Artículo 239 del CPP dispone que se oirá el dictamen de peritos siempre que se trate:

Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística; y

2) Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

3.9.1.-El perito

3.9.1.1.- Concepto

El perito es una persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el Juez por su específica preparación jurídica carece, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencia especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con anterioridad en el proceso por otros medios de averiguación y que sean de interés o necesidad para la investigación⁽⁹⁰⁾. Ciertamente es que los jueces no pueden tener conocimientos sobre todos los saberes; de ahí que en ocasiones necesiten valerse de especialistas que les ilustren sobre concretos y determinados temas.

Existen importantes diferencias entre las figuras y la intervención procesal de los peritos y los testigos, pues mientras éstos han debido adquirir su conocimiento de percepciones sensoriales obtenidas fuera del proceso y sobre cualquier acto o hecho, el perito precisamente obtiene el conocimiento de los hechos vertidos en el proceso y es llamado para proporcionar al juez las máximas de experiencia propias de su técnica, arte o ciencia que, aplicadas a los hechos que se investigan, permitan obtener una explicación de los mismos.

Los peritos pueden ser titulares cuando tienen un título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración, y no titulares cuando carezcan de título oficial, aunque desde luego posean conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte (Art. 240 CPP). El juez preferentemente se valdrá de los peritos titulados.

3.9.1.2.- Obligaciones y derechos del perito

La primera obligación del perito consiste en acudir al llamamiento de Juez, Tribunal o Ministerio Público, según quien le haya designado. En caso de incomparecencia injustificada o negativa a prestar su informe quedarán sujetos a responsabilidad de conformidad con lo previsto en el Artículo 244 del CPP; esto es, podrán ser conducidos por la fuerza pública, además de incurrir en delito de desobediencia (Art. 348-A del CP).

No podrán actuar como peritos —esto es, les está prohibido— quienes según el Artículo 228 del CPP, deban o puedan abstenerse de declarar como testigos; tampoco quienes sean relativa o absolutamente incapaces, quienes hayan presenciado el hecho sometido a investigación (éstos han de declarar como testigos) y los inhabilitados por sentencia firme (Art.241 CPP).

⁽⁹⁰⁾

Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Penal* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, pág. 422.

Una vez que acepte el cargo, el perito tendrá la obligación de desempeñar su cometido bien y fielmente (bajo pena por desobediencia: *cfr.* Art. 348-A CP), y no tendrá otro fin que el de descubrir y declarar la verdad (so pena de cometer falso testimonio: *cfr.* Art. 385 CP); antes de informar tendrán que prestar juramento en la forma prevista por el Artículo 129 (Art. 243.III CPP). A partir de su aceptación, el perito solo podrá excusarse de cumplir su cometido alegando justa causa, siempre que sea aceptada por el órgano que lo designó, previa audiencia de las partes (Art. 243.IV CPP)

Tendrán derecho los peritos que presten informe a cobrar honorarios, que serán pagados por quienes los propongan, salvo que tuvieren una retribución fija en concepto de funcionarios o empleados públicos y presten el servicio como peritos en horas laborables (Art. 249). Son de aplicación a los peritos las normas de protección de testigos (Art. 248).

3.9.1.3. - Número de peritos que ha de practicar la pericia

De acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Penal (Art. 242), el número de peritos vendrá determinado según «la complejidad de las cuestiones por plantear», ponderándose por el órgano judicial las sugerencias del Ministerio Público y las partes, entre las cuales habrá de valorar la proporcionalidad entre el coste de los peritos y la relevancia del hecho que a través de esta prueba se pretende acreditar. Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no fuere compleja.

3.9.2.- Dictamen pericial

3.9.2.1.- Nombramiento de peritos

La práctica de la pericial ha de ser acordada por el Tribunal de Sentencia; y, durante la etapa preparatoria por el Juez de Letras o por el Ministerio Público, siendo éstos mismos quienes seleccionarán a los peritos (Art. 242 CPP). Si bien, ha de advertirse que las pericias ordenadas por el Fiscal durante la investigación preliminar sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguidos las reglas del Artículo 277 del Código Procesal Penal sobre anticipo de la prueba, bajo control jurisdiccional (Art. 246 CPP). Junto al nombramiento, se fijará con precisión por el órgano correspondiente el objeto o tema de la pericia y el plazo para la presentación del dictamen.

A los peritos designados se les comunicará su nombramiento por medio de citación (arts. 154-155 CPP) para que comparezcan ante el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal (según quien sea el que les ha designado) a fin de ser juramentados, en la forma prevista por el Artículo 129 (Art. 243). En la citación a los peritos se hará constar expresamente la prevención de que «Sí no comparecen sin justa causa, serán procesados por el delito de desobediencia» (arts. 155, último párrafo, y 244.111 del CPP).

3.9.2.2.-Abstención y recusación de peritos

Abstención y recusación son dos caras de una misma moneda. Se trata, en definitiva, de apartar del caso al perito que, objetiva o subjetivamente, sea sospechoso de parcialidad. Ambas son instrumentales del derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la imparcialidad de quienes actúen como peritos. Mientras que la abstención supone el apartamiento voluntario, por propia iniciativa del perito, la recusación consiste en la petición de parte de que el perito sea apartado del proceso.

La razón del sistema es muy clara ya que el perito es un auxiliar del Juez; le facilita los conocimientos científicos o prácticos que aquél puede no poseer. Se parte pues de la imparcialidad y de la objetividad de quienes asesoran a los Tribunales, aunque sus opiniones no vinculen. Es por ello por lo que, cuando en el perito concurre una relación personal con las partes, el Juez o los miembros del Tribunal, su imparcialidad queda en entredicho y cualquiera de las partes puede formular su recusación para mejor preservar la objetividad de los conocimientos que se suministran al órgano jurisdiccional. La imparcialidad y la objetividad son denominadores comunes, con las correspondientes matizaciones, de jueces y peritos (STS de 18 de enero de 1994).

Los motivos de abstención y recusación son, obviamente, los mismos. A los peritos les son aplicables las mismas causas de abstención/recusación que para los Jueces y Magistrados se prevén en los numerales 1), 2), 5), 6), 7), 9), 10), 11) 12) y 13) del Artículo 83 del CPP; bien entendido que, las relaciones personales a que dichos apartados se refieren, para que den lugar a la recusación del perito, habrán de mediar entre éste y el Juez, cualquiera de los miembros del Tribunal, o las partes.

El momento procesal para la abstención no viene fijado en el Código Procesal Penal. Tan sólo se dice en el Artículo 243 que el perito que ha de abstenerse, «lo pondrá en conocimiento de quien lo designó», pero no dice nada más. A falta de normativa expresa al respecto, la lógica de las cosas apunta a que deben ser los procedimientos para la abstención de los peritos, según concurra la causa antes o después de haber aceptado el cargo.

- a) *Si causa de abstención existe al tiempo de ser designado.* Basta entonces con no aceptar el cargo alegando la causa de abstención. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 243 del CPP, una vez designado judicialmente el perito, éste ha de aceptar el cargo. Si el perito designado adujere justa causa que le impidiere la aceptación, y el órgano que lo designó la considera suficiente, será sustituido por otro. La abstención podrá manifestarla el perito, tanto verbalmente (documentándose en la correspondiente acta) como por escrito, hasta el mismo momento de extenderse la diligencia de aceptación del cargo.

- b) *Si la causa de abstención es conocida o se produce después de aceptado el cargo.* En este supuesto el perito precisa ser removido de su cargo. Para ello, propondrá su abstención, verbalmente (mediante una comparecencia *ad hoc*) o por escrito, justificándola debidamente ante el órgano que le designó, resolviendo éste lo procedente. No estaría de más dar traslado a las partes del escrito o del contenido de la comparecencia para ser oídas (en un breve plazo) antes de resolver.

En caso de recusación de peritos, el momento preclusivo lo fija la ley en el de la citación del perito para su juramentación. Habrá de entenderse que es hasta el mismo momento en que comparezca el perito para aceptar su cargo (ante el Juez, Tribunal o Fiscal), cuando las partes podrán interponer la recusación. El procedimiento es bien sencillo: el órgano jurisdiccional oye a las demás partes —y también debería oír al perito implicado— y resuelve por auto motivado lo que tenga por conveniente.

3.9.2.3.- Reconocimiento pericial

Una vez que el perito preste juramento, procederá a cumplir el encargo. Para ello, comunicará al órgano que lo designó la fecha en que procederá a realizar las actividades propias de la pericia. A efectos de dar contradicción al acto, la autoridad que lo nombró pondrá esta fecha en conocimiento de las partes, para que puedan presenciar su práctica. Para que las partes no sean simples «convidados de piedra» en este acto, hemos de convenir que quienes asistieren a las operaciones o reconocimientos periciales podrán dirigir a los peritos las observaciones que estimen convenientes, recogiéndose en el dictamen que ulteriormente se presente.

En el caso de que tal presencia carezca de utilidad o el perito justifique que podría perjudicar el buen éxito de la pericia, no se efectuará tal comunicación y no podrán las partes concurrir al acto pericial (Art. 242.IV CPP).

El Juez deberá facilitar a los peritos el objeto de examen. Y, para ello, a instancia del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas. También puede requerir al imputado o a otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se le dicte, estampen su firma, graben su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia. En casos urgentes, este requerimiento al imputado o a otras personas lo podrá impartir el respectivo Fiscal, si el asunto aún se encuentra en la etapa de investigación (Art. 247 CPP).

3.9.2.4.- Contenido del informe

El Artículo 245 del CPP indica la forma en que ha de rendirse el informe:

- a) Por escrito en la etapa preparatoria; sin perjuicio de que el

perito

pueda ser requerido para aclararlo o completarlo personalmente o también por escrito.

b) Verbalmente en el juicio oral; sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

El Artículo 326 CPP, añade que, mientras rindan sus informes podrán consultar documentos de cualquier clase.

Nada se dice, sin embargo, de cuál haya de ser el contenido del informe. Como pauta orientativa, el Artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española dispone que el informe pericial comprenderá, si fuere posible:

1. La descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle.

El cuerpo del delito ha podido resultar destruido o haber desaparecido. Ello no impide, como señala la jurisprudencia, que el informe pericial pueda recaer sobre otros elementos, restos o, incluso, sobre fotografías. Así lo reconoce la STC 33/1992:

El recurrente, según hemos visto, estima que el informe pericial practicado no constituye un verdadero medio de prueba por haberse realizado sin las necesarias garantías, ya que no se efectuó sobre el vehículo que recibió los impactos, devuelto a los herederos de la víctima que procedieron a su reparación, sino sobre las fotografías que se obtuvieron del mismo y al ser ésta la única prueba de cargo, no ha quedado destruida la presunción de inocencia... Naturalmente que el informe será más completo y ofrecerá mayores garantías de fiabilidad si se realiza sobre el cuerpo del delito, pero ello no excluye que los conocimientos del perito puedan realizarse, a falta de aquél, sobre los elementos que se le faciliten y que fueron, en este caso, no sólo las catorce fotografías del vehículo que recibió los impactos, sino también la ropa—camisa y jersey— que vestía la víctima al tiempo de recibirlos y la xerocopia del informe de autopsia en el que se recogían las lesiones por disparo de arma de fuego observados en el cuerpo de la víctima y las causas probables de su muerte. No es, pues, cierto que el informe pericial se realizara exclusivamente sobre las fotografías del vehículo, sino que se emitió a la vista también de los demás elementos citados que en él se reseñan y analizan y que permitieron su emisión en la forma y con el detalle que consta en los autos.

Diferente será el supuesto en que los datos de la valoración sean tan escasos que impidan la realización de una pericia con las debidas garantías. SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 1995:

Y decimos que es confuso, por cuanto que la razón de conocimiento que da el perito para su tasación, es, no la observación directa de los efectos, sino la mera declaración del perjudicado, el cual en su declaración en sede policial (folio 2.º) ratificada después ante el Juez (folio 11), se limite a enumerar los efectos sustraídos, sin indicar respecto del objeto principal, el radiocasete, el modelo, características, su año de

adquisición, lo que no aclara en el acto de juicio oral en el que se contradice respecto de la marca del mismo, Brighton, en

fase de instrucción y Black Punt en el acto del juicio oral, para concluir que se lo habían regalado por lo que no aporta

factura, de modo que estos meros datos sin otros elementos, aunque las defensas nada alegaran en sus escritos correspondientes, permiten pese a ello entender que tal pericia no es vinculante y que conforme a las reglas de interpretación favorable al reo, debe considerarse que los efectos sustraídos no superaban la cuantía de 30.000 pesetas, y en consecuencia confirmarse la resolución recurrida.

2. Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado.
3. Las Conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia y arte.

Una vez rendido el informe, los peritos responderán a las preguntas y aclaraciones que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del Tribunal (Art. 326 CPP); entonces serán parte del informe las contestaciones que los peritos ofrecieren.

4.- MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

FUNDAMENTALES

4.1.- El allanamiento de morada

4.1.1.- El concepto constitucional de domicilio

El Artículo 99 de la CPH consagra la inviolabilidad del domicilio pero no ofrece una definición del mismo. Para el Tribunal Constitucional español «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (STC 22/1984); o, en otras palabras, «el domicilio, lugar de residencia habitual, acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea» (STC 50/1995). Más ampliamente se ha dicho que «el domicilio, como lugar cerrado constitucionalmente protegido, puede ser cualquier habitáculo; incluso una construcción provisionálsima y precaria, con independencia de su estructura y de los materiales de que se componga, deben considerarse domicilio a los efectos de la entrada en los mismos con tal de que sea susceptible de albergar la vida privada de una o varias personas, con independencia del título jurídico que ostente su titular o titulares sobre el mismo» (STC 137/1985).

4.1.1.1.- Es instrumental del derecho a la vida

privada

Como se ve, este derecho individual encuentra su fundamento en la necesidad de proteger la *vida privada*; de manera que, aun considerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio como una garantía autónoma y distinta del derecho a la intimidad y de los restantes derechos consagrados en el Artículo 76 CPH, su razón de ser se halla en la protección de una parcela de la vida privada (cfr. STC 13/1983). Es, por tanto, un derecho *instrumental* de la «privacidad». A través de este derecho —dice la STC 22/1984— «no es sólo objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada». Por ello —añade la STC 50/1995— «su protección tiene un carácter instrumental para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad».

4.1.1.2.- Es un concepto funcional

El derecho fundamental a la intimidad personal (Art. 76 CPH) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyan la observación de los demás y de

las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así pues, la protección del domicilio, en cuanto no es sino un aspecto de la protección de la intimidad, no está vinculada a la habitación en sí

misma o, si se prefiere, al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta permanencia, sino al libre desarrollo de la

personalidad. Basta, pues, con esta adscripción al ámbito propio de la privacidad o intimidad para que el inmueble que reúna estas características precise para su acceso al mismo de la resolución judicial habilitante o, en su caso, del consentimiento del titular o la percepción sensorial de una situación de flagrancia (SSTS de 14 de junio de 1995 y 4 de marzo de 1997).

En conclusión, el concepto de domicilio del Artículo 99 CPH, a los efectos que aquí interesan (la entrada y registro del mismo), es pues un concepto funcional, centrado en la idea de *lugar en el que se ejerce el derecho a la vida privada personal y familiar de forma más intensa o al derecho al libre desarrollo de la personalidad*.

