

CUADERNOS DE ESTUDIOS JUDICIALES
"RAFAEL ALVARADO MANZANO"

Valoración de la prueba.

Presunción de inocencia.

Indubio pro reo.

Manuel Estrella Ruiz

Manuel A. Fortín Aguilar

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA
*IN DUBIO PRO REO***

Manuel Estrella Ruiz

Magistrado Audiencia Provincial de Cádiz, España.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

Subdirector Escuela Judicial, Honduras

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- 20 - 80 - 3

Tegucigalpa, Honduras. Abril de 2001
Impreso en LITOCOM, S. de R.L. 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".

1"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

INDICE

VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. "IN DUBIO PRO REO"

1.-Valoración de la prueba	1
2.-Sistemas de valoración de la prueba.....	2
2.1-Sistema de la prueba legal o tasada.....	2
2.2-Sistema de íntima convicción	3
2.3-Sistema de la sana crítica racional	4
2.3.1-Ley de identidad.....	5
2.3.2-Ley de contradicción	5
2.3.3-Ley de tercero excluido	6
2.3.4-Ley de razón suficiente.....	6
2.4 - El Código Procesal Penal. Sistema adoptado.....	6
3.- Medios de prueba	7
3.1- Prueba testifical	7
3.1.1-Incompatibilidades.....	8
3.1.2-Clases de declaraciones testificales.	9
3.1.3-Deberes de los testigos	10
3.1.3.1-Deber de comparendo o comparecencia.....	10
3.1.3.2-Deber de declarar sobre la verdad de los hechos	11
3.1.4-Excepciones.....	11
3.1.4.1.-Excepción al deber de comparecer a la sede judicial pero no de declarar.....	12
3.1.4.2.-Excepción al deber de prestar juramento y decir la verdad	12
3.1.4.3.-Excepción al deber de declarar pero no de comparecer.....	12
3.1.5.-La prueba testifical anticipada	12
3.1.6.-El testigo residente en el extranjero.	14
3.1.7.-El testigo oculto.....	14
3.1.8.-El testigo de referencia	15
3.1.9.-Valoración del testimonio	15
3.2-La prueba pericial	18
3.2.1- Elementos de la pericia	19

3.2.2-El testigo perito y el perito testigo.....	19
3.2.3.-Número de peritos.....	20
3.2.4.-Requisitos para ser perito	21
3.2.5-Incompatibilidades para ser perito	22
3.2.6.-Régimen jurídico.....	22
3.2.7.-Informe pericial y prueba pericial.....	23
3.2.8.-Valoración de la prueba pericial.....	23
3.3-La prueba indiciaria y las presunciones.....	24
3.3.1-Concepto de indicio.....	24
3.3.2-Clases de indicios	25
3.3.3-Indicios en ciertos delitos	26
3.3.4-Valoración de los indicios	27
3.3.5-Presunciones	27
3.4- La confesión	30
3.4.1-Noción e importancia.....	30
3.4.2-Concepto	30
3.4.3-Requisitos.....	31
3.4.4-Valoración de la confesión.....	34
3.5-La inspección Judicial.....	34
3.5.1-Requisitos.....	35
3.5.2-Debe consignarse en un acta.....	36
3.5.3.-El uso de otros medios para contribuir a la objetivación del tribunal.....	37
3.5.4.- A solicitud de partes y su intervención en la realización.....	37
3.5.5-Participación de peritos y testigos	38
3.5.6.-Inspección realizada por un juez que No es miembros del Tribunal Sentenciador.....	38
3.5.7.-Valoración de la inspección.....	40
3.6-La prueba documental.....	40
3.6.1-Concepto de documento.....	40
3.6.2-Clases de documentos.....	41
3.6.3.-Valor probatorio de los documentos Públicos.....	42
3.6.4.-Valor probatorio de los documentos Privados.....	43
4- La prueba Ilícita	44
4.1-Introducción.....	44

4.2-Excepciones a la teoría general	47
4.3-La denominada fuente independiente	48
4.4-El nexo causal atenuado, la tacha saneada o fuente cuasi independiente.....	49
4.5-El hallazgo o descubrimiento inevitable	51
4.6-La prueba ilícita en el Código Procesal Penal de Honduras.....	53
5.-La prueba ilícita y las medidas restrictivas de derechos fundamentales.....	72
5.1-Introducción.....	72
5.2-El allanamiento de morada.....	76
5.3-Intervenciones telefónicas.....	80
5.4-Apertura y examen de la correspondencia.....	83
5.5- Intervenciones corporales	85
6.-Presunción de inocencia. <i>In dubio pro reo</i>	92
6.1-Introducción y distinción entre ambos principios	92
6.2-La presunción de inocencia y su ámbito de aplicación. Problemas prácticos.....	98
6.3-La presunción de inocencia y a prueba indiciaría.....	100
6.4-La presunción de inocencia y las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal.....	112
6.4.1-Concepto y función.....	114
6.4.2-Presupuestos comunes	115
6.4.3-Elementos.....	116
6.4.4-La aprehensión.....	119
6.4.5-La detención.....	124
6.4.6-La prisión provisional	125
6.4.7-El recurso de exhibición	131
6.4.8-Las medidas alternativas.....	132
6.5-La presunción de inocencia y la motivación de las resoluciones judiciales.....	134
6.5.1-Construcción Constitucional de la motivación de la sentencia penal....	137
6.5.2-Alcance de la motivación.....	140
7. Bibliografía.....	146

VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, "IN DUBIO PRO REO"

Manuel Antonio Fortín Aguilar

1.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Es importante diferenciar, como lo expresa Climent Duran⁽¹⁾, entre valorabilidad de una prueba y la valoración de la misma. Concibe este autor a la primera como un paso previo necesario para poder entrar a la valoración de la prueba, es decir que es preciso determinar si la prueba ha sido producida del modo y bajo el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, y el de valoración que permite establecer el valor real que el juzgador otorgará a la prueba.

Lo anterior implica que la valorabilidad exige que se respeten en la producción de la prueba y en su evacuación requisitos básicos que no se pueden soslayar y que determinan el control jurisdiccional en defensa y garantía de los derechos del que se juzga, son ellos el de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

El respeto de esos principios básicos es consustancial para que la prueba pueda ser objeto de la observación previa (valorabilidad) y pase a la etapa de su valoración.

El código procesal penal contiene en su normativa regulaciones sobre la valorabilidad, así por ejemplo se rechaza la prueba obtenida de manera ilícita (Art. 200 C.P.P.), en lo relativo a la prueba anticipada exige como norma la citación previa de las partes para posibilitar el contradictorio (Art. 227 C.P.P.).

La valoración de la prueba es el proceso que tiene que realizar el tribunal para determinar si son ciertos los hechos afirmados por las partes, por haber quedado suficientemente probados o si no han quedado probados por no haber sido objeto de la prueba

(1) CLIMENT Duran, Carlos. La Prueba Penal. Tirant lo Balnch. pag. 525 y sig.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

necesaria o adecuada, esa labor de valoración la realiza el órgano sentenciador mediante un estudio que hace de la prueba, sustentándola en las leyes de la lógica, las reglas de psicología y la experiencia común.

La prueba vertida en juicio es examinada mediante un razonamiento fáctico; se analiza la declaración del testigo, la confesión de la parte o el contenido de un documento y luego cada elemento de prueba se confronta con una determinada máxima de experiencia para concluir si estos actos son creíbles o no lo son y, así se llega a la valoración de cada elemento de prueba.

En el desarrollo de las etapas anteriores al juicio oral (preparatoria e intermedia), el Juez de Letras, que es el garante del proceso, debe vigilar de manera estricta, que la producción de la prueba se lleve a cabo dentro de la legalidad que demanda el Código Procesal, para que de esta manera el tribunal sentenciador, tenga la plena convicción que esa prueba que se evacuará en el debate, reúne los requisitos legales exigidos y pueda conformar el silogismo de habilidad o confianza que genera cada elemento probatorio; posteriormente el órgano sentenciador debe determinar la apreciación y significación que le merece cada prueba y así establecer mediante este ejercicio mental cuales hechos declarará como verdaderos y cuales no le merecen ese calificativo.