- a) Una de las características del concepto constitucional de domicilio es la necesidad de «la actualidad de su disfrute, lo que no se debe confundir con la exigencia de una presencia, *in loco*, del sujeto titular del derecho. De esta suerte quedarían bajo su amparo (el del Art. 99 CE) los domicilios de residencia transitoria (por ejemplo, de fin de semana o de verano) pero no así los que efectivamente no se habiten, aun estando absolutamente destinados para ello, como, por ejemplo, los domicilios definitivamente abandonados, o aún no ocupados. En este sentido la jurisprudencia ha considerado domicilios a las segundas viviendas y viviendas de temporada aun cuando en el momento del registro no se hallen efectivamente habitadas por ninguna persona (STS de 15 de febrero de 1997).
- b) Naturalmente, si un determinado habitáculo cuya finalidad sea la de constituir una suerte de vivienda, no puede cumplir esta función, no gozará del amparo constitucional. Tal el caso, por ejemplo, de un chalet, que se halla en estado ruinoso. Al no poder albergar la vida privada no merece la condición de domicilio ni, por tanto, su protección constitucional como tal (STS de 19 de enero de 1995). También por su incapacidad para albergar la vida privada se ha negado el carácter de domicilio a un edificio abandonado o semiderruido. La STS de 27 de septiembre de 1995 se refiere a ello:

El inmueble en el que operó la fuerza policial, cual ha valorado razonablemente la sentencia, sede eventual del acusado y otros, abandonado hasta entonces y en estado ruinoso, por el que transitaban libremente «camellos», drogadictos y cualesquiera personas, se ofrecía carente de toda nota de privacidad y normal aislamiento. La entrada en el lugar en el que no es posible, por su estado, albergar la intimidad de una persona, no requiere las formalidades previstas en el Artículo 569 (STS de 19 de enero de 1995). Según la STS de 14

de septiembre de 1994, el derecho a que alude el Artículo 18 CE [la *inviolabilidad del domicilio*], y que aparece desarrollado en los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, viene referido al domicilio propio de un particular; mal puede identificarse como tal domicilio una casa que se describe

como «abandonada» «semiderruida», siendo un lugar donde los toxicómanos acostumbran a consumir droga.

En la misma línea se pronuncia la STS de 15 de febrero de 1997:

En el caso enjuiciado, las características del piso en donde se efectuó el registro que la recurrente tacha de nulo demuestran que el concepto de domicilio protegido constitucionalmente es de muy difícil aplicación, ya que se trataba de un lugar deshabitado desde hacía muchísimo tiempo, sin el mobiliario imprescindible para poder servir de morada, cuya titularidad pertenecía a una persona fallecida, y que se destinaba a guardar múltiples enseres de variadas características, procedentes de acciones ilícitas. Es decir, se está ante el hecho cierto de que la conjunción necesaria entre intimidad y domicilio no existía, por tratarse más bien de un simple «almacén» que carece de la protección que otorga el Artículo 18 apartados 1 y 2 de la Constitución [*derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio*].

- c) Por otro lado el lugar o edificio que constituya un domicilio es físicamente indivisible en lo que se refiere a sus distintas partes espaciales, salas o habitaciones, pues todas y cada una de las dependencias de una casa forman parte del domicilio con tal de que estén unidas entre sí en comunicación interior y destinadas al servicio constante y exclusivo de los que la habitan (SSTS de 14 de junio de 1958, y de 28 de octubre de 1980).

En este sentido el Tribunal Supremo español ha considerado que carecen de la condición de domicilio ciertos elementos o habitáculos integrados en una vivienda, pero que no se hallan en comunicación interior con la misma y en consecuencia no alberguen la intimidad de sus usuarios. Tal sucede, por ejemplo, con los garajes (STS de 10 de octubre de 1996), los trasteros (STS de 21 de diciembre de 1992), los zaguanes y portales de las viviendas (SSTS de 21 de diciembre de 1992 y 26 de febrero de 1993), los elementos comunes de un edificio de pisos o viviendas como pueden ser los ascensores de un bloque de pisos (SSTS de 26 de febrero de 1993). En general, señala la STS de 30 de abril de 1996 que «lo que nunca puede admitirse es considerar como domicilio los zaguanes o portales de los edificios, el taller de trabajo, la tienda, el almacén, el garaje, el bar o restaurante, los locales inhabitados, los locales abiertos al público, etc. (sentencias de 6 de octubre, 14 de abril y 21 de febrero de 1994, 9 de diciembre, 10 de mayo y 26 de febrero de 1993), inclusive el ascensor en el caso de ahora discutido». Por la misma razón cuando una persona o familia tiene en un mismo local un establecimiento público y su casa habitación, las dependencias en que tal persona o familia residan constituye su domicilio, mientras que las demás dependencias carecerán de tal consideración (STS de 2 de marzo de 1994).

4.1.1.3.- Exclusión de los lugares abiertos al público

Del concepto de domicilio se excluyen expresamente, por mor del Artículo 177.11 del CPP, los «establecimientos públicos, negocios,

comercios, centros de reunión o recreo y, en general, cualquier lugar urbano o rural, que no sirva de casa de habitación, residencia o domicilio de una persona», para cuya entrada y registro no se precisa consentimiento del titular ni autorización judicial. En esta línea, no tiene aplicación el delito de allanamiento de morada «a los cafés, cantinas y demás establecimientos de servicio al público mientras estuvieren abiertos» (Art. 205 CP).

El Tribunal Supremo español ha sido contundente y claro a la hora de no extender la cobertura constitucional de la inviolabilidad del domicilio a locales abiertos al público, tales como bares, restaurantes, tiendas, etcétera. La STS de 14 de abril de 1994 lo expone del siguiente tenor:

[1/4] Este Tribunal no viene declarando que los locales abiertos al público, como pueden ser los de esparcimiento o comerciales (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.), están tutelados por la inviolabilidad que a los domicilios otorga el Artículo 18.2 CE, sino todo lo contrario, los considera excluidos de tal tutela (SS de 10 de mayo, 5 de junio, 9 y 19 de julio, 16 de septiembre, 22 de octubre y 9 de diciembre de 1993, por citar sólo algunas de las más recientes) en cuanto, de un lado, el Artículo 547.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal así lo regula [*véanse en el mismo sentido los arts. 177.11 y 209 del CPP hondureño*] y, de otro, se trata de locales por naturaleza abiertos al acceso de cualquiera y en cuyo acceso libre por las gentes se basa el destino, lucro y utilidad de los mismos («abiertos al público»), por lo que no se pueden incorporar a ellos las rigurosas limitaciones que el ordenamiento jurídico establece para los lugares donde se vive y se ejercita la intimidad personal que el Artículo 18 tutela, teniendo sólo estos últimos, en consecuencia, la especial protección constitucional y penal que deriva de su inviolabilidad. Ciertamente algunos locales de negocios o despachos profesionales, en los que la actividad del titular se desarrolla sin admitir libremente el acceso a terceros, pueden formar parte de su ámbito de privacidad e intimidad, extendiéndose a ellos el concepto de domicilio (así, STS de 11 de octubre de 1993). Pero no cabe confundir, como ha hecho la Sala de instancia, el ámbito comercial privado con aquél que se abra al público para obtener un lucro de los asistentes al mismo. Por lo que el acceso policial al local de autos fue lícito y el registro en él practicado fue válido y con los efectos de toda diligencia policial que se realiza en base de investigación preprocesal o atestado.

Por la misma razón se ha negado la condición de domicilio a un despacho u oficina a la que tenía acceso el público aunque en ella realizase su actividad profesional el sujeto afectado. STS de 6 de julio de 1995:

Respecto de los lugares que no constituyen domicilio, el consentimiento del titular no es requisito necesario para que la

Policía pueda acceder a los mismos a los fines que ha de atender en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente a que se refiere el Artículo 120 CE, y más concretamente en su misión de «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera

peligro» conforme dice el Artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al precisar las obligaciones de la Policía Judicial y después repite en lo sustancial el Artículo 11 .g) LO 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La Policía, en estos casos, cuando se trata de lugares que no constituyen domicilio, no necesita ni autorización judicial ni consentimiento para registrarlos en sus funciones propias de la averiguación de los delitos públicos, aunque, cuando se trate de locales como los de autos, para mayor seguridad en la eficacia de sus actuaciones, a fin de impedir que el Juzgado o Tribunal que haya de entender del caso pudiera reputarlo nulo, dada la imprecisión que en algún caso concreto pudiera existir, hemos de recomendar que se acuda al Juzgado competente para obtener la autorización que pudiera resultar necesaria.

En efecto, como dice el recurrente, hay una sentencia de esta Sala, la 2206/93, de 11 de octubre, que reconoce a los lugares en que se ejerce el trabajo, la profesión o la industria el carácter de domicilio a los efectos aquí examinados de su debida protección constitucional, aunque no estén situados en el lugar donde el ciudadano tiene su residencia particular, porque, a veces, tales espacios tienen una importancia decisiva para el libre desarrollo de la personalidad, es decir, porque en ocasiones la vida íntima de alguien puede desarrollarse también en estos lugares de trabajo no abierto al público.

Tal doctrina fue continuada y precisada por la expuesta en la sentencia 797/94, de 14 de abril, que se fija en la nota de la apertura o no al público como criterio para precisar hasta dónde puede extenderse el concepto de domicilio en relación con los locales en que una persona ejerce su actividad profesional o comercial.

La imprecisión que en algún caso puede existir respecto a si después el órgano judicial habrá de reputar o no domicilio el lugar registrado, aconseja, como medida de prudencia, el que la policía acuda al Juzgado para obtener la correspondiente autorización judicial cuando de oficinas, despachos o establecimientos mercantiles se trate.

Ahora bien, en el caso presente, estimamos que no cabe duda alguna respecto de que la oficina o despacho en que, a raíz de la detención de acusado, se practicó el registro de autos por los funcionarios de policía, no era domicilio de nadie, sino unos locales abiertos al público, como ya antes se ha indicado, pues tratándose de una empresa montada por dicho acusado para gestionar los pagos de otras empresas a Hacienda y a la Seguridad Social, con la consiguiente asesoría jurídica sobre tales extremos y otros semejantes, como si de una gestoría administrativa o

algo similar se tratara, entendemos que lo que en tales locales se realizaba, fueran o no actividades lícitas, nada tenía que ver con el

ejercicio de la vida privada de nadie ni con la protección de su intimidad. Podrían acudir allí cualesquiera personas que

necesitaran los servicios que allí se prestaban y en tal sentido estimamos que se encontraban abiertos al público, lo que radicalmente excluye a la condición de domicilio.

En conclusión, como no era necesario el consentimiento del titular de la oficina para que ésta pudiera ser registrada, cualquier vicio que respecto de tal consentimiento pudiera existir ha de considerarse irrelevante a los efectos aquí pretendidos por el recurrente. Por tanto, la prueba documental obtenida en el registro de autos fue plenamente válida, en cuanto obtenida por la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones como tal y luego aportada al Juzgado.

4.1.2.- Lugares asimilados al domicilio

El Tribunal Supremo español ha asimilado a la morada—domicilio en sentido estricto— en primer lugar, cualquier espacio que sirva de morada aun temporal o accidentalmente, y cualquiera que sea su conformación física y, en segundo término, todo habitáculo en que su titular ejercite cualquier actividad eminentemente personal o ejerza un derecho de la personalidad. En el primer sentido indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado al domicilio habitual las posibles moradas temporales e incluso accidentales mientras estén ocupadas por sus moradores.

4.1.2.1- Las habitaciones de hoteles, posadas y fondas

La jurisprudencia estima que los hoteles, pensiones, posadas, fondas o similares, donde residan personas aunque sea accidental o temporalmente, tienen la misma protección que el domicilio o morada. Así parece entenderlo el Artículo 212 del CPP que se refiere, con términos amplios, a la «morada, casa o lugar en que viva una persona». Claro ejemplo de esta asimilación es la STS de 4 de abril de 1995:

Lo esencial es que ese espacio en el que se ejercen «las vivencias más íntimas sin sometimiento alguno a los usos y convencionalismos sociales, venga enmarcado físicamente en el habitáculo y espiritualmente en lo que el "yo individual"» representa y supone (STC de 17 de febrero de 1984 y STS de 6 de octubre de 1994). Por eso no son domicilio legal, sometido a la protección constitucional, los bares, los restaurantes, almacenes o los garajes, siempre y cuando en ellos no conste espacialmente algún atisbo de privacidad. Por eso las habitaciones de un hotel o de una pensión sí lo son, naturalmente que bajo la característica de la transitoriedad, en tanto esa habitación se encuentre ocupada, contratada, utilizada, concertada, apalabrada o poseída por alguien.

Claro es que «cesa la protección constitucional del domicilio cuando la habitación ha sido desocupada o abandonada por el

moradores (STS de 4 de abril de 1995). Más ampliamente, nos dice la STS de 7 de julio de 1995:

[...] Esta Sala ha estimado que «las habitaciones de los

hoteles, pensiones y establecimientos similares, legítimamente ocupados, constituyen, a efectos constitucionales, domicilio de quienes en ellas residan, aunque sea temporal o accidentalmente, con la obligada consecuencia de que para llevar a cabo en las mismas las diligencias de entrada y registro, a falta de consentimiento de sus titulares es precisa la previa autorización judicial» (STS, Sala 2.ª, de 3 de julio de 1992).

Ahora bien, de dicha doctrina no se deduce, en absoluto, que en el caso actual la ocupación de la droga se haya producido con violación de un derecho fundamental del recurrente, pues su hallazgo ocasional no fue fruto de una diligencia policial practicada sin la debida autorización judicial, sino de la limpieza de la habitación realizada por una empleada del hotel, después de que el acusado hubiese sido expulsado del establecimiento hotelero por formar parte de un grupo que había provocado un fuerte escándalo. La extensión de la tutela constitucional a los domicilios ocasionales es plenamente compatible con la legitimidad de intervenciones como las derivadas de la limpieza de las habitaciones, tácitamente consentidas porque forman parte del régimen de ocupación habitual de los alojamientos hoteleros.

En el caso actual es indiferente que la labor de limpieza que provocó el hallazgo de la droga fuese la rutinaria o la más a fondo realizada con ocasión de preparar la habitación para la entrada de un nuevo cliente, pues esta última intervención también es legítima cuando previamente se ha procedido a la cancelación del contrato de hospedaje por un motivo razonable. En consecuencia, la ocupación legítima del alojamiento había finalizado y no retornado el recurrente a recoger sus enseres por encontrarse detenido en V. por otra causa, era necesario dejar libre la habitación para sus nuevos ocupantes, operación de limpieza y vaciado de armarios, mesillas y caja de seguridad que se realiza obligatoriamente antes de la entrada de los nuevos clientes para entregar la habitación sin objeto alguno procedente de los anteriores. Dicha actuación no puede ser calificada, en absoluto, de violación de los derechos fundamentales del acusado, por lo que el motivo debe ser desestimado.

4.1.2.2.- Las «roulottes» o autocaravanas y las tiendas de campaña

El Código Procesal Penal asimila a la protección del domicilio los «remolques que constituyan morada de una o más personas, aunque sólo sea ocasional» (Art. 208.11). Precisamente por ello, excluye la posibilidad de que aquéllos sean inspeccionados por agentes de la Policía Nacional sin cumplir los requisitos del Artículo 212 del Código.

Respecto de las autocaravanas y «roulottes», como pone de relieve LUZON CUESTA⁽⁹¹⁾, la jurisprudencia española atribuye la condición de domicilio solamente a la parte de ellas destinadas a

habitación o vivienda. Botón de muestra es la STS de 18 de octubre de 1996:

La supuesta infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio la fundamenta el recurrente en el dato de que, siendo el vehículo en el que se transportaba la droga una autocaravana, en la que se ejerce el derecho constitucional a la intimidad o privacidad domiciliaria, dicha inviolabilidad debe extenderse al vehículo como un todo protegido constitucionalmente, incluida su parte exterior, si bien dicha alegación no puede ser compartida, ya que consta acreditado que, encontrándose una furgoneta autocaravana de matrícula alemana en la zona aduanera de Ceuta, los perros adiestrados para localizar olfativamente los alijos de droga señalaron el vehículo, descubriéndose un cajón adosado en la parte exterior, concretamente en los bajos del vehículo, en su parte trasera, siendo en dicho cajón donde se ocupó la droga –más de 45 kg–, siendo así que, por muy extensamente que se conciba el derecho a la inviolabilidad del domicilio, éste no puede extenderse a un cajón adosado exteriormente en los bajos de un vehículo.

En la misma línea la STS de 23 de enero de 1997 declara que:

El registro de un vehículo automóvil no puede exigir el conjunto

de garantías con que el ordenamiento jurídico protege el domicilio de las personas, objeto este de especial protección constitucional. [...] Un automóvil es un simple objeto de investigación que no tiene porqué supeditarse a las garantías protectoras a tener en cuenta cuando se trata de defender la intimidad familiar, si bien conviene precisar que las garantías que el Artículo 18 CE otorga al domicilio son aplicables a los domicilios móviles, bien remolcados –«roulottes»–, bien autotransportados –autocaravanas– en lo que se refiere a la zona de habitación, por lo que la entrada y registro de los mismos requiere bien el consentimiento de su titular, bien autorización judicial, o bien constancia de la comisión de un delito flagrante (TS 2.ª SS 24 de enero y 27 de abril de 1995 y 18 de octubre de 1996).

Además, la protección se les otorga por el Tribunal Supremo con independencia de que se hallen aparcadas o acampadas o que se hallen en tránsito o movimiento. STS de 20 de septiembre de 1994:

El Tribunal Constitucional (S. de 17 de febrero de 1984) ya declaró que a los efectos propios del derecho a la inviolabilidad del domicilio es indiferente que se trate de un domicilio civil o de una mera residencia, de la misma manera que ha de distinguirse la permanencia en un lugar, como propia del domicilio en sentido legal, en donde una persona ejerce sus derechos o cumple sus obligaciones, de un lado, y el concepto constitucional del lugar en el que aquélla ejerce de modo permanente o transitorio su privacidad, morando en él y realizando en su interior los actos propios de la diaria existencia, de otro. Por ello la caravana, adosada a un vehículo de motor o formando parte íntegra

⁽⁹¹⁾ Luzón Cuesta, «Entrada y registro en domicilios y lugares cerrados», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI, Madrid, 1997, pág. 8.

de él, que tiene en su parte habitable todo lo necesario, más o menos, para hacer eficaz la morada de los pasajeros, es apta para constituir el domicilio de una persona como soporte básico del derecho a la intimidad personal y familiar, sin que la circunstancia de tratarse de un vehículo itinerante en movimiento excluya tal carácter. Ha de rechazarse pues, la teoría que sólo atribuye la función domiciliaria a la caravana que se encuentra aparcada o acampada, no a la que está en movimiento, porque

esa sutil distinción, por problemática, además de injusta y contraria al espíritu constitucional, crearía enormes dificultades de caso concreto (SS 21 de abril de 1994 y 13 de octubre de 1993).

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha negado la condición de domicilio a los pequeños habitáculos con que puedan contar los camiones de largo recorrido para descanso de sus conductores (STS de 20 de septiembre de 1994) y ha excluido de la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio los vehículos a motor (STS de 10 de febrero de 1994); exclusión que recoge de modo expreso el Artículo 208 del CPP al autorizar a la Policía Nacional para que inspeccione «vehículos terrestres, marítimos o aéreos», sin más presupuestos que el de que «existan motivos para presumir que [en aquéllos] se encuentran elementos útiles para la investigación de un hecho criminal».

Por otra parte la jurisprudencia sí ha atribuido de forma expresa la condición de domicilios a las tiendas de campaña, las chabolas y lugares semejantes. STS de 20 de noviembre de 1995:

[1/4] De acuerdo con el Art. 8.1 del Convenio Europeo de Roma de 1950, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, las personas o la familia, incluso en concepto de residencia temporal, desde la «roulot», la tienda de campaña o la chabola, hasta el mayor de los palacios.

Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la autoridad.

4.1.3.- Los presupuestos para el allanamiento de domicilios y lugares asimilados

El Artículo 99 CPH, tras afirmar que el domicilio es inviolable, dispone que *«ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante, puede ser allanado, en caso de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad»*. Por tanto los títulos que legitiman la entrada lícita en un domicilio a efectos de la investigación criminal son variados: el consentimiento del titular, una situación de flagrante delito, casos de urgencia y la resolución judicial. No obstante aún pueden resultar lícitas otras entradas en un domicilio cuanto la misma tiene finalidades distintas de las de la investigación penal. Se trata de las entradas o allanamientos motivados por razones asistenciales.

4.1.3.1.- El consentimiento del titular

El consentimiento del titular no constituye propiamente una limitación legal del derecho a la inviolabilidad del domicilio sino más bien una posibilidad de renuncia puntual al mismo ante una concreta

petición de acceso. Sorprendentemente, no aparece esta habilitación legal para proceder al allanamiento en el Artículo 212 del CPP que, con carácter general establece que «el allanamiento de una morada, casa o lugar en que viva una persona, *sólo* podrá efectuarse previa orden escrita del órgano jurisdiccional competente». Podría tratarse de un olvido del legislador o de una acotación deliberada de las hipótesis constitucionales para así tutelar más aún la inviolabilidad del domicilio. Ahora bien, la cláusula final del párrafo II de este precepto, remitiéndose «en lo demás» a lo dispuesto por el Artículo 99 de la Constitución de la República apunta claramente a que el consentimiento del titular, como no podía ser de otro modo, es título habilitante bastante para proceder, sin necesidad de autorización judicial, a la entrada y registro de un domicilio.

Los problemas que suscita el consentimiento del titular como acto legitimador de la entrada son los relativos al momento en que debe prestarse, a su forma expresa o tácita, así como a las condiciones en que debe producirse.

A) Momento en que debe producirse el consentimiento

Parece no haber duda acerca de que el consentimiento ha de ser previo o coetáneo a la entrada, pues así se debe deducir del Artículo 99 CP, toda vez que el ingreso o registro de un domicilio no puede realizarse «sin» el consentimiento de la persona que lo habita.

B) Forma expresa o tácita del consentimiento

En cuanto a la forma se discute si el consentimiento ha de ser expreso o son bastantes las formas tácitas de otorgamiento. En primer lugar es de observar que el Artículo 99 CPH no contiene referencia alguna a la necesidad de que sea expreso. Parece razonable dar validez y eficacia a las formas tácitas y, entender así que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el Artículo 99 de la Constitución de la República.

C) La prueba de la existencia de consentimiento

Aceptada la validez de las formas tácitas de otorgamiento pueden plantearse otros problemas con relación a la prueba del mismo en condiciones de validez, pues como dice Luzón Cuesta⁽⁹²⁾ \ los problemas

(92)

Luzón Cuesta, *Entrada y registro en domicilios...*, cit., pág. 18.

surgen a la hora de acreditar la existencia de consentimiento y exención de vicios en su prestación. La doctrina es a este respecto sumamente escrupulosa, advirtiendo que en este campo no cabe «la

utilización de la presunción de consentimiento a partir de actos más o menos equívocos del titular del domicilio, pues aquí, por definición, no existe consentimiento, sino simple prueba de presunciones de hombre»⁽⁹³⁾.

Del mismo parecer es la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español. STS de 7 de marzo de 1997 (FJ 3):

Es patente y manifiesto que el consentimiento de quien es titular del domicilio, si es prestado libre y espontáneamente, enerva cualquier irregularidad procesal que se quiera argüir de contrario.

[...]

El consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental.

Es cierto que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera restrictiva, de la forma más favorable para el titular domiciliario. También es cierto, sin embargo, que para llegar a conclusiones concretas han de analizarse, racionalmente, el comportamiento del propio interesado, «antes, durante y después», así como las manifestaciones de cuantos pudieran estar presentes cuando el registro se llevó a cabo. En este sentido resulta sorprendente, por incomprensible, que quien hipotéticamente sufre un agravio tan importante como es el penetrar por la fuerza en el domicilio del que forma parte, no diga nada en absoluto en el momento posterior en el que preste declaraciones sucesivas a presencia del Letrado correspondiente.

El que calló cuando debía hablar y no lo advirtió, parece que consiente. «*Qui siluit cum loqui debuit, et notuit, consentiré videtur*».

En el presente supuesto no existió verdadero registro domiciliario. La Policía entró en el domicilio porque su titular lo consintió sin coacción alguna. Otra cosa es que los agentes anímicamente puedan impresionarla, cuestión que no puede saberse con exactitud ahora. Si no hay datos en contra, es incorrecto tildar de ilegal la actuación de la Policía cuando la titular del domicilio accedió a entregar a ésta prendas de vestir del acusado presuntamente utilizadas cuando el violento atraco al taxista (ver las sentencias de 24 de enero de 1995 y 20 de septiembre de 1994).

Sin embargo el Tribunal Supremo ha entendido inequívoca la existencia de consentimiento tácito en los supuestos de

⁽⁹³⁾

Sempere Rodríguez, *Comentarios a las Leyes Políticas* (dirigidos por Osear Alzaga), Tomo II, Madrid, 1984., pág. 435.

autocaravanas y vehículos similares cuando sus titulares pasan controles fronterizos, o se encuentran en recintos aduaneros, por entender que implica el sometimiento a dichos controles de forma voluntaria.

D) Las condiciones de validez de prestación del consentimiento

La jurisprudencia parte de la validez del consentimiento prestado por persona capaz, salvo que se deba a error, violencia o intimidación. Así las cosas, en principio el consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz sólo puede entenderse nulo si concurre alguna de las causas que no invalidan conforme a derecho (error esencial, violencia o intimidación). Por ello, no basta la exige la simple alegación de error al socaire de la existencia del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, es preciso que la alegación de causa invalidante del consentimiento resulte acreditada (STS de 18 de febrero de 1994). La STS de 3 de octubre de 1996 lo expresa del siguiente tenor:

Los artículos 18.2 CE y 545 LECrim. claramente establecen la posibilidad de practicar registros en los domicilios particulares si lo consiente su titular. Esto es lo que ha sucedido en el caso; nada consta acreditado en la causa que permita sostener que el acusado prestó su conformidad para la práctica de tal diligencia coaccionado en alguna forma. Por lo demás, la parte recurrente no ha intentado siquiera acreditar que el acusado prestase su consentimiento al margen de su capacidad de libre arbitrio. En cualquier caso, es preciso añadir que la Constitución no exige un especial nivel de formación intelectual para considerar válido el consentimiento del titular de la vivienda; es más, en la cultura popular, está fuertemente arraigada la idea de que para acceder al domicilio de las personas es preciso el consentimiento del interesado o la previa autorización judicial. En último término, no pasa de constituir una simple manifestación de parte –carente de prueba– la afirmación de que el acusado desconocía que podía oponerse al registro.

En cuanto al consentimiento prestado como consecuencia de violencia o intimidación resulta difícilmente pensable, ya que en tal caso la entrada constituiría normalmente un delito de allanamiento de morada. Por ello –como dice Luzón⁽⁹⁴⁾– la cuestión únicamente se suscita con relación al consentimiento que pueda prestar una persona detenida. En estos supuestos el Tribunal Supremo español ha oscilado entre las siguientes pociões:

- 1 .^a Estimar viciado todo consentimiento prestado por el detenido. STS de 29 de septiembre de 1989:

No existe en el sumario prueba directa de que el procesado cometió los dos delitos de robo con fuerza en las cosas de que se le

acusa. Pero podría acaso deducirse, por haberse hallado en su domicilio objetos varios que se encontraban en el interior de

(94)

Luzón Cuesta, *Entrada y registro en domicilios...*, cit., pág. 21.

vehículos estacionados en sus garajes, cuyas puertas habían sido forzadas. Ahora bien, esta eventual prueba indiciaria se ha obtenido sin las garantías que la Ley establece para la entrada y registro en lugar cerrado, ya que se verificó sin mandato judicial y sin observar las prevenciones que los artículos 545 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento Criminal establecen imperativamente. No puede

estimarse que el acceso a la vivienda era legítimo por haber dado su consentimiento el morador, de acuerdo con lo que dispone el Art. 551 LECrim., pues mal puede dar su libre consentimiento quien, cuando está detenido en las dependencias policiales es trasladado a su domicilio por los propios «inspectores actuantes» en el juicio oral. Tales inspectores, por otra parte, no declaran en el juicio oral. Una prueba así obtenida —si es que de prueba puede hablarse— carece de validez para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de inocencia, de acuerdo con doctrina de esta Sala y de resoluciones múltiples del Tribunal Constitucional.

2 .ª Considerar viciado el consentimiento prestado por el detenido sin presencia de abogado. STS de 27 de enero de 1992:

El Artículo 18.2 CE contiene una excepción del principio general que veda el acceso al domicilio, la excepción lógica que impide el caso límite de la disfuncionalidad de la norma, se puede entrar en caso de flagrante delito. Y el hoy recurrente al ser detenido intentó eludir (por la fuga y por la fuerza) el hallazgo en su poder de un tubo conteniendo droga de grave daño para la salud, sin conseguirlo con lo que en puridad puede suponer la flagrancia delictiva y justificar al confirmar las denuncias que pesaban sobre su actividad narcotraficante apurar la investigación en su territorialidad domiciliar, para evitar posibles eliminaciones de otros depósitos de droga, pues su detención había sido suficientemente llamativa para alertar a colaboradores si los hubiere.

Pero no es necesario siquiera ese razonamiento que podría prestarse por supuesto a discusión. Porque el precepto constitucional arbitra una doble vía formal para acceder al domicilio: el mandamiento judicial y el consentimiento del propietario y en el caso de autos se hizo uso del segundo. Claro que en un detenido en dependencias policiales se prestaría a una crítica insinuándose un vicio de consentimiento, la coerción ilegal. Aquí ha quedado salvado el formalismo para poder descartar esa hipótesis. Hubo autorización y por escrito.

Aquí ha jugado el recurrente al confusionismo y conviene aclarar que hubo dos autorizaciones. El detenido en presencia del letrado designado por él autorizó a la Policía la entrada en su domicilio para que le trajera ropa. Ya es dudoso que el con esa autorización pudiera exigirse a los agentes que cerraran los ojos para no ver otros efectos en ese domicilio, de posible ilicitud. Por si fuera poco hubo otra autorización escrita de entrada y registro firmada por el interesado y ante una letrado de turno de oficio y otra testigo, lo que excluye tacha de haber sido violentado. En el juicio oral ambas comparecieron,

reconocieron su firma y ratificaron el hecho del consentimiento. Luego alegaría en el juicio oral desconocimiento del español, lo que se contradice palmariamente con su primera declaración y con su renuncia a intérprete.