2.- SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Históricamente se dice que han existido tres sistemas de valoración de la prueba: la prueba legal o tasada, la íntima convicción y la sana crítica racional.

2.1- SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA

En este sistema de la prueba legal o tasada, el valor o eficacia de cada prueba viene ya determinada en la ley procesal, no importa si el juzgador no ha adquirido el convencimiento necesario sobre la fiabilidad de ese elemento probatorio, que la ley, en perjuicio de la independencia del juez, ya le atribuye. En nuestra legislación procesal actual se establece que la declaración de

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

dos testigos contestes hacen plena prueba, mientras tanto en otro apartado el Código de Procedimientos Penales, al cual me refiero, advierte que el Juez debe valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; como podemos observar existe una contradicción.

Este sistema de valoración es secuela de un régimen inquisitivo donde no existe mucha libertad política, fenómeno que se refleja en un Poder Judicial sin libertad jurídica, el Juez sufre la imposición de reglas que tiene forzosamente que seguir al valorar la prueba.

Producto de la imposición legislativa, este sistema coarta la libertad valorativa del juzgador, así entendido, se puede afirmar que cuando un juez valora las pruebas bajo este sistema expresa no su convicción, sino un mandato del legislador.

Bajo ese esquema imperante para el Juez, se le obliga a fundamentar sus fallos, precisamente sustentados en esa valoración, so pena de que si no lo hace, la resolución puede ser revocada por el órgano superior.

Como lo establece Vivas Ussher⁽²⁾: "Los recursos contra lo resuelto por el Juez tienen efecto 'devolutivo' en el sentido originario de la expresión, esto significa que el Juez devuelve la competencia que ejercía por delegación, al príncipe o señor jurisdiccional para que decida en definitiva la causa."

2.2- SISTEMA DE ÍNTIMA CONVICCIÓN

"El método de íntima convicción, implica de consuno:

- 1) La inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba;
- 2) Que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio, ambos rasgos lo perfilan y permiten distinguirlo de otros sistemas; lo primero acredita que la conciencia no está aprisionada por el dogma, lo segundo consagra la irresponsabilidad del Juez."⁽³⁾

En contraposición al sistema de prueba legal, el sistema de

⁽²⁾VIVAS Ussher, Gustavo Manual de Derecho Procesal tomo II. Ediciones Alveroni. 1999.

⁽³⁾VELEZ Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo 1. pag,354. Marcos Lerner, Editora. Córdoba. Argentina

Manuel Antonio Fortín Aquilar

valoración de la íntima convicción permite que el juzgador valore la prueba según su leal saber y entender, exigiéndole de explicar los fundamentos de la decisión que ha adoptado.

Sin embargo esa libertad valorativa que goza el Juez no implica que puede sustituir la prueba por el arbitrio, como dice Cafferata Ñores: "Ni para producir veredictos irracionales sino un acto de confianza en el 'buen sentido' (racionalidad) connatural a todos los hombres." ⁽⁴⁾

Se insiste como una debilidad que manifiesta este sistema, la arbitrariedad del fallo, en virtud que no existe la obligación para el juzgador (ya sea Juez unipersonal, tribunal colegiado o jurado) de explicar los fundamentos de la decisión emitida.

2.3- SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA RACIONAL

El sistema de libre convicción o sana crítica racional o términos con igual significado ⁽⁵⁾ · permite al Juez que valore las pruebas con libertad, sin embargo lo obliga a que respete los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común.

En la lógica formal se aceptan los siguientes principios: de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente; las reglas de la experiencia común son producto de las ciencias empíricas que son aceptadas por el común de los hombres.

En este sistema el Juez llega a un convencimiento, como producto de elementos probatorios objetivos que forman en su intelecto diferentes estados (ya sea de duda, probabilidad, certeza), que le permiten dictar con seguridad un veredicto, la sana crítica como sistema de valoración de la prueba impone al Juez la obligación de motivar sus resoluciones; que explique el porqué llegó a adoptar esa decisión.

La motivación que realice el Juez es producto del examen concienzudo de cada elemento probatorio aportado por las partes al proceso, luego haciendo uso de ese razonamiento, apoyado en la lógica y confrontándolo con una máxima de la experiencia

⁽⁴⁾ CAFFERATA Ñores, José I. La Prueba en el Proceso Penal, tercera edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, pag 45.

⁽⁵⁾ Véase Vélez Mariconde Ob. Cit T. pag.361.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

al formular una conclusión que le dé solidez a su fallo, de esa manera cuando el Juez motiva debidamente sus fallos es que pueden ser controlados por las partes y por los órganos jurisdiccionales superiores.

La sana crítica o sana crítica racional como también se le denomina, sí obliga al Juez a que tome en cuenta ciertas reglas del entendimiento humano: la lógica, la sicología y la experiencia común, además de explicar como ya se dijo, las razones por las cuales llega a ese determinado veredicto.

Las reglas de la lógica que debe tomar en cuenta el Juez o tribunal al valorar la prueba son: ley de identidad, ley de contradicción, ley del tercero excluido y ley de razón suficiente ⁶

2.3.1- Ley de identidad

Conforme a esta ley, el tribunal debe apreciar la prueba relacionando todo lo relativo al delito: Piezas de ejecución; los participantes del delito como autores, cómplices, ofendido, testigos; debe identificarse plenamente al autor material del delito, su grado de participación, la de sus cómplices, los testigos presenciales, etc.

A los testigos debe identificárseles a través de su cédula de identidad o cualquier otro documento que los identifique plenamente. Las cosas o piezas de convicción y de ejecución deben igualmente ser plenamente identificadas y tener especial cuidado en la custodia de los elementos probatorios, desde su requisa en el sitio donde se obtuvieron, ya sea en la escena del crimen u otro relacionado.

2.3.2- Ley de contradicción

"Se violaría esta ley, cuando el tribunal valora en una sentencia la prueba, y en relación a ella se afirma que algo es cierto y luego se niega; que en la sentencia se diga que el imputado es el culpable y luego se diga que es inocente."⁽⁷⁾

⁽⁶⁾DE LA RUA, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino. Víctor P. Savalia, Editor Argentina. 1908

⁽⁷⁾DALL ANESE, Ruiz Francisco. En Temas de casación penal Editée, Editores. San José Costa Rica. 1991.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

2.3.3- Ley de tercero excluido

Se viola esta ley cuando los hechos, que el tribunal estima probados, no son congruentes con la prueba vertida en el juicio oral; de tal manera que sería ilógica una sentencia donde se afirmara que el imputado es culpable o inocente, según el caso, pero los elementos probatorios, en los cuales se sustentó el tribunal para dictar su fallo, desvirtúan tal afirmación.

2.3.4- Ley de razón suficiente

Esta ley rige primordialmente en materia de apreciación de la prueba indiciaria, donde cada indicio debe estar probado por otro u otros (pluralidad de indicios), así uno sirve de soporte al otro.

2.4- EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. SISTEMA ADOPTADO

En el análisis del artículo 202 del Código Procesal Penal hondureño se establece, como bien lo manifiesta Fernández Entralgo⁽⁸⁾, dos principios fundamentales en materia de valoración de la prueba.

- a) La parte de valoración conjunta y armónica (o pauta de contextualizada probatoria); y,
- b) La pauta de valoración de la persuasividad con arreglo a la sana crítica (que se reitera a propósito de la fórmula de construcción de la sentencia desarrollada en el artículo 338 C.P.P.).

El órgano juzgador tendrá como sustentación del análisis de la prueba en su contexto y su valoración conforme a la sana crítica, enjuicio oral donde imperen los principios de oralidad, inmediación, publicidad y el contradictorio entre las partes.

Deberá revisar el procedimiento utilizado para la obtención a introducción de cada elemento probatorio (objetividad, legalidad)

⁽⁸⁾FERNANDEZ Entralgo, Jesús. Principios del Proceso y Principio del procedimiento. Código Procesal Comentado, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras. Corte Suprema de Justicia, Honduras, pag. 20.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

y determinar cual es el valor que le brinda a cada elemento de prueba en la formación de su convicción, sobre la realidad fáctica del hecho.