En el acta de registro se hizo constar su presencia en el acto y la de dos vecinos testigos del mismo que firmaron, él entonces ya

se negó. Ninguna norma obliga a la asistencia de letrado al registro.

En resumen, el registro fue consentido formalmente y, por ello, es legal y las pruebas así obtenidas son válidas.

También la STS de 20 de noviembre de 1996 se decanta por esta postura:

Conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial, la autorización de entrada en un domicilio otorgada por una persona durante su detención y sin asistencia de letrado carece de los requisitos de validez procesal que autorizan dicha diligencia, y por ello, la asistencia de letrado, si es necesario para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarlo si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, habida cuenta de la trascendencia que para su ulterior defensa podría tener dicho registro. Así pues, la asistencia al detenido es requisito, indispensable e insubsanable cuando las mismas supongan o puedan suponer conculcación de los derechos fundamentales, teniendo sin duda tal carácter la inviolabilidad del domicilio, que proclama el Artículo 18.2 CE.

3.^a Atribuir al Juez o Tribunal penal en cada caso la valoración de las condiciones en que se prestó. STS de 13 de junio de 1992:

El Artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal niega la posibilidad de entrar en un domicilio de español o extranjero residente en España sin su consentimiento, salvo en los casos y en la forma expresamente prevista en la Ley y el Artículo 551 establece que se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro, para que los permita, ejercita por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el Artículo 18.2 CE

En este caso, la expresión entrecomillada de la diligencia policial, en el sentido de que «accede», no parece ofrecer equívocidad, pues son muchas las frases que se entrecomillan en el atestado. El problema radica en saber si un detenido o preso está en condiciones de expresar su voluntad favorable a la entrada y registro, en razón precisamente a la privación de libertad que sufre, lo que conduciría a afirmar que se trata de una voluntad viciada por una *sui generis* intimidación (Art. 1267 CC), y decimos *sui generis* porque, el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes no nace de un comportamiento de quien formula la «invitación» a permitir

el registro voluntariamente, sino de la situación misma de detenido, esto es, de una «intimidación ambiental».

Pero no hay más datos y existen en cambio las pruebas citadas que el Tribunal ha tenido en cuenta. Otra cosa es que *de lege ferenda* se determine, si ello se estimara procedente por el legislador que es quien ha de decidir, que en estos casos se exigirá siempre el

mandamiento judicial o el establecimiento de otras garantías complementarias como puede ser la presencia del abogado, ratificando el consentimiento del detenido y su intervención en la diligencia de entrada y registro. Siguiendo la línea de la teoría del árbol envenenado y del envenenamiento de sus frutos, cabría también pensar en las situaciones de intimidación objetiva, supuestos de encartados o procesados no detenidos, de condenados con condena suspendida, etc. Sólo construyendo una nueva exigencia no impuesta por la Ley, es decir, la inhabilidad del detenido a prestar su consentimiento para la entrada y registro en su domicilio, es posible mantener el criterio del Ministerio Fiscal que ofrece el mayor interés. Pero cabe, frente a este tipo de situaciones y en otras de análoga significación, que sea el propio Juez quien determine, como sucede en el campo del Derecho privado, cuándo existe y cuándo no intimidación, y en este caso se trata de persona de 48 años que por razón de las circunstancias concurrentes no parece conforme a la lógica y reglas de experiencia inferir una intimidación que no se exterioriza en parte alguna. Sería el Juez, en definitiva, quien podría decidir si hubo o no intimidación, correspondiendo únicamente a esta Sala fijar, en su caso, la sujeción o no a la lógica de la inferencia del juzgador si tal vicio del consentimiento es alegado por la parte o exteriorizado de alguna manera.

4.1.3.2.- Los supuestos de delito flagrante

El acceso a un domicilio y a los lugares asimilados al mismo en supuestos de flagrancia delictiva se halla contemplado igualmente en el Artículo 99 CPH. Desarrollando ese supuesto, el Artículo 212 del CPP dispone que no será precisa orden del órgano judicial para practicar el allanamiento «en caso de flagrancia».

En términos generales se consideran delitos fragantes los que estuvieren cometiendo o se acaban de cometer cuando el delincuente o los delincuentes fuesen sorprendidos. El concepto de flagrancia se amplía al entender «sorprendido» en el acto de ejecutar el delito no sólo al delincuente que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. El propio Artículo 212 del CPP determina qué supuestos quedarán comprendidos en la consideración de flagrancia. Así, se entenderá que se trata de un «caso de flagrancia»:

- a) Cuando la persona que es perseguida para su captura, entra a una casa habitada, sea propia o ajena; y

- b) Cuando de una morada, se oyen voces o gritos de alarma que pongan de manifiesto que se está cometiendo un delito o que alguien solicita auxilio.

La STS de 29 de marzo de 1990 completó un concepto jurisprudencial de flagrancia basado en tres requisitos:

1º Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o

que haya sido cometido instantes antes.

2º Inmediatez personal consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3º Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias

concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial, para obtener el mandamiento correspondiente.

También la STS de 22 de abril de 1997 ensaya una aproximación a qué es lo que debe entenderse por flagrancia:

Respecto de la flagrancia, ahora indudable según el resultado de la prueba, ya se decía en la sentencia de 1 de abril de 1996, recogiendo a su vez otras resoluciones de la misma Sala Segunda, que por delito flagrante ha de entenderse aquel «que está ardiendo o resplandeciendo», es decir la infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, todo lo cual da lugar a la inmediata intervención para que cese el delito y sus efectos. Proviene del latín «*flagrans, flagrantis*» y es un delito por lo dicho poco necesitado de prueba dada su evidencia, puesto que «se está ejecutando» o «acaba de suceder» cuando el autor es detenido.

Hay no obstante que entender que la legitimidad de la intervención inmediata de la Policía Judicial puede apoyarse no ya en el delito flagrante sino también en lo que aparentemente[^], es flagrante cualesquiera que fueren las posteriores vicisitudes del supuesto. De acuerdo con la sentencia de 31 de enero de 1994 son situaciones ciertamente especiales y excepcionales en las que se permite incluso la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria si se trata de impedir la violación de intereses particulares y colectivos, o su consumación, además de mantener la paz pública y la seguridad de la sociedad en general. Como quiera que la flagrancia consiste en la infracción que se estaba cometiendo o se acababa de cometer cuando el delincuente era sorprendido, vino matizándose este último concepto en el sentido de que sorprendido era no solo el que

fuere cogido en el momento de estar cometándose, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de consumado si

la persecución durare y no se suspendiere mientras el autor no se pudiese fuera del inmediato alcance de los perseguidores. También se considera *in fraganti* la infracción, y este es el supuesto de ahora, cuando se sorprendiese al delincuente inmediatamente después con efectos o instrumentos que infunden la sospecha vehemente de su participación en ella.

Cuando se allane un domicilio bajo la habilitación de la flagrancia, el Ministerio Público lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez competente, explicándole las razones que lo determinaron. El Juez, aunque a *posteriori*, controla la legalidad del allanamiento y mediante resolución motivada (auto) convalidará o anulará, total o parcialmente, lo actuado (Art. 212.11 CPP).

4.1.3.3.- Razones de urgencia: el allanamiento por motivos asistenciales

El Artículo 99 de la Constitución de la República excusa de la necesidad de proveerse de autorización judicial o de contar con el consentimiento de la persona que habita un domicilio, para proceder a su allanamiento «en caso de urgencia», bien sea para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad. El allanamiento «en caso de urgencia» puede venir motivado «por actos de investigación criminal» o bien «por razones asistenciales».

En desarrollo del texto constitucional, el Artículo 212 del CPP prevé el allanamiento de morada, sin necesidad de proveerse de mandamiento judicial alguno, «cuando la medida sea necesaria para impedir la comisión de un delito, para evitar la fuga de un delincuente o la destrucción, pérdida u ocultamiento de las pruebas o evidencias con miras a lograr la impunidad de los responsables y no sea posible esperar el tiempo necesario para solicitar la autorización judicial».

La aplicación de estos supuestos ha de ser restrictiva y debe partir de un presupuesto claramente justificado: la urgencia; esto es, la imposibilidad de esperar para su práctica a la obtención del mandamiento judicial. De no acreditarse este extremo, el Juez de Letras habrá de anular lo actuado (Art. 212.11, *in fine*).

Pero el allanamiento de un domicilio no es siempre una diligencia de investigación; en ocasiones es una medida tendente a la salvaguarda de los bienes o de las personas en situaciones de alguna catástrofe o peligro semejante. Se trata entonces de un allanamiento o entrada en domicilio motivada por razones asistenciales. Y es que, los vínculos de solidaridad entre ciudadanos han determinado desde antiguo que el Derecho permita la entrada en domicilios privados de personas ajenas con el fin de refugiarse de algún peligro grave o de prestar auxilio a los moradores.

Por esta razón la Constitución legitima el allanamiento, «en casos de urgencia, para evitar daños graves a la persona o a la propiedad».

Y, el Artículo 212.4) del Código Procesal Penal, por su parte, incluye entre los casos en que no es necesario el mandamiento judicial para proceder a una entrada en domicilio, el allanamiento que se haga

necesario «por causa de incendio, terremoto, inundación, epidemia u otro peligro semejante».

Desde luego, el Código Penal castiga como delito el allanamiento de morada, y en general la entrada ilegítima en un domicilio u otro lugar cerrado tanto si se comete por particulares (arts. 202 CP) como si se comete por autoridades o funcionarios (Art. 203 CP). Pero cuando el acceso a dichos lugares se realiza con alguna de las finalidades previstas como legítimas por la Ley, como las antes enunciadas, la entrada en los mencionados lugares deja de ser delictiva. Bien claro se dice en el Artículo 204 del Código Penal que no comete el delito de allanamiento de morada quien entra en la morada ajena «para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni quien lo hace para prestar algún servicio a la humanidad». Por lo demás, estas conductas pueden entenderse amparadas por una *causa de justificación*, como la de cumplimiento de un deber (Art. 24.3 CP). Finalmente la referencia del CPP a la *necesidad*, pone de manifiesto que tales entradas, que en principio pudieran considerarse formalmente ilegítimas, se hallan también amparadas por la circunstancia eximente, *excluyente de la culpabilidad* del agente, de obrar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal, a que se refiere el Artículo 24.2 CP.

4.1.3.4.- Resolución judicial

El tercer supuesto de legitimación para la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio lo constituye, según el Artículo 99 CPH, la resolución judicial que es además el más frecuente en la realidad práctica. Los principales problemas que suscita este supuesto son los relativos a la competencia para dictar tal resolución, así como las condiciones formales y de fondo o contenido de tal resolución.

A) Juez competente para dictar la resolución habilitante del allanamiento de morada

Del juego de los artículos 212, 58 y 64 del CPP cabe deducir sin dificultad que la competencia para dictar la resolución judicial habilitante de la entrada corresponde al Juez de Letras de la causa en el momento en que haya de acordarse, aunque, como consecuencia de ulteriores averiguaciones, se ponga de manifiesto que corresponde a otro Juez.

Puede resultar que finalmente se determine que es otro el Juez competente para conocer de la causa (de la etapa preparatoria), pero si el órgano jurisdiccional actuante es el correcto en ese momento procesal, las actuaciones llevadas a cabo por él tendrán plena validez y eficacia, sin perjuicio de que su destino final sea otro Tribunal (cfr. Art. 81 CPP, que establece el principio de conservación de las diligencias practicadas en la etapa preparatoria).

B) Necesidad de forma escrita y nulidad de las

resoluciones verbales

La resolución judicial que autoriza la entrada en un domicilio ha de ser necesariamente escrita (Art. 212.1 CPP). La orden de proceder al allanamiento de una morada nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial; ello supondría la nulidad de lo actuado por infracción de las normas esenciales del procedimiento (Art. 166.5 CPP) y también por la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (arts. 166.7 y 200 CPP). Y es que, faltaría en estos casos la expresión del juicio de proporcionalidad que el Juez debe efectuar y al que más adelante nos referiremos. Así se pronuncia la STS de 25 de noviembre de 1996:

La autorización o mandamiento para entrar en un domicilio nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial encargado de velar por la salvaguarda de la inviolabilidad del domicilio, sino que el juez debe dictar una resolución razonada recogiendo los datos que le facilitan los funcionarios policiales y autorizando o denegando, según las circunstancias del caso, entre las que figuran la gravedad o entidad del delito que se trata de descubrir, y la necesaria proporcionalidad entre la medida restrictiva de un derecho fundamental y la situación que la justifica.

El allanamiento producido al socaire de una orden verbal del Juez «carecerá de eficacia probatoria»; pero igualmente, conforme a la doctrina de «fruto del árbol envenenado», tampoco las pruebas posteriores que en la misma se apoyaran podrían ser tenidas en cuenta a la hora de estimar acreditados unos hechos constitutivos de delito o de una circunstancia de agravación de la responsabilidad (Art. 200 CPP).

C) Motivación suficiente

Aunque el Artículo 99 CPH se refiera genéricamente a una *resolución de autoridad competente*, en cuanto limitadora de un derecho fundamental, es evidente que la resolución autorizando la entrada en domicilio ha de ser fundada. Además, el propio Código Procesal Penal exige expresamente que revista la forma de *auto motivado* cuando se trata de convalidar o anular el allanamiento practicado en caso de flagrancia o por razones de urgencia; no menos se ha de exigir cuando la orden judicial sea previa al allanamiento. Igualmente, el mandamiento judicial ha de contener, entre otros, «*el motivo preciso del allanamiento*» (Art. 213.5 CPP), lo que no deja lugar a dudas sobre la necesidad de que el auto en que el Juez de Letras autorice la entrada domiciliaria sea motivado en relación con el caso *ad hoc*. Por último, y como cláusulas más genéricas, la motivación de los autos se deriva tanto el Artículo 139.III (los autos decidirán«*motivadamente*»», dice el precepto), como del Artículo 141.11 en cuanto exige que los autos contengan una «*clara y precisa motivación*», bajo pena de nulidad.

La motivación ha de ser bastante, lo suficiente como para conjurar todo peligro de arbitrariedad, de manera que los justiciables puedan controlar que el sentido de la decisión responde a criterios de

interpretación jurídica. La doctrina sobre la motivación se estructura sobre las dos ideas esenciales siguientes (STC 122/1991):

- a) La motivación de las resoluciones judiciales que revistan la forma de auto o sentencia no sólo es una obligación del órgano judicial que impone el Artículo 120.3 de la Constitución en la interpretación establecida por este Tribunal Constitucional, sino también un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial, garantizado por el Artículo 24.1 de la Constitución; y b) ese derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial, de manera explícita o implícita, contiene razones y elementos de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin que sea exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la resolución judicial. De conformidad con ello, el ejercicio de la jurisdicción de amparo que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional en esta materia no sólo deberá comprobar si existe motivación, sino también, si la existente es o no suficiente para considerar satisfecho el derecho constitucional de las partes.

D) Motivación por referencia a la solicitud de entrada y el empleo de impresos

El Tribunal Supremo español, partiendo de la idea de que la motivación no ha de concebirse como un requisito formal, acepta la validez de los autos de entrada y registro motivados de forma escueta, o por remisión al atestado de la Policía Judicial si este es detallado e incluso el empleo de impresos o formularios. Dice la STS de 18 de abril de 1997 que:

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo admiten la motivación de las resoluciones judiciales por remisión, doctrina ésta que viene siendo aplicada con frecuencia cuando se trata de autorizaciones judiciales para entradas y registros en domicilios; así pues, el auto de un juzgado , respuesta a una determinada solicitud de la policía queda completado por el contenido de la solicitud, de tal forma que han/de considerarse constitucionalmente correctos, aunque procesalmente puedan reputarse viciados, los casos en que la resolución judicial es sucinta, pero no lo es el oficio policial de petición de autorización, y ello porque no se produce indefensión alguna a la parte, que cuando tiene acceso al procedimiento conoce al mismo tiempo el auto del juzgado y la solicitud de la policía que le precede y sirve de fundamento (SSTS de 26 de enero, 24 de febrero y 2 y 30 de abril de 1996).

Para el Tribunal Supremo la motivación del auto de entrada, aun escueta o mediante el uso de impresos, puede quedar completada

por el atestado de la Policía Judicial, porque como tanto el auto como el atestado quedan unidos juntos en la causa, puede mediante este

último constatarse las razones que motivaron el auto. STS de 15 de febrero de 1997:

La jurisprudencia constitucional considera válida la fundamentación del auto de entrada y registro aunque ésta sea muy escueta e incluso se limite a la remisión al escrito policial de solicitud, siendo permisible, con el fin de evitar excesivos formalismos, la motivación inserta en impresos o modelos que el Juzgado utilice habitualmente, llegando a indicar que el empleo de formularios no es necesariamente lesivo del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Del mismo modo, y tanto en lo referente a las escuchas telefónicas, como en lo relativo a las diligencias de entrada y registro, el Tribunal Supremo ha declarado que no hay que exacerbar las garantías formales que en otro tiempo parecían intangibles, de tal manera que cuando el juez recibe la solicitud policial, después de examinarla detenidamente en su alcance, y en uso de su competencia, puede aceptarla o rechazarla, y si la acepta no tiene por qué repetir en su resolución todos los razonamientos fácticos que los agentes policiales, como solicitantes, ya le han expuesto por escrito, bastando que se remita a ellos genéricamente, dándolos por reproducidos, pues no cabe olvidar que unos y otros, el escrito de petición y la resolución judicial, han de quedar unidos a los autos de que traen causa (SSTS de 1 de diciembre de 1995 y 30 de diciembre de 1996).

En la misma línea, la STS de 22 de marzo de 1996:

La violación de un derecho fundamental como es el de la inviolabilidad del domicilio puede determinar la invalidez de la prueba obtenida directa o indirectamente a través de tal violación (Art. 11.1 LOPJ). Pero el art. 18.2 CE prevé la posibilidad de la alternativa al consentimiento del titular para entrar o registrar un domicilio, consistente en el acuerdo al efecto adoptado en resolución judicial. Tal resolución ha de ser motivada en caso de falta de consentimiento del interesado para la entrada y registro, y ha de ser siempre fundado el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular (arts. 550 y 558 LECrim.). Habiéndose declarado la insuficiencia de la motivación cuando para dictar el auto habilitante se utilicen impresos que carezcan de toda referencia al caso concreto, sin embargo, tal exigencia de motivación no tiene por qué ser exhaustiva ni agotar la expresión de todos los posibles argumentos, bastando con que exprese los elementos individualizantes del caso y las líneas generales del razonamiento (SSTS 2.ª de 22 de marzo y 20 de mayo de 1994). Teniendo en cuenta, además, que la medida se adopta antes del descubrimiento de un delito, la expresión y descripción de las sospechas policiales será suficiente para fundar la decisión de entrada y registro y la remisión en el auto al oficio policial conteniendo las razones para pedir la autorización habilitante se ha de estimar como una incorporación del contenido del oficio a la motivación de la decisión judicial (STS 2.ª de 11 de octubre de 1994).

detallado ha sido también considerada bastante y válida. STS de 26 de enero de 1996:

Reiterada jurisprudencia ha venido admitiendo la motivación por remisión, siendo aplicada la misma por el TS, cuando se trata de autorizaciones judiciales para entradas y registros en domicilios (STS de 17 de abril de 1995), debiendo entenderse que el auto del Juzgado, que es contestación a una determinada solicitud de la Policía, queda completado por el contenido de dicha solicitud, de modo que pueden considerarse constitucionalmente correctos, aunque sean procesalmente viciados, los casos en que la resolución judicial es muy sucinta, pero no lo es el oficio policial de petición de autorización. Y ello simplemente porque no se produce indefensión alguna a la parte que, cuando tiene acceso al procedimiento, al mismo tiempo conoce el auto del Juzgado y la solicitud de la Policía que le precede y sirve de fundamento, siendo esta solución aplicable incluso cuando el Juzgado haya utilizado un impreso limitándose a rellenar los correspondientes espacios en blanco, siempre que el contenido del oficio policial que le sirve de antecedente y justificación sea lo suficientemente expresivo y detallado, por más que sea rechazable tal hábito de algunos Juzgados, afortunadamente en regresión, que impide utilizar razonamientos ajustados a las concretas particularidades del caso que merecen una respuesta detallada y específica, particularmente cuando se trata de adoptar medidas de investigación que lesionan algún derecho fundamental, sin que con tales impresos se vulnere el derecho fundamental contemplado en el Artículo 18.2 CE.

No obstante en otras ocasiones el TS admitió la validez del auto de entrada con una motivación muy escueta, remitiéndose al atestado policial, pero en la idea de que no cabe establecer reglas generales al respecto sino que la existencia de motivación o no ha de dilucidarse caso por caso, así como que tal motivación, aun siendo constitucionalmente correcta puede no serlo procesalmente. STS de 16 de diciembre de 1996:

A los efectos de la existencia de motivación de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro domiciliario, ello ha de examinarse caso por caso, atendiendo a las peculiares circunstancias í de cada uno y la clase de resolución de que se trate, lo que tiene ' excepcional importancia en supuestos como el del caso en que se trata de autorizar una medida policial de investigación previa al descubrimiento del delito (SSTS de 8 y 22 de mayo de 1995). Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de marzo y 17 de abril de 1995 y 20 de noviembre de 1996), admiten la motivación por remisión, y esta doctrina viene siendo aplicada con frecuencia por el TS 2.^a, cuando se trata de autorizaciones judiciales para entradas y registros en domicilios. Así pues, el auto del juzgado, respuesta a una determinada solicitud

de la policía, queda completado por el contenido de la solicitud, de tal forma que han de considerarse constitucionalmente correctos, aunque procesalmente puedan reputarse viciados, los

casos como el de autos, en que la resolución judicial es sucinta, pero no lo es el oficio policial de petición de autorización, y ello porque no se produce indefensión alguna a la parte que, cuando tiene acceso al procedimiento, conoce al mismo tiempo el auto del juzgado, y la solicitud de la policía que le precede y sirve de fundamento (SSTS de 26 de enero, 24 de febrero, 2 y 30 de abril, 3 de octubre y 20 de noviembre de 1996).

E) Proporcionalidad: gravedad del delito perseguido e intensidad de los indicios que motivan la entrada

La motivación es exigida en cuanto sirve para constatar la necesidad del sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el Artículo 99 de la Constitución de la República. En este sentido afirma González-Cuéllar que «no es, sin embargo, la autorización judicial previa el único requisito que la Constitución impone a la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sometida además a las exigencias del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, cuyo fundamento constitucional se encuentra, básicamente, en la consideración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, en el principio del Estado de Derecho, en la prohibición de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y en el contenido esencial de los derechos fundamentales. De dicho principio constitucional se deriva la necesidad de que sean respetados los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En términos generales, una medida es *idónea* cuando es útil para satisfacer la finalidad perseguida, *necesaria*, si tal finalidad no puede alcanzarse mediante la adopción de medidas menos gravosas, y *proporcionada* en tanto que el interés que trata de salvaguardarse mediante su ejecución sea preponderante en relación con los derechos e intereses particulares afectados»⁹⁵

La resolución judicial previa al allanamiento es un mecanismo preventivo dirigido a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio que ha de ponderar los intereses en juego. La STC 160/1991 así lo reconoce:

La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del Artículo 18.2 CE u otros valores e

⁽⁹⁵⁾ Nicolás González-Cuéllar Serrano, «Entrada y registro en el domicilio», *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1993, n° XXIX, pág. 24.

ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular.

Pues bien, tal ponderación de valores que aconsejen el sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, implica la existencia de una proporcionalidad entre la necesidad del sacrificio del derecho y la importancia de los fines a que se endereza la entrada. Precisamente la motivación sirve al control de tal proporcionalidad.

El requisito de la proporcionalidad implica una ponderación compleja compuesta de un «juicio de idoneidad», un «juicio de necesidad» y un «juicio de proporcionalidad en sentido estricto». La STS de 15 de febrero de 1997 lo explica muy bien:

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental –inviolabilidad del domicilio, en el caso– supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto –«juicio de idoneidad»–; b) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia –«juicio de necesidad»–, y c) si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –«juicio de proporcionalidad en sentido estricto»–. A estos tres requisitos hay que añadir, lógicamente, que el acto o resolución judicial que restringe esos derechos fundamentales tenga una base legal, es decir, que sea permitido y regulado por una norma positiva.

1º Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Supone la necesidad de que se trate de un delito grave. La medida restrictiva de la inviolabilidad del domicilio solamente se justifica para la investigación de delitos graves. A estos efectos, se atiende a la gravedad de la pena asignada al delito de que se trate por la ley penal material. Dice la STS de 24 de febrero de 1996:

Reiteradas resoluciones del Tribunal Constitucional (por todas, S. 7/1994, de 17 de enero) y de esta Sala (asimismo, entre muchas, STS 922/1994, de 7 de mayo) han establecido la exigencia de i proporcionalidad entre la intromisión en la intimidad que la prueba f comporta y la finalidad a que aquella sirva. Sólo los delitos graves (como indica el tantas veces citado ATS de 18 de abril de 1992) pueden justificar la inferencia en los ámbitos de intimidad de la persona, pues como expresa la STC 56/1987, de 14 de mayo, «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho».

2º Juicio de idoneidad y necesidad

La gravedad del delito investigado no justifica por sí sola la entrada

en cualquier domicilio; es además necesario que dicha entrada augure razonablemente la consecución de los fines de la instrucción, lo que implica una valoración sobre su idoneidad y necesidad. Como dice el Tribunal Supremo ha de atenderse a criterios de policía científica y de criminalística para valorar este dato. El fundamento del auto que autoriza la entrada y registro de un domicilio debe referirse, declara la STS de 22 de marzo de 1994:

[...] al grado de sospecha necesario para decretar la medida, es decir, a la demostración de que existen elementos suficientes desde el punto de vista de la experiencia criminalística para fundar la sospecha de comisión de un delito. Es evidente que esto requiere una ponderación caso por caso de las circunstancias y que no es una técnica judicial adecuada que los jueces requeridos resuelvan estas cuestiones mediante impresos que carecen de toda referencia al caso concreto, como se ha hecho en la presente causa. Sin embargo, en tales casos, la nulidad de la medida sólo puede ser decretada cuando la decisión, sin perjuicio de haber sido decidida mediante un impreso, carece realmente de apoyo en sospechas fundadas. En este sentido es necesario tener en cuenta que la experiencia criminalística que permite fundar la sospecha se debe considerar en relación a la especie de delito del que se trate y, en particular, al tipo de investigaciones policiales necesarias para el descubrimiento del mismo. En el caso del tráfico de drogas, en el que los hechos se llevan a cabo a través de redes clandestinas de producción y distribución de la droga y de organizaciones que frecuentemente sólo se conocen a través de los eslabones últimos del tráfico, son de aplicación técnicas policiales de persecución de una delincuencia organizada a gran escala que no serían justificables en otros delitos de configuración más individualizada. Por tanto, en estos casos la existencia de noticias confidenciales en la policía constituye ya un grado de sospecha suficiente para acordar la entrada y registro y ello determina que el auto de 25 de abril de 1991, no deba ser anulado porque se basa en la existencia de noticias sobre el delito obtenidas por la Policía mediante informaciones confidenciales. Es indudable que, en ciertos casos, en esta etapa inicial de las actuaciones la Policía no puede hacer público el nombre de sus confidentes ni aportar los testigos que ha visto acceder al lugar sospechado de ser utilizado para la distribución de droga, pues ello podría frustrar completamente el descubrimiento del hecho.

Pero no basta con la mera *intuición u olfato policial*, sino que son precisos ciertos indicios razonables basados en la investigación que se haya llevado a cabo. STS de 31 de diciembre de 1996:

La invasión de un domicilio particular con la consiguiente restricción o limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, hace necesario que el Juez autorizante realice previamente una ponderación de los derechos e intereses en juego valorando la debida proporcionalidad entre la restricción

del derecho fundamental y la gravedad del delito que se

pretende investigar, teniendo en cuenta los datos de que dispone para autorizar la entrada y registro. No es suficiente con la

existencia de meras conjeturas sin una base real: se necesita que los indicios iniciales tengan una cierta consistencia que pueda avalar una resolución tan grave como la que afecta a un derecho fundamental.

Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la idea de que la entrada en domicilio constituye una «medida cautelar» (*sic*) que, a diferencia de la prisión o la de procesamiento, se adopta en los primeros momentos de la investigación, se exige una justificación menor que aquellas. STS de 31 de octubre de 1995:

El registro domiciliario no es, contra lo que sucede con otras medidas cautelares (por ejemplo, el procesamiento o prisión), una diligencia posterior al «descubrimiento» del delito, sino de investigación o averiguación y por ello dirigida al fin que la legislación y la propia CE (Artículo 126) asignan a la Policía Judicial: «averiguación del delito y descubrimiento del delincuente». Exige así, como toda medida restrictiva de un derecho fundamental no sólo el requisito del *periculum in mora* sino también el «*fumus boni iuris*». Pero esta apariencia tiene una intensidad menor a la exigible cuando la existencia del delito ha sido ya descubierta. Como aguda y correctamente señala la STC 341/93, de 18-11, la autorización judicial habilitante tiene su campo de acción precisamente cuando no existe flagrancia, en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia.

Por ello, y como consecuencia de ello, basta con una sospecha objetivada en datos concretos que conduzcan a tal inferencia para que la resolución habilitante pueda estimarse fundada. Y en similar sentido, la STS 1847/94, de 24 de octubre, expresa que sin minimizar en absoluto las garantías que han de proteger la intimidad del ciudadano en orden a su protección domiciliaria (de ahí lo necesario de la autorización judicial), lo que no se puede pretender es que por el propio Juez se justifiquen exhaustivamente las causas o motivos de su acuerdo, pues ello, amén de su imposibilidad en la mayoría de los casos, devendría racionalmente en una tardanza innecesaria en la actividad policial y, en suma, en una mayor impunidad de , los delitos cometidos. o lo que es lo mismo, este tipo de (resoluciones no cabe ser consideradas como ilegales por falta de motivación, siempre, eso sí, que cumplan los requisitos primarios que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

F) Contenido indispensable del auto

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 213 del Código Procesal Penal, la orden de allanamiento contendrá una serie de requisitos, de los cuales, por su mayor importancia práctica, destacamos *la indicación precisa del lugar o lugares que habrán de ser registrados*.