El artículo 336 C.P.P., párrafo primero, establece las normas para la deliberación y la votación: "El tribunal para resolver, sólo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate, las que serán apreciadas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

La valoración que realice el tribunal debe tomar en cuenta, únicamente, aquellos elementos probatorios vertidos o evacuados en el debate, a excepción de la prueba anticipada, que será evacuada a través de la lectura en el juicio. Tampoco valorará el tribunal aquella prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales (ARTS. 86, 192, 302 *in fine*, C.P.P.).

3.- MEDIOS DE PRUEBA

De acuerdo al Código Procesal Penal hondureño, la finalidad que se persigue con los medios de prueba es el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el cumplimiento estricto de las disposiciones que rigen en la normativa procesal.

El artículo 199 C.P.P. establece que los hechos y circunstancias relacionadas con el delito objeto del proceso, podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio (libertad probatoria), aunque no esté regulado de manera expresa en el Código Procesal Penal, siempre que sean objetivamente confiables.

Más adelante el mismo artículo dispone como requisito que deben reunir los elementos probatorios, además de la objetividad, la pertinencia, utilidad, proporcionalidad y licitud.

3.1-PRUEBA TESTIFICAL

El testigo es una persona física, sin interés en el proceso, que rinde una declaración acerca de la existencia de un hecho conocido por él, ya sea de manera directa, o de haber tenido noticias del mismo a través de otros medios.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

La declaración o testimonio, dice Devis Echendia: "En sentido estricto es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un Juez, con fines procesales sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza." ⁽⁹⁾

A pesar que la prueba testifical ha sido vilependiada y puesta en entredicho se sigue utilizando en la mayoría de las causas, pero poco a poco está siendo sustituida cada vez con mayor frecuencia y debido a su fiabilidad la llamada prueba científica, pero aún así el testimonio ocupa un lugar preponderante en virtud que no siempre es posible obtener la verdad sobre el hecho, sino mediante la versión de un testigo.

La crítica se enfoca en el hecho o disponibilidad del hombre a mentir, ya sea por un interés de serlo o porque considera que decir la verdad pueda beneficiar o perjudicar a alguien.

3.1.2- Incompatibilidades

Como regla general, toda persona es hábil para declarar como testigo, sin embargo existen excepciones a la regla:

- a) El Juez, el Secretario, el Fiscal no pueden declarar en el mismo proceso como testigos.⁽¹⁰⁾
 - 1.- Si el conocimiento del hecho que se juzga es anterior a su posible intervención funcional, deberán excusarse de participar en tal carácter, pues como funcionarios pueden ser sustituidos, no así como testigos.
 - 2.- Si el conocimiento sobre el objeto de la investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional, no podrán declarar luego como testigos en ese mismo proceso.
- b) No es compatible declarar como testigo y ser defensor del imputado a la vez (ART. 228 C.P.P.).

Cabe mencionar que existen opiniones doctrinales que consideran que el Abogado Defensor puede declarar como testigo, cuando es liberado por el imputado de la obligación de

⁽⁹⁾DEVIS Echendia. Hernández.- Compendio de Derecho Procesal, Tomo II. Las Pruebas Judiciales, pag. 273.

⁽¹⁰⁾Véase CAFFERATA Nores, ob, ci., pag.99

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

guardar la reserva del caso, en la misma condición se expresa que también se necesita de la previa liberación por parte del interesado para los ministros religiosos, los notarios, médicos y los funcionarios públicos con respecto a los secretos de Estado.

La víctima también podrá declarar como testigo; su intervención como acusador privado o querellante no le inhibe para que pueda atestiguar, si abandona la intervención como acusador o querellante podrá ser obligado a que se presente a declarar como testigo.

Los menores de edad no están inhabilitados para declarar como testigos, según se desprende del artículo 331 del Código Procesal Penal, aunque se les excluye como testigos de actuación en virtud que no podrán firmar ninguna diligencia de investigación.

Los cónyuges o compañero(a) de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; asimismo, el adoptante en causa instruida contra el adoptado o viceversa; el guardador en causa instruida contra el pupilo o viceversa.

Las razones para excluir de la obligación de declarar de los cónyuges y familiares, tiene su fundamento en el hecho que se quiere con esto mantener la cohesión de la familia, sin embargo podrán declarar, si así lo desean, a favor del imputado.

3.1.2-Clases de declaraciones testificales

La prueba testifical cumple doble finalidad: sirve, en primer lugar, para determinar la probabilidad de participación de una persona en la comisión de un ilícito y así iniciar el procedimiento y; otro, para fijar la certeza sobre un hecho y desde luego la culpabilidad o ratificación de la inocencia de una persona. Dos momentos, dos oportunidades; una en la fase de investigación y otra en la fase del juicio oral.

Es preciso hablar de dos clases de testimonios, uno, el vertido por un testigo en la fase de investigación y otro en la fase del juicio oral. Cada categoría tiene un fundamento, en la primera, o sea en el acto de investigación, la declaración del testigo permite la formulación de la imputación y la posible adopción de una medida cautelar; en esta etapa, la prueba testifical se rige por el principio de oficialidad, es el Fiscal el que asume el deber de

Manuel Antonio Fortín Aquilar

sostener una acusación, por tanto, tiene que obtener la declaración testifical que le permita sustentarla; en la fase del juicio oral, la prueba testifical se rige por el principio de aportación de las partes bajo criterios de objetividad y legalidad, los criterios de recepción del testimonio en ambas fases varía, pues en el juicio oral deben cumplirse a cabalidad los principios de inmediación, contradicción y oralidad y en la fase de investigación se dan algunas excepciones a esos principios(Art.231 C.P.P.).

3.1.3-Deberes de los testigos

El artículo 226 C.P.P. impone a todos los habitantes del país la obligación de atender las citaciones que les realicen los órganos jurisdiccionales, para rendir su testimonio de lo que sepan sobre un delito, con las excepciones que más adelante explicaremos; este mandato parte del carácter imperativo de la norma procesal, que por su condición pública, encuentra su fuerza coactiva en el poder del Estado (Art. 21 C.P.P).

Esta obligación de testificar consagra dos deberes: El deber de comparendo o comparecencia y el deber de decir la verdad o todo lo que sepa acerca de la verdad del hecho.

3.1.3.1- Deber de Comparendo o comparecencia

El deber del testigo consiste en presentarse al tribunal para brindar su testimonio sobre lo que sabe, sin embargo existen situaciones especiales que impiden que un testigo cumpla con el mandato, la lejanía del lugar de residencia y el asiento del tribunal, las pocas posibilidades económicas para hacerlo, situación de invalidez o enfermedad.

La ley procesal prevé que, en caso de que el testigo no pueda concurrir por situación de lejanía del asiento del tribunal y el lugar de su residencia, el juzgado enviará comunicación al juzgado que tenga competencia en el lugar de su domicilio, para que éste practique el interrogatorio respectivo, sin perjuicio que el tribunal practique de manera directa la diligencia, o bien se proveerá al testigo de los fondos necesarios para su traslado hasta la sede del Tribunal;en el caso de ser un testigo propuesto para que su testimonio se rinda en el juicio oral, en virtud del cumplimiento del principio de inmediación el testigo tendrá que hacerse presente al juicio.

3.1.3.2- Deber de declarar sobre la verdad de los hechos

El testigo, además de comparecer, tiene el deber de declarar y su declaración debe versar sobre lo que el cree es la verdad de cómo sucedió el hecho, pero nuestro Código le impone además la obligación de manifestar la procedencia de su relato, es decir la fuente de su conocimiento sobre el hecho (Arts. 236, 330 C.P.P.).

El deber de decir la verdad es un mandato, amparado por la amenaza que su incumplimiento al juramento prestado ante el tribunal, conlleva la posibilidad de comisión del delito de falso testimonio.

Además de esa advertencia sobre la comisión del delito de falso testimonio, la Ley establece un medio de coerción moral sobre el testigo, a través del juramento o promesa de decir la verdad (trámite regulado en el artículo 129 C.P.P.).