En cuanto a la identificación del lugar en que ha de entrarse a registrar se exige que sea inequívoca en el auto, permitiendo con

carácter general que se haga por cualquier medio. STS de 6 de febrero de 1996:

La identificación del lugar que va a ser registrado puede hacerse en función de la titularidad dominical o arrendaticia o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda.

Es suficiente con que no haya duda sobre la localización material del local de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial.

En el caso presente la resolución judicial autoriza la entrada en el domicilio sito en la calle Sarasate n° 13 bajos de una determinada localidad en las horas diurnas o de la noche, identificando como titular a una persona que no es la recurrente.

Acudiendo al acta notarial que alega la acusada se puede comprobar que a nivel del portal existen dos puertas independientes marcadas con las letras B (la de la izquierda entrando) y 1 (la de la derecha entrando), luego ambas están situadas en los bajos de la Calle Sarasate n° 13 tal como se afirma en el mandamiento judicial. La Policía había visualizado perfectamente la puerta de la vivienda que tenía interés en registrar y se dirigió directamente a uno de los dos bajos que existen en el edificio referenciado y que era precisamente el que ocupaba la acusada, en el que, según manifiesta su compañero sentimental, llevaban nueve años conviviendo.

El auto en el que se recoge el mandamiento judicial es válido porque aunque no identifica el nombre y apellidos del titular del domicilio sí establece con precisión cual es la identificación topográfica del domicilio sobre el que recaían las sospechas.

El error o la deficiencia en el nombre del titular de la vivienda a registrar resulta irrelevante (STS de 3 de octubre de 1996). La STS de 11 de marzo de 1996 trata precisamente un caso de este tipo:

En orden a la reseña identificativa de la titular de la vivienda tachada de incorrecta por los recurrentes, dado que el nombre completo era el de Filomena G. S., se admite tal calificación, más remitida a sus propios términos, esto es la propia de un defecto expresivo u omisión gramatical que se correspondió con el del oficio policial solicitando la autorización judicial referido a la familia de Filomena S. Mas, en cuanto se designaba correctamente el domicilio a registrar y la identificación, aunque incompleta, coincidía con la titular de la vivienda, la deficiencia observada debe ser tachada de intrascendente en lo que a invocaciones constitucionales se refiere, aún cuando ciertamente no sea expresiva de lo que debe ser un modélico actuar judicial.

Sin embargo cuando las inexactitudes de la orden de allanamiento son

tales que impiden identificar el lugar a que se refiere la resolución, provoca la nulidad de la diligencia. STS de 12 de julio de 1996:

Por de pronto el registro careció de un auténtico mandamiento judicial autorizante ya que el expedido por el Juzgado lo fue para el domicilio de persona distinta de los dos recurrentes de ahora. Se trataba de un «corralón» con distintas e independientes habitaciones domiciliarias. Puede que hubiere un error lamentable de identificación, más lo cierto es que la habitación registrada no contaba con la preceptiva autorización. No fue una simple equivocación, *nominatum*, del titular del domicilio, respecto de lo que la Sala ha matizado los supuestos, sino que, por las razones que fueren, se tergiversó la ubicación física del domicilio a registrar. Es así pues que se vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. En este sentido no hay paliativo o excusa alguna. No se olvide la escrupulosidad con que ha de ser analizado todo cuanto se refiere a limitaciones de derechos fundamentales.

4.2.- La intervención de las comunicaciones personales

4.2.1.-Presupuestos comunes a cualquier intervención

4.2.1.1.- Necesidad de la medida

El secreto de las comunicaciones es un derecho constitucional garantizado en el Artículo 100 CPH que únicamente puede alzarse por resolución judicial. Tanto el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), como el 17 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York (1966), reconocen el derecho a que nadie sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia. Ahora bien, dicha inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones (Art. 8.2 Convenio de Roma) como puede ser la investigación de los hechos delictivos, siempre bajo la tutela y garantía del Poder Judicial, debiendo ser un órgano jurisdiccional independiente quien, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, acuerde la interceptación de la correspondencia o la intervención de las comunicaciones.

4.2.1.2.- Proporcionalidad de la medida con el fin perseguido: la gravedad de la infracción penal

Sólo los delitos graves pueden dar lugar a una intervención telefónica y, por supuesto, únicamente durante el tiempo indispensable (STS de 1 de diciembre de 1995). La gravedad de la infracción investigada es, en consecuencia, un factor esencial para llevar a cabo el juicio de

proporcionalidad (arts. 221. II y 223.II). Concretamente la doctrina del TC ha exigido que la resolución habilitante para la ingerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones haga una calificación de

los hechos objeto de investigación y valore su gravedad. Ejemplo de ello es la STC 49/1966>:

La legitimidad de la medida de investigación telefónica se condiciona, en suma, a la consideración por el Juez autorizante de su necesidad para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal, la resolución en que reacuerde debe mencionar expresamente las razones facticas y jurídicas que apoyan la necesidad de investigación, esto es, manifestar cuales son los indicios que existen acerca presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona y, en función de esos indicios, proceder a su encaje en alguno de los tipos delictivos justificantes de la medida.

4.2.1.3.- Carácter Excepcional

La gravedad que comportan estas medidas, en cuanto suponen el sacrificio del derecho consagrado en el Artículo 100 CPH, imponen su adopción solo excepcionalmente. De haber otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental, o medios de investigación que no le afecten, se habrá de optar por ellos. La STS DE 20 de diciembre de 1996 se pronuncia en este sentido y declara que la excepcionalidad de la medida supone <<que solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones>>.

4.2.2.- Las modalidades de intervención de las comunicaciones personales

Aunque generalmente se habla de investigación de las comunicaciones personales para designar cualquier afectación del derecho consagrado en el Artículo 100 CPH, en realidad desde la óptica de la operatividad de la investigación penal pueden distinguirse dos modalidades de diligencias u operaciones:

- a) La intervención propiamente dicha o interceptación, consiste en la intervención del soporte físico que le sirva de vehículo a la comunicación (carta postal o telegrama), interrumpiendo la misma (*cf.* Art. 221 CPP). Esta modalidad impide que la comunicación llegue a su destinatario, para que a continuación pueda el Juez acceder a su contenido, y se reduce a la correspondencia postal, telegrafía, facsimilar o de otra clase.
- b) La observación que consiste en acceder a la comunicación para conocer su contenido sin interrumpir esta y sin que lo sepan los comunicante (Art. 223 CPP). En este caso no se interrumpe la

comunicación, sino que supone el acceso al contenido de la misma mientras ésta tiene lugar, permitiendo no obstante que llegue a su

destinatario; puede realizarse esta intervención en toda clase de comunicaciones: postales, telegráficas, telefónicas, etc.

4.2.3.- Órgano competente para adoptar las medidas

Se trata de una medida instrumental, que normalmente sólo puede ser acordada, siempre a instancia de parte, por la autoridad judicial (Art 100 CPH) competente para la investigación (Juez de Letras). Excepcionalmente, el secuestro de la correspondencia podrá ser efectuado por el Ministerio Público o la autoridad policial sin orden judicial, cuando se trate de situaciones de urgencia (Art. 221 .III) y, aun así, sólo de forma provisional y con inmediato control judicial de la medida: el Ministerio Fiscal entregará al Juez la correspondencia «exponiendo las razones que dieron lugar a su interceptación sin autorización judicial», para que el Juez convalide o anule la diligencia (Art. 221 .IV y V).

4.2.4.- Interceptación de la correspondencia

La medida de interceptación de la correspondencia (postal, telegráfica, facsimilar o de cualquier otra clase) comporta en realidad dos operaciones consistentes: a) la aprehensión material del soporte de la comunicación (carta, sobre o envoltorio que la contenga) y b) la apertura y examen de su contenido. A la primera se refiere el Artículo 221 y a la segunda el 222 del CPP.

4.2.4.1.- La detención de la correspondencia

La detención o interceptación de la correspondencia postal o telegráfica deberá ser acordada por el Juez de Letras mediante resolución fundada, que habrá de revestir, por tanto, la forma de auto (Art. 221 CPP). En él se determinará de forma concreta la correspondencia que haya de ser detenida, ya sea por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubiere expedido, es decir, de los destinatarios, o bien por otras circunstancias igualmente concretas.

El Juez podrá encomendar la ejecución de la diligencia de detención o interceptación de la correspondencia bien al Administrador de Correos y Telégrafos o al jefe de la oficina en la que la correspondencia deba hallarse o bien a la propia Policía; en cualquier caso el Juez deberá entregarles un testimonio del auto que acuerde la medida y un oficio encomendándoles la ejecución de la diligencia de intervención. Los funcionarios de Policía comisionados por el Juzgado para la intervención de la correspondencia postal o telegráfica harán entrega inmediatamente al mismo de las cartas o telegramas intervenidos; caso de serle entregadas al Ministerio Público, éste se las hará llegar al Juez sin abrirlas.

4.2.4.2.- La apertura y examen de la correspondencia

La operación de apertura y examen de la correspondencia se llevará a cabo por el propio Juez. Este, tras leer por sí y para sí-las

cartas intervenidas, unirá a las actuaciones la correspondencia postal que guarde relación con el hecho investigado (Art. 222), entregando el resto al interesado, a su representante o pariente más cercano.

El secretario levantará acta de la diligencia la cual firmarán todos los que hayan asistido a la práctica de la misma.

4.2.5.- Intervención de las comunicaciones

Tratándose de la observación de las comunicaciones telefónicas (y sus asimiladas: fax, correo electrónico, etc.) ésta ha de llevarse a cabo mediante la puesta en funcionamiento de artilugios técnicos que permitan el acceso al contenido de la comunicación y eventualmente su grabación o, incluso, únicamente el control de los números de teléfono marcados por el aparato de recepción y emisión objeto de observación. Por tanto, el mero control de los números marcados desde o hacia un determinado aparato telefónico implica una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, que resulta protegido frente a cualquier modalidad de control sobre algún aspecto del proceso de comunicación. Así lo entendió la STEDH de 2 de agosto de 1984 (Caso Malone) cuando se empleó un «*comptage, metering o pen register*», es decir, de un «tarifador» o «instrumento de recuento» de llamadas.

4.2.5.1.- Comunicaciones que pueden ser observadas

Cuando el control se ejerce sobre las comunicaciones telefónicas, la observación no tiene porqué limitarse a las conversaciones del imputado o sospechoso. La realidad demuestra que muchas veces son terceros, relacionados con el imputado, quienes pueden aportar datos relevantes para el descubrimiento del delito. Por otra parte, el imputado puede utilizar para sus conversaciones un teléfono ajeno, de un tercero que nada tiene que ver con los hechos investigados. Estas consideraciones suscitan el problema de determinar la licitud de tales observaciones pluripersonales.

La cuestión aparece resuelta por el texto del Artículo 223.1 CPP al permitir la grabación de las comunicaciones que tenga el imputado «o cualquier otra persona directa o indirectamente relacionada con el delito que se investiga». Así pues, el Juez pueda acordar la observación de las comunicaciones telefónicas no sólo de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, sino también de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. La STS de 18 de marzo de 1994 trató un supuesto de esta índole:

Ello es justamente lo sucedido, dado que la solicitud de autorización judicial para la intervención del teléfono de María

Jesús H. lo fue en función de las investigaciones dirigidas a conocer las actividades de José R. C, conviviente con aquélla en el domicilio en el que se halla instalado el teléfono (ff. 27, 28 y 30). Obvio resulta, y ésa

es la intención de la norma procesal invocada, la posibilidad de intervención de teléfono de persona no imputada, ni, en principio,

objeto de sospecha de una intervención directa, cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos. El fruto y acierto de ello queda evidenciado con las transcripciones obrantes en la causa.

4.2.5.2.- La resolución judicial y las demás condiciones de la injerencia

A) La gravedad del delito que motiva las diligencias

Para la adopción de estas medidas valorará el Juez la «gravedad» del delito investigado, la «utilidad» y «proporcionalidad» de la medida (Art. 223.11). La injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha de responder a dos exigencias básicas, señala el ATS de 18 de junio de 1992 (RJA 6102):

Una, la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. En este sentido, de acuerdo con una interpretación teleológica del Sistema, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo diga expresamente, como hacen otros ordenamientos, hay que tener en cuenta que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido, en los términos que luego se dirán.

También es de valorar a estos efectos la trascendencia social del delito investigado. STS de 25 de junio de 1993 (RJA 5244):

La gravedad de la medida impone una limitación de las posibilidades de utilización adecuándola a la necesidad y a la entidad del hecho delictivo investigado. El principio de proporcionalidad exige que este medio de investigación se reduzca a casos muy representativos de la preocupación de los ciudadanos por la criminalidad producida en el ámbito de la comunidad. No sólo los delitos castigados con penas graves pueden ser objetos de esta modalidad de investigación, su aplicación puede extenderse a todos aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias

concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan

excepcionales.

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos o los que afecten al buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado aconsejan o posibilitan la implantación de medidas de estas características. Los delitos que fueron investigados en esta causa -cohechos y maquinaciones para alterar el precio de las cosas-, encajan perfectamente en las modalidades delictivas que pueden ser objetos de esta clase de investigación por lo que la medida, en este aspecto, la encontramos ajustada al principio de proporcionalidad.

También acudió el Tribunal Supremo al criterio de la trascendencia social del hecho en los delitos de tráfico de drogas. STS de 28 de noviembre de 1994 (RJA 9997):

Como ha determinado la sentencia 7/1994, de 17 enero, del Tribunal Constitucional que, si bien referida a un tema distinto, es extrapolable a éste de las escuchas telefónicas, debe existir una proporción entre la intromisión de esta clase de prueba y la finalidad perseguida y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asienta en la satisfacción de una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida –sentencias de 7 diciembre 1976, caso *Handyside*, 26 abril 1979, caso *The Sunday Times*, 24 marzo 1988, caso *Olsson* 21 junio 1988, caso *Berrehab*, entre otras– y que debe valorarse y ponderarse poniendo el acento, como señaló ya la sentencia de esta Sala de 25 junio 1993, no sólo en la gravedad de la pena conminada al delito investigado, sino asimismo a la trascendencia social del tipo.

La proporcionalidad de la medida en este caso aparece justificada por afectar a un delito de gran trascendencia social, como es el tráfico de drogas. La trascendencia acusada excusa de mayor comentario.

B) Orden de reserva

Como regla general, todas las resoluciones del Juez de Letras se notificarán al imputado (Art. 151 CPP). Claro es que, si la resolución acordando la observación telefónica se notifica al sujeto afectado por la medida, ésta devendría inefectiva e inútil. Por ello, es preciso declarar el secreto de las actuaciones al tiempo que se acuerda la medida. En esta línea, el Artículo 225 del CPP faculta a la autoridad competente para ordenar que se mantengan en reserva las medidas relativas a las «actuaciones de ejecución inmediata para la constatación del delito» (arts. 203 y ss. CPP), hasta que las mismas se hayan cumplido. La resolución judicial de reserva contendrá una breve explicación de los motivos que tuvo para ordenar las medidas y los daños que la publicidad podría ocasionar al resultado que se persiga en el proceso.