3.1.4- Excepciones

La ley procesal (Arts. 227 y 228 C.P.P), prevé una serie de excepciones a la obligación de comparecer, prestar el juramento o promesa de decir la verdad y declarar.-

3.1.4.1- Excepción al deber de comparecer a la sede judicial pero no de declarar

El Presidente de la República y los designados, los secretarios y subsecretarios de Estado, los diputados al Congreso Nacional y al Parlamento Centroamericano, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades jerárquicas superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración, el Arzobispo, los vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas que tengan igual rango en otras iglesias reconocidas en nuestro país, los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones, los magistrados de la Corte Centroamericana y demás que determinen las leyes especiales.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

3.1.4.2- Excepción al deber de prestar juramento y decir la verdad

Los menores de edad, los sospechosos de haber cometido un delito.

3.1.4.3- Excepción al deber de declarar pero no de comparecer

Con carácter facultativo:

El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; el adoptante en causa instruida contra el adoptado y viceversa; el guardador en causa instruida contra su pupilo o viceversa.

Con carácter obligatorio:

Los Ministros de cualquier culto religioso; los profesionales autorizados para operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar; los funcionarios públicos y militares sobre secretos de Estado.

3.1.5- La prueba testifical anticipada

Cuando por razones de enfermedad, peligro de muerte, por vivir en el extranjero, exista la posibilidad que un testigo no se presente al juicio oral y vertir en ese acto su versión de los hechos, cabe entonces la prueba testifical anticipada, ya que si no se hace o el testigo se negare a prestar su declaración habría que obviar su testimonio, que, talvés es, de importancia al proceso en la averiguación de la verdad. Señala el artículo 277 del C.P.P., párrafo segundo que "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.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Y en su párrafo tercero, el mismo artículo se refiere específicamente a la prueba pericial y testifical anticipada cuando dispone lo siguiente: "Del mismo modo procederá el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, cuando exista riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito; de que por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio; o corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos."

El presupuesto legal que hace viable la prueba anticipada es su irreproductibilidad en el juicio oral, la presunción debe concebirse con amplitud, porque la evaluación de la causa que motivó la prueba anticipada se hará en el juicio oral, donde se podrá ordenar si es posible su producción ante el tribunal.

En nuestro país posiblemente sea necesario en casos de bandas organizadas, que podrían someter a los testigos a la violencia o amenazas, o bien en aquellos lugares donde no existan las medidas de seguridad y protección óptimas en salvaguarda de la vida de los testigos, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código sobre el tratamiento del testigo oculto o protegido que se tratará más adelante.

La prueba anticipada podrá ser solicitada por cualquiera de las partes ante el juez respectivo, aportando las justificaciones del caso sobre las causales que posibilitan su práctica, es decir los presupuestos establecidos en el artículo ya relacionado. Requisito esencial que se debe cumplir es la citación de partes por parte del órgano jurisdiccional, para que éstas concurran al acto de la práctica de la prueba anticipada, lo anterior tiene su justificación en el hecho que la presencia de las partes intervinientes se alcanza la positividad del principio contradictorio y se convalide el acto procesal practicado y sea suceptible de evacuación, mediante la lectura del acta en el juicio y una posterior valoración por parte del tribunal de sentencia.

Así lo dispone el artículo ya relacionado en su párrafo cuarto, cuando expresa "el Juez librará citación al Fiscal y los demás interesados que hasta el momento hayan sido identificados y que puedan comparecer, y éstos tendrán derecho a asistir a la práctica anticipada de la prueba, en la forma prevista para el debate."

Manuel Antonio Fortín Aguilar

El testigo será sometido al contradictorio, es decir a la interrogantes que le realicen las partes ante la intermediación del Juez y el Secretario que dará fe y levantará el acta de lo actuado.

Cuando exista urgencia por la práctica de la prueba anticipada y en el proceso no conste la identificación del imputado y por tanto no es posible el nombramiento de su defensor, el Juez designará a un defensor público o uno de oficio para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

3.1.6-El testigo residente en el extranjero

El Código Procesal Penal establece que cuando un testigo resida en el extranjero, el Juez a petición de parte ordenará que se envíe suplicatorio con el respectivo interrogatorio a las autoridades judiciales del Estado donde se encuentre el testigo, también podrá a petición de parte interesada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente la utilidad y la proporcionalidad de la medida, y por una posible demora que pudiere presentarse, trasladarse al lugar donde se halla el testigo y recibirle la declaración, las partes tienen que ser citadas para que comparezcan para que tengan la oportunidad de ejercer el contradictorio en el acto, realizando el interrogatorio correspondiente.

3.1.7-El testigo oculto

Posiblemente uno de los mayores problemas que pudiesen enfrentar los tribunales para desarrollar los juicios con la normalidad del caso es la ausencia de los testigos en el juicio por temor de sufrir las represalias de parte del imputado, sus cómplices, en caso de bandas organizadas o de sus familiares.

El Código Procesal Penal prevé (Art. 237) el caso del testigo oculto o protegido, cuyo nombre no aparece en el proceso, sino que es guardado con mucho celo por el Juez o el Secretario en un sobre sellado bajo su responsabilidad. Al testigo oculto se le dotará de un número o código y en la práctica de la diligencia procesal se presentará usando indumentaria que permita ocultar su identidad al imputado y al público, para lo que se dotará a los tribunales de mamparas o cualquier otro artificio que permita tal menester.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Para efecto de las comunicaciones se tendrá como la dirección de su domicilio la sede del tribunal, por cuyo conducto se harán llegar al destinatario.

Lo importante en este caso es que el contradictorio que dispone el Código, para todas las actuaciones procesales donde se tenga que producir algún elemento probatorio, no se violente; que se permita a las partes ejercerlo libremente, si éste alcanza su positividad no existirá lesión alguna al derecho de defensa.

3.1.8- El testigo de referencia

El testigo de referencia es aquel que no observó el hecho, pero manifiesta conocerlo por información que le brindó otra u otras personas que sí tuvieron oportunidad presencial de percibir el hecho.

El Código Procesal Penal recoge en el artículo 330 el testimonio por referencia, sin embargo exige que éste manifieste la razón y origen de sus informaciones y señale con precisión a los terceros que le brindaron tales informaciones.

No obstante que se admite el testimonio por referencia, en el artículo 199 C.P.P, se establece que siempre que existan testigos presenciales y sea posible su citación ajuicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos presenciales. Lo anterior significa que la normativa procesal le da carácter supletorio o excepcional al testimonio del testigo de referencia.

La poca fiabilidad del testimonio de referencia lo hace más vulnerable para que se le vea con desconfianza, sin embargo es un medio probatorio admitido y susceptible de ser utilizado siempre que se respeten los principios de publicidad, oralidad y contradicción.

El testimonio brindado por un testigo de referencia será valorado por el tribunal, siempre y cuando sea posible interrogar al testigo presencial directo del hecho y además que su versión sea comprobada o corroborada por otras pruebas del proceso.

3.1.9-Valoración del testimonio

Como ha quedado establecido anteriormente, el sistema de valoración de la prueba que recepta el Código Procesal es la

Manuel Antonio Fortín Aguilar

crítica; este sistema dispone que el juzgador debe extraer libremente sus conclusiones con la única obligación de manifestar el porqué de esas conclusiones, los testimonios brindados por los testigos de viva voz, contestando las preguntas y repreguntas de las partes acusadora y defensora deben ser valorados respetando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común.

Solamente el juzgador que ha tenido a la vista al testigo podrá valorar su testimonio, porque ha visto que el testigo ha contestado de manera directa las preguntas formuladas.

Por tanto, la combinación de los principios de inmediación (ante la presencia del tribunal sentenciador), el contradictorio (mediante la participación de las partes que pueden preguntar y repreguntar) y el de oralidad o sea respondiendo a esas preguntas de viva voz, permite que el juzgador pueda valorar el testimonio de cada testigo.

En primer lugar, el juzgador debe analizar cuáles son las características personales del testigo, sus relaciones con las partes, como así lo establece el Código Procesal en el artículo 330, primer párrafo: "Una vez identificados los testigos, serán juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sea conveniente conocer para valorar su testimonio. Por ello se le hacen preguntas por parte del tribunal de carácter personal sobre su nombre, apellidos, estado civil, edad, profesión, nacionalidad y domicilio, también si tiene vínculos de parentesco con las partes y él interés sobre el asunto objeto del proceso (Art. 236 C.P.P), poco a poco en la medida que el testigo va exponiendo sobre lo que sabe del hecho, el tribunal percibirá una serie de sensaciones que se derivan de lo que el testigo, dijo, calló, titubeó, de sus gestos, movimientos colórales, palidez, sudor, expresión de su rostro, valorando de esta manera la actitud personal del testigo.