Aunque la declaración formal de reserva, para garantizar el secreto de las actuaciones, sea una exigencia legal, en el caso de

observación de las comunicaciones puede minimizarse su rigor. La

resolución que acuerda la observación de las comunicaciones personales, implica de por sí la declaración del secreto u orden de

reserva, sin que, por tanto, sea necesaria una declaración expresa o formal en tal sentido. Así lo han entendido, por ejemplo, la STS de 28 de septiembre de 1998:

Aunque lo formalmente ortodoxo sea proteger la medida de restricción del secreto de las comunicaciones –escuchas telefónicas– del conocimiento de la persona afectada mediante la declaración del secreto del sumario, en todo o en parte, el hecho de que no se haya adoptado esta formalidad legal no significa que tenga que notificarse al interesado la existencia de dicho mecanismo de investigación judicial, como sostiene el recurrente, pues la propia naturaleza y finalidad de la medida exige el desconocimiento de la misma por el afectado, ya que, de lo contrario, dicha medida resultaría irrazonable por inútil. De hecho, el secreto de esta clase de resoluciones judiciales es inherente a las mismas, se encuentra ínsito en ellas hasta su conclusión y no pierden ese carácter por el hecho de no haberse formalizado externamente. Además, aunque se admitiera a efectos dialécticos que se hubiera producido la irregularidad reprochada, se trataría de una anomalía de legalidad ordinaria, sin relevancia f constitucional, en tanto las exigencias de este orden han sido escrupulosamente respetadas. Como conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que no ha existido vulneración de la legalidad constitucional en la medida de intervención telefónica acordada por el juez de instrucción, ni se ha vulnerado con ella el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

C) Contenido del auto

El auto que acuerde la observación de las comunicaciones ha de contener las siguientes menciones:

- a) En dicho auto habrá de determinarse con absoluta precisión el objeto de la intervención: en primer término, la persona respecto de la cual se acuerda, que aun cuando normalmente coincida con el imputado en ocasiones puede acordarse respecto de otras personas (STS de 18 marzo 1994), siempre que directa y determinadamente estén relacionados con los hechos delictivos (STS de 25 junio 1993).'
- b) En segundo lugar, debe fijarse con claridad el medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida, especificando, si se tratara de intervenciones telefónicas, el número de teléfono; por lo general, se tratará de una línea telefónica propiedad del imputado, pero nada quita para que su titular sea otra persona, como en el caso de establecimientos públicos, pero entonces la intervención no puede extenderse a conversaciones ajenas al destinatario.
- c) En tercer lugar, las modalidades de intervención, señalando si afecta a las comunicaciones que reciba o a las que realice; si es

preciso, en las telefónicas, grabar la conversación o basta con registrar las llamadas y los números a los que se dirige o desde los que se comunica, etc.

- d) También determinara el Juez a quien corresponde la ejecución material de la medida y el tiempo durante el que se acuerda.
- e) Por último el hecho delictivo al que se contrae el proceso penal en que se decreta (STS de 12 enero 1995) y, por tanto, la intervención misma, sin que resulte legítimo amparar bajo un auto de intervención la investigación de hechos diferentes. Así pues, inmediatamente que aparezca en la intervención la comisión de otros delitos, deberá darse noticia al Juez y sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado, que específicamente la ordene para los nuevos hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga las intervenciones constituirían una injerencia no legítima (STC 49/1996 y SSTEDH de 6 septiembre 1978 [*klass* y otros], 2 agosto 1984 [caso Malone], y 24 abril 1990 [caso *Kruslin*]).

A la necesidad de que el auto exprese los hechos delictivos objeto de investigación se ha referido también el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 11 de octubre de 1994 (RJA 8170), al decir que el principio de especialidad que rige en esta materia, significa que «no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos» y que «no es correcto extender autorización prácticamente en blanco», exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SSTS de 2 julio 1993 y 21 enero 1994; así como que no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (sentencia de 15 julio 1993).

4.2.5.3.- El desarrollo de la medida

Una vez acordada la medida, mediante el oportuno auto, el Juez de Letras podrá oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada, o bien podrá encomendar la ejecución de la diligencia a los agentes de la Policía. En cualquier caso, el encargado de ejecutar la intervención remitirá el resultado de la observación directamente al Juez.

Al propio tiempo todos los funcionarios y empleados de telecomunicaciones, así como los de la Policía, deberán guardar secreto y, en caso de incumplimiento, incurrirán en la correspondiente responsabilidad penal (art. 223.VII CPP).

A) Control judicial periódico del desarrollo de la medida

La jurisprudencia española viene exigiendo un riguroso control del Juez sobre la actividad desarrollada por los empleados de la Compañía telefónica o por la Policía en ejecución del auto que acuerde la observación de las comunicaciones. Así, el ATS de 18 de junio de 1992 (RJA 6102) señala:

El Juez debe controlar de forma muy precisa el desarrollo de la autorización concedida, en el sentido de ordenar que se entreguen, tan pronto como sea posible, en el Juzgado, los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas (en el caso de que se considere que intervención y observación son dos supuestos diferenciables, lo que, en este momento, no interesa dados los términos de lo que se va a decir), en la forma que en cada caso se estime procedente para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar, con carácter exclusivo y excluyente, de manera inmediata, la selección de las conservaciones intervenidas y grabadas, desechando aquellas que no afecten al objeto de la investigación, siempre con la vigencia del principio de inmediación y, siendo posible, de contradicción y la obligada, presencia del secretario Judicial.

Las garantías de los sujetos implicados durante la ejecución de la observación merecen una especial atención. Ello es debido esencialmente a que, por lo general, la ejecución de la observación, una vez acordada, se delega en la Policía. Por ello la jurisprudencia encuentra en dicha consideración el fundamento del deber que pesa sobre el Juez de mantener un estrecho control sobre la ejecución de la observación. STS de 11 de octubre de 1994 (RJA 8170):

Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser exquisito y riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último es al Juez y no a la Policía, a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad.[...]. En este punto es evidente que en autos no se ha cumplido el control judicial necesario en cuanto al Juzgado se enviaba copia no compulsada de las conversaciones y una transcripción policialmente seleccionada de las mismas, que el secretario se limitaba a cotejar, dando fe de su correspondencia en lo fundamental, pero sin intervención del Juez.

En el mismo sentido la jurisprudencia ha cifrado el control judicial en la necesaria dación de cuenta periódica al Juez de los

resultados de la observación, la entrega de las cintas originales a dicho Juez, así como la transcripción y audición en su caso de las mismas. STS de 22 de julio de 1998 (RJA 6177):

Con posterioridad a la resolución judicial han de tenerse presente otras exigencias, como se acaba de decir, que permitan incluir tales escuchas en el acerbo probatorio común, lo que únicamente acaecerá si las mismas, tras realizarse legal y constitucionalmente, se hacen llegar «para la íntima convicción de los Jueces» una vez que garantemente se revisen y analicen en el juicio oral. Por eso el control judicial de la medida, su limitada duración, la obligada custodia por el secretario Judicial una vez que las cintas se entregan oficialmente, y finalmente las transcripción literal y gráfica, en su caso la audición de las conversaciones, con el refrendo pericial preciso si a ello hubiere lugar.

B) La duración de las medidas de observación de las comunicaciones: prórroga

La duración de estas medidas viene fijada en el Artículo 223.V CPP: la intervención no podrá durar más de quince días; pero permite su prórroga por el Juez, a instancia de parte, «por períodos sucesivos de quince días, en virtud de auto motivado, siempre que se mantengan los presupuestos que inicialmente justificaron la adopción de la medida».

Esta regulación es enormemente defectuosa. No arbitra claras soluciones ante la aparente contradicción que se advierte entre la situación procesal de imputado y parte en el procedimiento, que tiene acceso a todas las actuaciones y puede intervenir en ellas, por un lado y, por otro lado, el inevitable desconocimiento de la medida de intervención decretada contra la persona cuyas comunicaciones se ordena observar. Una medida que supone la intromisión (ciertamente legítima) en la esfera propia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no puede durar indefinidamente, y mucho menos sin que el afectado sepa que se está produciendo una limitación del mismo, vigilándole secretamente; eso nos llevaría a un Estado-policía, intolerable en un sistema democrático incluso para salvaguardar las instituciones (STEDH de 6 septiembre 1978 [caso Klass y otros]).

El legislador ordinario ha de establecer, pues, un plazo máximo durante el que quepa mantener la intervención de las comunicaciones ordenada en el marco de una investigación penal. Una extensión indefinida en el tiempo de la observación, mediante sucesivas prórrogas, puede constituir una medida desproporcionada que además supone vaciar de contenido el derecho consagrado en el Artículo 100 CPH⁽⁹⁶⁾

(96) Así, dice Víctor Moreno Catena, «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la justicia penal* (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), Castellón, 1997, pág. 421, que «una prolongación de la intervención telefónica que se convirtiera en excesiva, no sometida a límite temporal alguno, a través de prórrogas sucesivas, la convertiría en desproporcionada e ilegal».

El propio Tribunal Supremo, en STS de 9 de mayo de 1994 (RJA 3627), al tratar un supuesto en el que la intervención se mantuvo durante dos años, declara:

La parte recurrente sostiene que toda la prueba acumulada se deriva de una inicial observación telefónica que

considera radicalmente nula por no ajustarse a los principios de legalidad y proporcionalidad que son exigibles para su validez y efectos probatorios... Reconoce que ha existido una autorización judicial previa pero la califica de amplia e indiscriminada ya que, según manifiesta, la escucha se mantuvo durante más de dos años.

[...] La medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e ilegal fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado.

C) Finalización de la observación. Notificación a los sujetos interesados

Una vez finalizada la observación, la doctrina viene manteniendo la necesidad de que la existencia de la medida se comunique en cualquier caso al sujeto afectado por la misma. Afirma Moreno Catena que «la regulación de la medida puede provocar indefensión si no se pone en conocimiento del interesado la intromisión y se le priva, por este hecho, de la posibilidad de obtener la tutela de ese derecho fundamental en los casos en que la observación no haya respetado escrupulosamente lo prevenido en la ley; si nunca llegara a conocer la existencia de la medida, ésta escaparía a todo control (STS de 14 junio 1993 y STC 54/1996)»⁽⁹⁷⁾.

4.3.- Intervenciones corporales y diligencias afines

4.3.1.- Los derechos fundamentales afectados

Toda intervención corporal supone, en mayor o menor medida, una intromisión de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo. De ahí que su constitucionalidad deba, necesariamente, examinarse a la luz de los derechos fundamentales que proclama el ordenamiento jurídico, resultando especialmente afectados los artículos 59, 68, 69, 76, 145 de la Constitución hondureña.

4.3.1.1.- El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes

El Artículo 59 de la Constitución Política de Honduras consagra la dignidad del ser humano como un derecho inviolable de la persona. Consecuentemente, se reputarán prohibidas las prácticas que la

⁹⁷Víctor Moreno Catena, *La intervención...*, cit., pág. 421.

degraden; y no sólo por infringir en sí dicho precepto, sino por afectar también al Artículo 68 de la propia Constitución en cuanto garantiza que nadie pueda ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La interdicción de «la tortura», así como de las penas o «tratos inhumanos o degradantes», se

contiene también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948 (Art. 5); y en Convenios internacionales como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966 (Art. 7) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950 (Art. 3).

Ha de significarse que el ámbito de cobertura del derecho fundamental en cuestión no se extiende, sin más e incondicionalmente, a toda suerte de maltrato, cualquiera que fuera éste, sino que es imprescindible que alcance un mínimo de gravedad para que opere la garantía consagrada en el Artículo 68 de la Constitución hondureña.

En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de señalar (cfr. ATC 333/1997) que su ámbito constitucionalmente garantizado *prima facie* «protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, 117/1990, 215/1994, - y 207/1996). Ahora bien, más allá de ese genérico contenido protegido *ab initio*-y, por ende, susceptible de limitación-, el constituyente quiso delimitar con mayor precisión el alcance del derecho, incorporando a tal objeto idéntica garantía que la contemplada en el Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a saber: la exigencia de que nadie pueda ser sometido «a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Como es palmario, se trata de unas prohibiciones delimitadoras del ámbito constitucionalmente protegido investidas de un carácter absoluto («nadie debe ser», dice el texto del Artículo 68 de la CPH), razón por la cual la sola constatación de que han sido transgredidas revelará ya inmediata e inequívocamente la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. No es de extrañar, pues, que, cuando se plantea la posible conculcación de este derecho, deba comenzarse por analizar si la medida frente a la cual se reacciona es subsumible dentro de algunas de las tres categorías citadas: tortura, trato inhumano, trato degradante.

Siguiendo la estela iniciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Irlanda c. el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, 167, según la cual la distinción entre las tres categorías deriva principalmente de la diferente intensidad del sufrimiento causado, también el Tribunal Constitucional español ha subrayado que las mismas integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante. «Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» -se dice en la STC 120/1990 (FJ 9)-

son, en su significado jurídico, «naciones graduadas de una misma escala» que, en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y

doblegar la voluntad del sujeto paciente» (doctrina que se reitera en las SSTC 137/1990, 57/1994 y 215/1994).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dando un paso más, se ha aventurado a aproximarse al concepto de «trato degradante», considerando como tal aquel que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral (sentencias *Irlanda c. el Reino Unido* de 18 de enero de 1978, 167; *Soering* de 7 de julio de 1989, 100, y *Tomasi c. Franci*, de 27 de agosto de 1992, 112). Sea como fuere, la jurisprudencia emanada del TEDH pone el énfasis en que, para entender que un maltrato se halla bajo el ámbito de cobertura del Artículo 3 del Convenio, es imprescindible que el mismo supere un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es, por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (entre otras, sentencias *Irlanda c. el Reino Unido* 162; *Tyrer*, de e 25 de abril de 1978, 30; *Soering*, 100; *Cruz vara y Otros c. Suecia* de 29 de agosto de 1990, 83; *Vilvarajh y otros c. el Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991, 107). En suma, utilizando los términos empleados por el TEDH en el caso *Campbell y Cosans*, «para que el trato sea "degradante" debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (sentencia de 25 de febrero de 1982, 28; reiterado en la Sentencia *Castello-Roberts c. el Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993, 30).

Así pues, determinar cuándo se ha cruzado el umbral que separa el maltrato lesivo del derecho fundamental, por un lado, del maltrato constitucionalmente irrelevante, por otro, constituye, como ha quedado dicho, un asunto que sólo puede resolverse a la luz de las específicas circunstancias del caso en cuestión. Con todo, es factible identificar un par de criterios susceptibles de ser utilizados con alcance general. En primer término, y correlato lógico del carácter absoluto de las prohibiciones que nos ocupan, no ha de perderse de vista que, al efectuar dicho enjuiciamiento, en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida objeto de control. Sobre esta base se erige la constante afirmación de que «aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados» (STC 215/1994, fundamento jurídico 5º A, reiterando la doctrina ya contenida en las SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994). Y, en segundo término, el sufrimiento por ella provocado sólo podrá catalogarse de «trato degradante» si va más allá del usual y, a menudo, inevitable elemento de humillación inherente a la sanción misma (casos *Tyrer*, 30; *Soering* 100 y *Castello-Roberts* 30). Por ello, el

Tribunal Constitucional español sólo viene reputando como penas o tratos degradantes a los que «provocuen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/ 1986, fundamento jurídico 4º; desde

entonces doctrina constante: SSTC 89/1987, 120/1990, 137/1990, 150/1991 y 57/1994).