Posteriormente el tribunal deberá analizar ese testimonio en relación a otras declaraciones anteriores, vertidas por ese testigo y luego también con el testimonio brindado por otros testigos.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Cafferata Nores⁽¹¹⁾, siguiendo a Carrara, explica que la apreciación del testimonio debe ser concentrado en la fidelidad de la percepción de la transmisión de lo percibido y la sinceridad manifestada por el testigo.

1.- Con respecto a la fidelidad de la percepción y de la transmisión de lo percibido se deben apreciar las circunstancias siguientes:

- a) Desarrollo y calidad de facultades mentales del testigo, ya que la inmadurez (en los niños), las perturbaciones (débiles mentales) afectarán la credibilidad. Opina que las mujeres perciben mejor los detalles y existen recuerdos que se conservan más claros que otros.
 - b) El funcionamiento de los sentidos es esencial, pues quien carece de un sentido del cual es necesario contar para percibir el hecho sobre el cual declara no podría con solvencia declarar.
 - c) Se debe tomar en cuenta los factores exógenos (físicos), condiciones de luz, distancia, etc, y endógenos con respecto al testigo (ira, miedo, atención).
 - d) Se deben considerar las características del objeto percibido, su forma, volumen.
 - e) El lapso que ha mediado entre la fecha del suceso y el momento de la declaración, en la medida que pasa el tiempo en esa medida se va perdiendo la inmediación, el contacto con otras personas, el conocimiento a través de medios de comunicación del suceso influyen y deforman la declaración.
- 3) Con respecto a la sinceridad del testimonio, manifiesta Cafferata Nores, deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:
- a) Interés del deponente en el asunto, por conveniencia, precio o remuneración, etc.
 - b) Relaciones de familia, odio, ira, afecto, también recomienda investigar sobre la conducta o hábitos con respecto a su sinceridad o franqueza.

⁽¹¹⁾ Cafferata Nores. Ob.Cil pag 121 y sigs

Manuel Antonio Fortín Aguilar

- c) análisis de la declaración, fue éste un relato dubitativo o no, y siguiendo a Altavilla, dice: determinar si la declaración fue producida por un discurso premeditado, la mentira vertida en alguna parte de la declaración de el testigo lo convierte en un potencial mentiroso (*Mendax in uno, mendax in totum*: El que es mentiroso en una parte, será mentiroso en el todo)."

Por último, como ya se dijo, recomienda que el testimonio brindado por el testigo debe ser cotejado con el resto de las pruebas existentes.

3.2- LA PRUEBA PERICIAL

El concepto de la pericia viene dado en el artículo 239 del C.P.P., cuando se establece que "Se oirá el dictamen de peritos, siempre que alguna parte lo pida y se trate:

1. - Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística; y,
- 2.- Sobre puntos de derechos referentes a alguna legislación extranjera."

La pericia ha sido definida como aquella aportación al proceso de conocimientos de carácter técnicos, artísticos o científicos, por una persona que aporta sus máximas experiencias sobre determinado tema y que el Juez, aunque posea, no puede dejar de escuchar.

La pericia constituye un aporte al proceso por un experto en un arte, técnica o campo específico del conocimiento; es sabido que el Juez necesita del auxilio de expertos sobre aspectos que él desconoce, será esa persona que posee especiales conocimientos sobre una determinada materia el que, mediante la observación y análisis que realice sobre un elemento de prueba, vertirá su opinión a la luz de sus conocimientos sobre aspectos que luego serán valorados por el órgano decisor.

En el apartado dos del artículo 239, el Código Procesal dispone la pericia para aspectos de derecho extranjero; se presume y así debe ser, que el derecho interno debe ser conocido por los jueces, ya que se impone el principio *lura novit curia*,

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

solamente sobre aspectos de otras legislaciones diferentes a la nuestra podrá permitirse el dictamen pericial según este artículo.

3.2.1- Elementos de la pericia

La pericia está conformada por varias fases o etapas a saber: Descripción del objeto a peritar, relato de las operaciones técnicas realizadas y las conclusiones.

Como primer paso, el perito debe realizar un examen del objeto o persona sobre el cual recaerá la pericia, detallando la manera en que se encuentra su forma, características, etc.

A continuación realizará todas aquellas operaciones técnicas que de acuerdo a sus conocimientos especiales, de su arte o profesión se requieran para practicar la pericia a él encomendada.

Y por último, hará una exposición debidamente motivada de sus conclusiones, a las cuales ha llegado mediante la pericia practicada y presentará su informe o dictamen en el plazo que se le ha fijado por la autoridad que le designó (Art. 245 C.P.P.).

3.2.2.- El testigo perito y el perito testigo

En el párrafo segundo del artículo 240, el Código Procesal Penal establece la diferencia entre el testigo perito y el perito testigo, cuando expresa: "Las personas que reúnan los requisitos para ser peritos pero que no han sido designadas por la autoridad competente para actuar como tales, si toman conocimiento de un hecho sometido a investigación criminal y deben rendir declaración, lo harán en su condición de testigos y no de peritos."

La diferencia entre uno y otro estriba entonces, en la calidad o condición en que se actúa, así mientras el perito testigo es investido por la autoridad para asignarle un encargo de emitir un dictamen sobre un elemento de prueba, el otro el testigo perito, a pesar de poseer los conocimientos técnicos o científicos que se requieren para efectuar la pericia, no podrá realizarla en virtud que carece de la investidura que lo habilite como perito por la autoridad competente y su declaración la realizará, si tiene que hacerlo, pero como testigo.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

Climent' Duran⁽¹²⁾ cita a STEIN, quien en su obra "El conocimiento privado del Juez" sostiene que: "La percepción realizada por el testigo técnico es 'preprocesal', o si se quiere, 'extraprocésal', diferenciándose así del perito testigo, ya que éste percibe algún hecho nuevo dentro del proceso (percepción procesal), en el que interviene inicialmente en calidad de perito y así queda ampliado su cometido en proceso, agregándose la cualidad de testigo a su originaria condición de perito."

Debemos entender que, el testimonio brindado por el testigo perito, por su condición expresada de especialista sobre un arte, técnica o profesión, será más valiosa en comparación a la de otro testigo corriente y debe ser apreciada por el tribunal sentenciador al momento de valorar la prueba.

3.2.3- Número de peritos

Dispone el Código Procesal Penal en su artículo 242, que el número de peritos "... será determinado según la complejidad de las cuestiones por plantear, para lo cual deberán considerarse las sugerencias del Ministerio Público y las partes." Si la situación no es compleja se nombrará un perito.

Los peritos serán designados tanto por el Ministerio Público como por el Juez en la etapa preparatoria y por el Tribunal de Sentencia en el juicio oral, se fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para presentar los dictámenes.

Luego que el perito es investido judicialmente, procederá a cumplir el encargo recibido. Pondrá en conocimiento de quien lo designó, la fecha en que procederá a las actuaciones propias de la pericia. La autoridad que lo nombró, la comunicará a las partes para que puedan presenciar su práctica (contradicción).

Durante la etapa preparatoria podrá el Ministerio Público ordenar ciertas pericias, las que deben ser sometidas al contradictorio en el juicio oral, si se quiere utilizar como elemento de prueba. Las pericias de la etapa preparatoria ordenadas por el Juez también deben ser sometidas al contradictorio, para evitar la indefensión y así posibilitar que la pericia sea utilizada como prueba en el juicio oral.

¹² Cfr. CLIMENT Duran, Carlos, cit pag 472

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

La prueba pericial por regla general debe practicarse ante la presencia del tribunal de sentencia (Art.326 C.P.P.) y sometida al contradictorio de las partes, sin embargo en casos excepcionales podrá admitirse como prueba anticipada, como se establece en el artículo 277 C.P.P, párrafo tercero: "Del mismo modo procederá el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, cuando exista riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito; de que, por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio; o corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos."

Para que la prueba anticipada alcance positividad en el juicio oral, como elemento probatorio susceptible de valoración por parte del órgano juzgador, debe ser sometida al contradictorio de las partes y para tal efecto, el Juez librará al Fiscal y demás interesados que hasta el momento hayan sido identificados, que puedan comparecer y éstos tendrán derecho para asistir a la práctica de la pericia anticipada, así lo recepta el artículo 277, del Código Procesal Penal, en su párrafo cuarto.

Es entendido que el imputado siempre será representado por su defensor, si está detenido, y en aquellos casos en que se desconozca quien es el imputado y la práctica de la prueba es de suma urgencia, el Ministerio Público podrá requerir la intervención del Juez para que actúe de manera expedita, debiendo éste citar a un defensor de oficio para que controle el acto.

La obligatoriedad de la representación del imputado, por medio de su defensor, en todos los actos del proceso en que se incorporen elementos de prueba, emana de una norma taxativa (Art. 14 C.P.P.) y su violación produce la nulidad absoluta del acto (Art. 15 C.P.P, párrafo último).

3.2.4- Requisitos para ser perito

Cafferata Nores ¹³ sostiene que: "Para ser perito se necesitan condiciones de capacidad (edad y salud mental), idoneidad y conducta, y estar inscrito en las listas oficiales."

¹³Clr.CAFFERATA Nores, José. I.Cil, pag 57.

Manuel Antonio Fortín Aquilar

Nuestro Código Procesal exige calidad habilitante, ya que se requiere para ser perito, poseer título de tales en la materia que trate la pericia que va a realizar, con la excepción que si no existe un profesional habilitado legalmente, se permite la pericia por personas que, por notoriedad se sabe, cuentan con los conocimientos requeridos sobre la materia que se trate.

Se excluyen, además, ser peritos a los absoluta o relativamente incapaces, quienes deban abstenerse de declarar como testigos según el Código, quienes hayan presenciado el hecho sometido a investigación y los inhabilitados por sentencia firme.

3.2.5-Incompatibilidades para ser perito

Es incompatible el cargo de perito para los que hayan "sido jueces en etapas anteriores del proceso, los que han sido denunciados, acusador privado, o querellante, los que hayan fungido como fiscales en la misma causa, defensores, mandatarios, actores o fueren víctimas del delito."¹¹⁴⁾

Estos aspectos también los recoge nuestro Código Procesal en su artículo 83, como causales de recusación, aplicables al caso de incompatibilidades para ser perito.

3.2.6-Régimen jurídico

El Código dispone una serie de obligaciones para el perito, el régimen jurídico a que está sometida su pericia se inicia desde el momento que es designado, juramentado y acepta el cargo para el cual se le nombra (Art. 242 C.P.P).

Le impone el deber de comparendo (Art.244), el perito debe comparecer al debate so pena de ser conducido por la fuerza pública, en el debate rendirá su informe de forma oral, sin perjuicio de presentarlo por escrito, se leerá su dictamen y se le preguntará si lo ratifica, luego es sometido al interrogatorio de las partes. Mientras responde al interrogatorio de las partes podrá utilizar sus anotaciones para fundamentar su respuesta.

¹⁴ véase CAFFERATA Nores, ob.cit, pag 59.

3.2.7- Informe pericial y prueba pericial

Climent Durán⁽¹⁵⁾ distingue entre informe pericial y prueba pericial, el informe pericial según este autor: "recoge la opinión experta o especializada, emitida por uno o varios peritos y habitualmente recogida por escrito, que constituye la base sobre la cual se practicará la prueba pericial durante el juicio oral. Si el informe pericial es procesal se producirá ordinariamente en la fase sumarial (entiéndase etapa preparatoria), aunque también durante el acto del juicio oral, pero antes de iniciarse el acto o la sesión del juicio oral (etapa preparatoria del debate). Si el informe es extraprocesal, su producción no obedece a ninguna regla preestablecida; cuando ha sido redactado por escrito se incorpora al proceso a petición de alguna parte acusadora o acusada, por haberlo solicitado así en su escrito de conclusiones provisionales."

La prueba pericial, agrega el autor citado: "es aquella actividad procesal que se lleva cabo durante el juicio oral", es decir que la prueba pericial vertida por medio del perito que actúa como órgano de la prueba se presenta en el debate y es sometido al contradictorio de las partes, cumpliéndose así los postulados generales del juicio oral: Inmediación, publicidad y oralidad.

La prueba pericial para ser valorada por el Tribunal de Sentencia debe ser vertida en juicio de manera oral o por lo menos, si ha sido presentada por escrito, debe ser ratificada por el perito actuante (Art. 326,311, número 5, C.P.P.), conlleva la obligación para el perito de contestar las interrogantes de las partes intervinientes (contradictorio).

3.2.8-Valoración de la prueba pericial

Manzini⁽¹⁶⁾, citado por Cafferata Nores, propone una serie de pautas que permiten valorar los dictámenes periciales; recomienda que: "se valore la personalidad del perito (subjetivo) para determinar si está en relación con el imputado, si sólo ha tenido cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas."

⁽¹⁵⁾Cft CLIMENT Durán, Carlos. Ob.Cit. pag 490 y sigs

⁽¹⁶⁾Cfr CAFFERATA Nores ob, cit pag 83

Manuel Antonio Fortín Aguilar

Debe ser valorado el nivel de sus conocimientos, el grado de percepción del perito, el grado de adelanto científico alcanzado por el arte o técnica o la respectiva ciencia (objetivo). También se debe atender la calidad de sus fundamentos, la uniformidad o disconformidad de las conclusiones.⁽¹⁷⁾

Los criterios de valoración de la prueba pericial deben partir no sólo de aspectos personales del perito, sino que también de su valorabilidad, así en la etapa preparatoria, si trató de una prueba anticipada, debió llevarse a cabo con todos los requisitos que dispone el Código Procesal Penal, en el juicio oral debe ser evacuada cumpliéndose los principios de inmediación, oralidad y contradictorio, las conclusiones del dictamen deben ser concluyentes y precisas. El tribunal podrá a partir del cumplimiento de esos principios básicos del juicio oral, formular su criterio sobre el dictamen emitido por el perito, en virtud que éste no lo vincula y lo puede rechazar.

3.3- LA PRUEBA INDICIARÍA Y LAS PRESUNCIONES

3.3.1-Concepto de indicio

El indicio se define como una circunstancia o un hecho (indiciario), a partir del cual se puede llegar a conocer a otro desconocido (indicado).

Indicio, dice Vivas Ussher .⁽¹⁸⁾ "Es un hecho o circunstancia del cual se puede inferir la existencia de otro, mediante una operación lógica."

Devis Echandía.⁽¹⁹⁾entiende por indicio: "Cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocido), del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales."

El indicio permite que el Juez valore un hecho conocido a través de la inducción y llegue al convencimiento de la existencia de otro desconocido.

⁽¹⁷⁾Cft CAFFERATA Nores ob, cit pag 84

⁽¹⁸⁾VIVAS Ussher, Gustavo. Ob cit pag 102

⁽¹⁹⁾DEVIS Echandia, Hernando, Las pruebas Judiciales. Ob cit pag 489

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Su fuerza probatoria, dice Cafferata Nores⁽²⁰⁾ "reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (indicado), cuya existencia se pretende demostrar."

La premisa que la prueba de cargo debe ser directa para quebrantar la presunción de inocencia es verdad, no podemos desconocer la importancia que tiene, en la averiguación de la verdad, analizar vestigios, hallazgos en la escena del crimen, que permite ubicar a determinada persona en relación con el hecho cometido, pero también mediante la inferencia que realiza un Juez, puede coadyuvar a esclarecer un hecho y llegar a lo desconocido.

Esa relación existente entre el hecho conocido (indiciario) y el desconocido (indicado) debe ser necesaria, inmediata, concluyente y directa, de tal manera que no se le relacione con otro hecho diferente al desconocido (univocidad del indicio), si esa relación varía y se puede explicar a través de otros hechos, entonces no existe el vínculo necesario para formar la convicción necesaria y llegar a la inferencia que se requiere (anfibología del indicio).