Yendo a algunos ejemplos concretos de la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional no ha considerado degradante ni contraria a la dignidad de la persona «la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina». La STC 7/1994, de 17 de enero, da cuenta de ello:

[...] Es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se*, una injerencia prohibida (STC 103/1985, fundamento jurídico 3). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 noviembre 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, fundamento jurídico 3).

Tampoco «cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la realización de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina» (STC 37/1989).

4.3.1.2.- El derecho a la integridad física, psíquica y moral

El Artículo 68 de la Constitución Política de Honduras declara en su primer párrafo que «toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, síquica y moral».

Aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (cfr. STC 35/1996), reconocido en los artículos 145 y siguientes de la Constitución hondureña, su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular» (STC 207/1996).

Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un *plus* de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Con el fin de precisar aún más esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar (por todas la STC 207/

1996) que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

- a) *Inspecciones y registros corporales*. Una primera clase de actuaciones son las denominadas inspecciones y registros

corporales, esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.). En ellas no resulta, en principio, afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (Art. 76 CPH) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

- b) *Intervenciones corporales.* Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (Art. 68.1 CPH), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

4.3.1.3.- El derecho a la libertad ambulatoria

La práctica coactiva de exámenes corporales y extracción de muestras del imputado supone la privación de la libertad deambulatoria del individuo, al menos durante el tiempo necesario para realizar

tales pruebas, y su conducción al centro donde hayan de ejecutarse. Puede verse así afectado los artículos 61, 69 y concordantes de la CPH, sobre el derecho a la libertad.

La libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios (cfr. STC 120/1990). Es claro sin embargo que la práctica de intervenciones e inspecciones o registros corporales supone el uso de

medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, siempre que estén justificadas por una situación previa legitimadora de la detención, no constituyen violación del derecho fundamental (cfr. los arts. 175 y 176 del CPP).

4.3.1.4.- El derecho a la intimidad personal

El derecho a la intimidad personal consagrado en el Artículo 76 de la Constitución Política de Honduras, aparece configurado como un derecho individual y fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el Artículo 59 reconoce. Así pues, la intimidad personal constitucionalmente garantizada entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, 179/1991, 20/1992 y 57/1994).

En la Constitución de la República se garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, haciéndola, en principio, «inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad» (cfr. SSTC 37/1989, 120/1990 y 137/1990). De ahí que el derecho a la intimidad corporal pueda resultar afectado desde la práctica de las intervenciones más banales como cortes de pelo, cacheo o extracción de sangre hasta las más graves, como los registros anales o vaginales.

Claro es que, esta afirmación de principio requiere algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el Tribunal Constitucional español no considera que el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido se extienda absolutamente a todo el cuerpo humano, sino que queda reducido «a las zonas corporales donde reside el "recato" o "pudor"». Así lo expone la STC 37/1989, de 15 de febrero:

[...] el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no

pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

La segunda es la de que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante

exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (cfr. arts. 99 y 100 CPH).

4.3.2.- Cacheos y registros personales

Los artículos 206 y 207 del Código Procesal Penal regulan los registros personales y la forma de practicarlos. Son aquí aplicables *mutatis mutandis* las consideraciones efectuadas a propósito de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado.

Artículo 206. Registros personales. Cuando existan motivos que hagan presumir que dentro de sus ropas o pertenencias, una persona oculta, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, ' objetos, señales o vestigios relacionados con un delito, se le practicarán registros incautándosele las cosas encontradas. En tal caso, podrá ordenarse su conducción en forma coactiva a las oficinas competentes.

Antes de proceder al registro se advertirá a la persona sobre la sospecha que se tenga y se le invitará a que muestre o exhiba lo que lleva consigo y si la entrega voluntariamente, no se procederá al registro, salvo que haya motivos fundados para creer que aún oculta alguna cosa relacionada con el delito.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se hará, de ser ello posible, en presencia de dos testigos hábiles, si pudieren ser habidos sin demora, quienes preferiblemente deberán ser vecinos del sitio en que tuvieron lugar los hechos investigados, dejando constancia en el acta de lo actuado.

Los agentes de la Policía Nacional no podrán llevar a cabo registros personales sobre zonas corporales que afecten al pudor de la persona registrada. Salvo el caso en que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de dicha persona, su registro se hará por otra del mismo sexo.

Las inspecciones corporales que afecten a zonas anatómicas íntimas, sólo podrán llevarse a cabo en virtud de mandato judicial, a petición fundada de parte, por médico o, en su defecto, por personal sanitario.

El Juez, al tomar su decisión, por auto motivado ponderará la utilidad, proporcionalidad e insustituibilidad por otros procedimiento de examen, de la inspección corporal.

Cuando el examen corporal no pueda demorarse el tiempo necesario para obtener la autorización judicial, y exista grave peligro de frustración del resultado de la medida, podrá ser autorizado por el Ministerio Público, quien dará inmediata y razonada cuenta al Juez, el cual, por auto motivado, convalidará el registro o examen o lo dejará sin efecto.

Artículo 207. Forma de practicar los registros personales. Los

registros a que se refiere el Artículo anterior se practicarán individualmente y con respeto absoluto para la dignidad, el pudor, la integridad corporal y la salud de las personas.

El registro de personas será efectuado por agentes del mismo sexo y, de no haberlas, por dos personas también del mismo sexo, designadas para el efecto.

En ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal y si éste afectare las zonas corporales íntimas, deberá ser hecho por un médico, y de no haberlo, por personal sanitario.

La persona examinada tendrá derecho a requerir que, durante el examen, esté presente una persona de su confianza, siempre que pueda localizarse sin tardanza que implique riesgo de frustración de la finalidad perseguida por la medida.

Los resultados del registro se harán constar en acta, que firmarán los agentes de investigación que lo hayan practicado y además, la persona registrada. Si ésta no quiere o no puede firmar, se dejará constancia de este hecho en dicha acta.

El Tribunal Constitucional español ha abordado el tema de los «cacheos» y su incidencia en el derecho a la libertad de deambulación en sus providencias de 26 de noviembre de 1990 (recurso 2.252/90), 28 de enero de 1991 (recurso núm. 2.260/90) y 28 de enero de 1991 (recurso 2.262/90). Dice esta última:

El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo.

Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una «privación de la libertad» ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen.

4.3.3.- Exámenes corporales y extracción de muestras

La regulación fundamental de esta materia se encuentra en el Artículo 107 del Código Procesal Penal. Establece este precepto:

Exámenes corporales y extracción de muestras del imputado. Para la determinación de la verdad, el órgano jurisdiccional podrá, a petición de parte interesada, ordenar, de

ser necesario, que se practiquen a la persona imputada exámenes corporales o extracciones de muestras que técnica y

científicamente sean útiles, confiables y proporcionadas para aquel fin, siempre que no entrañen peligro para su salud.

Se practicarán en forma que no lastimen el pudor ni la dignidad del examinado.

Cuando fueren imprescindibles para determinar la verdad, podrán practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada. Para su práctica sólo se podrá utilizar la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad del examinando.

Tales intervenciones necesariamente deberán ser efectuadas por profesionales de la medicina, profesionales sanitarios, técnicos en laboratorio o microbiólogos, según corresponda.

Sujeto a las exigencias antes expuestas y en aquellos casos en que no sea posible obtener la autorización judicial porque el transcurso del tiempo pueda perjudicar la investigación volviéndola inocua, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de tales exámenes y extracciones de muestras, dando cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quien convalidará o dejará sin efecto lo realizado.

Esquemáticamente podemos sintetizar la anterior norma en los siguientes apartados:

1. ¿Quiénes pueden ordenar estas diligencias? El órgano judicial (Juez o Tribunal). Excepcionalmente el Ministerio Público, la validez dependerá en este caso de que:
 - a) No sea posible obtener la autorización judicial porque el transcurso del tiempo perjudique la investigación volviéndola inocua.
 - b) Se dé inmediata y razonada cuenta al Juez, quien la convalidará o dejará sin efecto.
2. Se acuerdan a instancia de parte; no de oficio.
3. Requisitos en su adopción (mediante resolución motivada):
 - 3.1. El Juez ha de valorar si son útiles, confiables y proporcionadas a la averiguación de la verdad.
 - 3.2. Igualmente ha de ponderar que no entrañen peligro para la salud del imputado.

4. Requisitos en su práctica:

- 4.1. Sin lastimar el pudor ni la dignidad del examinado.
- 4.2. Podrá usarse la fuerza, excepcionalmente, cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad (física o psíquica) del examinando.
- 4.3. Habrán de ser efectuadas por profesionales (médicos, sanitarios, técnicos de laboratorio, microbiólogos, según el caso).

El precepto es acorde con los parámetros de la doctrina sobre la proporcionalidad en la injerencia de derechos fundamentales. No está de más recordar que el sacrificio de derechos individuales tales como la integridad física e intimidad personal son susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable si se dan los siguientes requisitos: a) que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley; b) que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada; y c) que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996). A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3º).

4.3.3.1.- Fin constitucionalmente legítimo

Ciertamente, la Constitución de la República, en sus artículos 68 y 76, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad; a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (arts. 99 y 100 CPH). Mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 1º y 8º).

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

4.3.3.2.- Principio de legalidad

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la juris Prudencia -

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (sentencias del TEDH «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts /Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH núms. 8239/1978 y 8278/1978). Pues bien, el apartado 2º del mencionado Artículo 8

expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad

pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...».

La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina del Tribunal Constitucional español. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijo el Alto Tribunal que la limitación de dicho derecho sólo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7º), que en aquel caso entendió existente (fundamento jurídico 8º). De manera igualmente explícita afirmó la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3º): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconoció la existencia de habilitación en el Art. 127 del Código Civil, en consonancia con el Art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hizo en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (fundamento jurídico 8º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (Art. 3.4 LOGP) y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el Artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria.

Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.

4.3.3.3.- Jurisdiccionalidad

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (allanamientos del domicilio -Art. 99 CPH-, intervención de las comunicaciones -Art. 100 CPH-, etc.), en la Constitución de la República no existe reserva absoluta alguna de resolución judicial en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (Art. 76 CPH) y a la integridad

física (Art. 68 CPH), con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 se dijo que era «sólo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7º), aunque sin descartar la posibilidad de que,

en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8º).

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la Policía o al Ministerio Público para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (cfr. STC 207/1996).

4.3.3.4.- Motivación de la resolución judicial

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras).

Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996).

4.3.3.5.- Principio de proporcionalidad

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene

determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, se ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple

los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

- c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a ' cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 59.11 y 68.11 CPH).

5.- BIBLIOGRAFIA

201

Aguilera de Paz, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2.^a edic, Madrid, 1925.

- Almagro Nosete, José. Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal (con Tomé Paule), 2.ª ed., Trivium, Madrid. 1994.
- Asencio Mellado, José María. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Colección Cuadernos de Derecho Judicial. 1992-V
- Asencio Mellado, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Trivium, Madrid. 1989.
- Belloch Julbe, Juan Alberto. La sentencia penal. Colección Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XIII. 1992.
- Calamandrei, Piero. Proceso y democracia. Traducción de Fix Zamudio, Buenos Aires. 1960.
- Congreso Nacional (Honduras). Código Penal, Decreto No. 144-83. Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta, No. 24,264. 12, marzo, 1984.
- Congreso Nacional (Honduras). Código Procesal Penal, Decreto No. 9-99-E. Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta. 1999.
- Congreso Nacional (Honduras). Constitución de la República de Honduras, Decreto No. 131. Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta. 1982.
- De la Oliva Santos, Andrés. Derecho Procesal Penal (con Aragonese y otros). Ceura, Madrid, 1996.
- Delgado García, Joaquín. La prueba en el proceso penal II. Colección Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX. 1996.
- Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Buenos Aires. 1970.
- Díaz Cabiale, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial número 20
- Diges Junto, Margarita y J. J. Mira Solves. La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad. Justicia. 1988.
- Ellero, Pietro, De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la Prueba en materia penal, Reus S.A., 6.ª ed., Madrid. 1968.
- Ferrua, P. Imputato e difensore nel nuovo processo penale», en Profili del nuovo processo penale (obra colectiva). Padua. 1988.
- Ferrua, P. Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato, Cassazione Penale. 1990-1.
- Follet, Ken. El tercer gemelo, ed. original Crown Publishers Inc., Nueva York. 1996.
- Flores Prada, Ignacio. El valor probatorio de las declaraciones de los Coimputados Tecnos, Madrid. 1997.
- García Morillo, Joaquín. Derecho Constitucional (con López Guerra y otros), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia. 1991.
- Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Penal (con Moreno Catena y Cortés Domínguez). 2.ª ed., Colex, Madrid. 1997.
- Gimeno Sendra, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Cívitas, Madrid. 1981.
- Gimeno Sendra, Vicente. Introducción al Derecho Procesal (con Moreno Catena y Cortés Domínguez). Colex, 2.ª ed., Madrid. 1997.
- González-Cuéllar, Nicolás. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Colección Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XXIX, CGPJ, Madrid. 1993.
- Herrero Martínez, Mariano. Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada,

- anotada y comentada. Valladolid. 1908.
- Huertas Martín, María Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. Bosch, Barcelona. 1999.
- Luzón Cuesta. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI. Madrid. 1997.
- Mittermaier, C. J. A. Tratado de la prueba en materia criminal, 10.ª ed., adicionada y puesta al día por Pedro Aragonese Alonso, Reus S.A., Madrid. 1979.
- Montero Aroca, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.
- Montón Redondo, Alberto. Derecho Jurisdiccional, tomo III, Proceso Penal (con Montero, Ortells y G. Colomer), 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.
- Moreno Catena, Víctor. Derecho Procesal Penal (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), 2.ª ed., Colex, Madrid. 1997.
- Pérez, Francisco Alonso. Requisitos procesales de la diligencia de reconocimiento en rueda o grupo de personas. La Ley, 24 de septiembre de 1999.
- Picatoste Bobillo, Julio César. Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación. Año 1993, tomo III. CGPJ, Madrid. 1994.
- Ramajoli, S. La prova nel processo pénale. Cedam, Padua. 1995.
- Reyes Alvarado, Yesid. La prueba indiciaria, Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 2.ª ed., Bogotá (Colombia). 1989.
- Sempere Rodríguez. Comentarios a las Leyes Políticas (dirigidos por Osear Alzaga). Tomo II, Madrid. 1984.
- Serra Domínguez, Manuel. De las presunciones. Comentario del Código Civil, obra colectiva, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II
- Serra Domínguez, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona. 1969.
- Sicard, La preuve en justice, París. 1960.
- Thompson, James S. y Margaret W. Thompson. Genética Médica, 2.ª ed., Salvat, Barcelona, reimpresión 1977.
- Vázquez Iruzubieta, Carlos. Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Edersa, Madrid. 1990.
- Víctor Moreno Catena. La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), Castellón, 1997.

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres de Litocom
en el mes de abril de 2001
y su edición consta de 1,000 ejemplares