La necesidad que ese hecho indiciario esté debidamente probado en el proceso es indispensable, además deben existir otros indicios probados, no bastando uno solo, agregado a éste, el ligamento o vínculo existente entre el hecho indiciario y el indicado debe ser lógico-racional y por último, que todo lo anterior sea plasmado en la sentencia por el órgano sentenciador.

3.3.2- Clases de indicios

De Diego Diez Alfredo²¹ siguiendo la clasificación de Pietro Ellero y Yesid Reyes Alvarado, nos habla de la clasificación de los indicios desde los siguientes aspectos:

Indicios de Capacidad Física

Característica básica de estos indicios es que permiten acreditar las condiciones físicas de una persona, para inferir que

⁽²⁰⁾ CAFFERATA Nores, ob. cit pag 192

⁽²¹⁾ DE DIEGO Diez, Alfredo Código Procesal Comentado de Honduras. pag 560 y sigs

Manuel Antonio Fortín Aguilar

ha cometido un determinado delito, para cuales se requiere estas aptitudes físicas determinadas, así por ejemplo: El delito de robo a una bodega cuyo acceso es difícil y solamente era posible acceder al interior por una pequeña abertura en la parte alta de una pared que servía para la ventilación, permite inferir que la persona que se introdujo a la bodega fue una persona muy delgada y menuda.

Indicios relativos al móvil

Descubrir que el imputado tenía un motivo para cometer el delito que se investiga, es un indicio para inferir que tuvo participación en la comisión del hecho delictivo.

Indicios de Oportunidad

Determinan la presencia del imputado en el lugar, en la fecha o el momento de cometerse el delito.

Indicios de Manifestación

Las actividades preparatorias para llevar a cabo la comisión del ilícito o bien manifestaciones posteriores a la comisión del delito, ocultamiento de pruebas, amenazas a testigos.

3.3.3- Indicios en ciertos delitos

Robo

En el robo, un indicio de participación podría ser la portación de objetos de los sustraídos en el lugar donde se cometió el delito, ganzúas, máscaras, armas, etc, que lo relacionan con el hecho cometido.

Homicidio

El *animus Necandi* do intención de matar, las manifestaciones anteriores del imputado, expresiones, amenazas, provocaciones, la clase de arma utilizada, la zona corporal donde se asestó el golpe mortal, etc.

Tráfico de drogas

La cantidad de droga que se porta, o que se le encuentra al sospechoso de tráfico, el ánimo de ocultamiento, la preparación de los carracos para la venta, la cantidad que se le encuentre.

3.3.4-Valoración de los indicios

No existe un criterio uniforme sobre la cantidad de indicios requeridos o la circunstancia de que estén probados mediante prueba directa o no, para que sean concluyentes y permitan fundar una sentencia, sin embargo la mayoría de los autores sostienen que los indicios deben estar probados, que deben ser concomitantes, que debe existir pluralidad de indicios, que debe existir univocidad entre el indicio indicador con el indicado, que tengan homogeneidad inculpatoria, que permitan establecer un nexo lógico-causal entre el contenido de las pruebas indiciarias y las conclusiones obtenidas por la sala sentenciadora.

3.3.5- Presunciones

De acuerdo a la legislación hondureña²², "Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado."

Más adelante el Código Civil establece: "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."⁽²³⁾

Es requisito esencial que el indicio del cual se parte hacia una presunción, esté acreditado, probado, demostrado, y el enlace que exista entre el hecho que de él se infiere debe ser directo,' preciso y, como lo establece el Código Civil hondureño, según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado, se trata de la operación lógica que desarrollada el juzgador, consistente en *luj* razonamiento inductivo que se refleja *a posteriori* en una sentencia que éste dicta.

²²Véase el Código Civil, artículo 1533.

²³ Art. 1538 Código civil de Honduras.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

La utilización de las presunciones es común, generalmente los jueces al razonar sobre la prueba propuesta por las partes, realizan ejercicios lógicos hilvanando indicios entre sí, para llegar a una presunción.

Climent Durán⁽²⁴⁾ sostiene "Las presunciones son imprescindibles para realizar la mayor parte de los razonamientos, y desde luego, para valorar la mayor parte de las pruebas practicadas en cualquier juicio y extraer de ellas las consecuencias probatorias que procedan."

Establecida su importancia, no menos importante es conocer algunos conceptos que tratadistas diversos han brindado.

Iragorri Diez⁽²⁵⁾ manifiesta: "Que la palabra presunción adviene de dos voces latinas *sumere*, que es tomar; *prae*, que quiere decir antes. Equivale a tomar por verdadero o cierto, hecho o derecho, antes de que se pruebe." -Agrega- "Es un juicio lógico que hace el Legislador o el Juez, de aquí la distinción entre presunción legal y presunción judicial."

Silva Melero⁽²⁶⁾, citado por Climent Duran, dice: "Que las presunciones son conjeturas en virtud de las cuales, y para un caso concreto, se admite la existencia de un hecho no directamente probado, mediante deducción de la experiencia común"

Asencio Mellado⁽²⁷⁾ Se refiere a que "Por medio de la prueba indiciaría lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa."

²⁴CLIMENT Duran, Carlos.cit, pág. 581. Agrega este autor que, a menos que de cualquier prueba directa (confesión, testimonio, documento, inspección ocular) resulte el pleno convencimiento acerca de un hecho, en todos los demás casos se va emplear alguna especie de presunción mediante la valoración conjunta de diversos medios probatorios hasta alcanzar la convicción sobre el hecho que se trata de probar

²⁵IRAGORRI Diez, Benjamín. Curso de Pruebas Penales, pág. 63 Editorial Temis. S.C.A. 1983

²⁶ SILVA Melero V. Presunciones e Indicios en el proceso penal. Revista general de Legislación y Jurisprudencia. 1944 pág. 530.

²⁷ASENCIO Mellado, José María. En Presunción de inocencia y Prueba Indiciaría. En los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Colección Cuadernos de derecho Judicial, pág. 163.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Presunción, a criterio de Manzini⁽²⁸⁾ "en sentido propio es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba de hecho."

Clases de presunciones

Las presunciones se clasifican en presunciones legales y presunciones judiciales, o bien presunciones de derecho (*iuris*) o de hecho (*facti u hominis*) esta clasificación es la que alude el Código Civil hondureño, cuando dice "las presunciones que la ley establece..." (Art. 1534 C.C.) y las judiciales cuando se refiere "Para que las presunciones no establecidas en la ley..." (Art. 1538 C.C.).⁽²⁹⁾

Las presunciones legales son necesariamente de derecho y puede ser *iuris tantum* y *iuris et de iure* y desde luego deben estar consignadas en la ley, las primeras admiten prueba en contrario y las segundas no admiten, son concluyentes. Así lo expresa el artículo 1535 del Código Civil "Las presunciones establecidas en la ley pueden destruirse por prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba."

Valoración de las presunciones

Las presunciones son prueba secundaria, es decir que una vez que se ha obtenido toda la información que suministra la confesión (los testimonios, los documentos o la inspección ocular), se debe proceder a valorar cada uno de estos elementos probatorios, si acaso con estos elementos probatorios directos no podemos probar un hecho, se hace acopio de las presunciones.

Las presunciones parten de un hecho básico que es el indicio, el cual debe estar plenamente probado, así lo establece el artículo 1533 del Código Civil "Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han. de deducirse esté completamente acreditado." Pero además de haberse probado el indicio, se debe exigir la motivación de la sentencia, donde declaren el carácter valorativo de los indicios que sirven de hecho básico a la presunción.

⁽²⁸⁾ Cfr MANZINI. Tratado. Cit pàg. 272 Citado por Cafferana Nores Pag. 191

⁽²⁹⁾ Véase el Código Civil arts 1534 y 1538 pag. 303

Manuel Antonio Fortín Aguilar

Al respecto, dice Asencio Mellado⁽³⁰⁾ que se señalan "cuatro grandes requisitos que debe cumplir la prueba indirecta; la probanza del indicio, la pluralidad de éstos; el carácter racional y lógico del razonamiento deductivo; y por último, la plasmación en la sentencia de todos los anteriores en atención a las exigencias derivadas del artículo 120 de la Constitución."

3.4- LA CONFESIÓN

3.4.1-Noción e importancia

La confesión es la aceptación llana que realiza el imputado sobre la comisión de un hecho sobre el cual se le investiga.

En tiempos pretéritos se le consideraba la reina de las pruebas y ha sido desde tiempos inmemoriales el fin de la búsqueda de todo juez, ya sea por su tranquilidad al dictar el fallo, por seguridad hacia la sociedad, porque quien se condena es el imputado y no el juez, son múltiples las razones. Sin embargo, la tendencia con la modernidad, adquirida por los distintos códigos procesales, con un mayor énfasis en la defensa de los derechos constitucionales del imputado, han obligado a los jueces a no conformarse con la declaración del imputado y buscar obligadamente otros elementos probatorios, que permitan confirmar fehacientemente la participación del mismo en el hecho delictivo.

3.4.2-Concepto

Para Ciaría Olmedo ⁽³¹⁾ "La confesión es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial; acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra."

Las confesiones rendidas por los imputados generalmente son de dos clases: simple y calificada.

En la primera, el imputado no trata de justificar su conducta delictiva y en la segunda, agrega a su declaración de aceptación

⁽³⁰⁾ ASENSIO Mellano, José María cit Pag 172

⁽³¹⁾ J. Ciaría Olmedo, Tratado de Derecho Procesal, T. V. Pag 91

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

del hecho, la justificación del porqué de esa conducta. Así, si comete un delito de robo, menciona que lo hizo por necesidad, por hambre, o al cometer un homicidio menciona una circunstancia que lo justifique, por ejemplo: que andaba ebrio, que no sabía lo que hacía, que estaba ofuscado por la ira, que lo realizó en defensa de su vida, etc.

3.4.3- Requisitos

Para que la confesión sea considerada un elemento de prueba susceptible de valoración del Tribunal Sentenciador es necesario que reúna los siguientes requisitos:

- a) Debe brindarse ante un juez.
- b) Debe ser brindada libremente sin coacción, amenaza o promesa de ninguna índole (Art. 288 C.P.P.).
- c) El que confiese debe reunir condiciones de capacidad que le permita recordar el hecho, de comprender el alcance de sus actos o de autodeterminarse con arreglo a esa comprensión (Art. 288 C.P.P.).
- d) La confesión debe ser brindada libre de torturas, malos tratamientos de obra o de palabra, o de medidas destinadas a provocar el agotamiento físico y mental (Art. 288 C.P.P.).
- e) No se debe obtener mediante la utilización de psicofármacos, hipnosis o el empleo de polígrafos, o aparatos similares destinados a detectar mentiras del declarante (Art. 288 C.P.P.).
- f) Debe realizarse en presencia del defensor (Art. 289 C.P.P.).
- g) Se debe prestar con el ánimo de confesar ³². No se admite como consecuencia de la confesión *ficta* (que se deriva de la fuga del imputado, o la no presentación a una diligencia de prueba) o implícita (extraída de la transacción extrajudicial sobre el daño ocasionado por el delito) o tampoco lograda mediante preguntas capciosas o sugestivas.

³². Cfr Cafferata Nores. Cit, pag 162

Manuel Antonio Fortín Aguilar

La confesión debe rendirse 'de manera libre, voluntaria, espontánea

La confesión debe rendirse de manera libre, sin sombra de coacción de ninguna índole, amenazas o torturas. La confesión obtenida mediante la tortura amenaza o cualquier otro elemento que lesione derechos constitucionales del imputado es nula y no produce ningún efecto en su contra, así se establece en el artículo 88 constitucional.

El Juez, garante de los derechos constitucionales del imputado, debe darle a conocer a éste el derecho que tiene de abstenerse de declarar en su contra, por ello, cuando el imputado decide renunciar a ese derecho constitucional, debe existir en su ánimo el deseo espontáneo de confesar su participación en el ilícito.

Se parte de la premisa que el imputado ha confesado libremente, sin presiones ni torturas, sin embargo, si de las actuaciones se desprende que indicios de que la confesión fue obtenida mediante amenazas, torturas o bien utilizando medios prohibidos para tal efecto o bien el imputado, una vez que está ante un juez, denuncia tal hecho, se tendrá que realizar la investigación correspondiente y si resulta cierta la denuncia del imputado, esa confesión estará viciada y por tanto no será objeto de valor probatorio alguno.

Si nada dice el imputado, cuando declare por vez primera ante un juez y no existen indicios que su confesión no fue libre, su declaración se fortalece y es susceptible de valoración por parte del órgano juzgador.

Debe rendirse ante la presencia del defensor

El Código exige la presencia de un defensor desde el momento que el imputado es detenido (Art. 15; 101, numeral 3; 287,289, C.P.P.), la disposición contenida en estos artículos es de carácter taxativo-imperativo, su violación produce la nulidad de la actuación donde se produzca la misma.

Establece el artículo 15 que el imputado será asistido por un profesional del derecho, desde el momento que es detenido como supuesto partícipe en un hecho delictivo o en el momento que voluntariamente rinda declaración (Esta disposición se manifiesta a lo largo del contenido de la normativa procesal).

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

La presencia del defensor no es una mera liberalidad, sino un mandato y en ese sentido los jueces velarán porque se cumpla tal precepto; además, como requisito para que la confesión, que se produce en la etapa preparatoria, sea objeto de valoración en el juicio, necesariamente se requiere que la misma haya sido prestada ante el Juez de Letras que controle la etapa procesal anterior al juicio oral, con asistencia letrada y que el imputado haya sido debidamente **intimidado** de sus derechos constitucionales.

La confesión debe ser verdadera

El Código Procesal Penal, en su artículo 322, referente a la conformidad manifestada por el imputado con la sentencia solicitada por la Fiscalía, establece que el tribunal sentenciador podrá, en el caso que descubra fraude a la ley procesal o sustantiva, continuar con el desarrollo del juicio oral y no conceder la conformidad.

En el artículo 403 del mismo Código, en los incisos "a", "b" y "c" dispone que son requisitos básicos para proceder al trámite del procedimiento abreviado, la constatación de "la veracidad de la confesión hecha por el imputado", "que el imputado no trate de desfigurar los hechos o de transformar el delito en uno menos grave" y "que el imputado no trate de sustituir al verdadero culpable."

La ley procesal autoriza al Juez de Letras para que rechace la solicitud, si no se cumplen dichos requisitos. De todo lo anterior podemos colegir que la confesión que brinde el imputado debe ser verdadera, real, ajustada a la realidad, alejada de presiones, promesas, remuneraciones, violencias o por interés particular del declarante.

La confesión debe rendirse ante la presencia judicial

Para que la confesión pueda ser valorada por el órgano decisor, debe ser brindada por el imputado ante la presencia judicial. Si es rendida ante la policía no tendrá ningún valor Probatorio en virtud de que constituye una actividad preprocesal (Art. 88 C.R.).

Manuel Antonio Fortín Aguilar

El imputado debe ser intimado sobre sus derechos constitucionales

La Constitución de la República en su artículo 88, establece como derecho de todo ciudadano, la facultad de abstenerse de declarar contra si mismo y a no declararse culpable.

El Juez, ante quien se presente un imputado a rendir su declaración, tiene el deber ineludible de impetrarle de los derechos constitucionales que le asisten y asegurarse que los comprenda (intimación consignada en el Art. 84 C.R.).

Sólo tendrá validez probatoria la confesión brindada por el imputado, cuando éste la realiza a sabiendas que tiene derecho a no inculparse.

3.4.4-Valoración de la Confesión

Para ser objeto de valoración, la confesión debe reunir los requisitos legales de producción, es decir; debe ser realizada ante la presencia judicial; el imputado debe ser asistido de su defensor; debe ser espontánea, libre de toda coacción, amenaza, tortura, promesa, remuneración o cualquier otro vicio que afecte su valorabilidad como elemento probatorio, que permita quebrantar la presunción de inocencia.

En cuanto a la valoración, la mayoría de las opiniones doctrinales se inclinan porque la misma sea bajo la libertad probatoria que debe gozar el tribunal sentenciador y con arreglo a las reglas de sana crítica racional, que es el sistema que adopta el Código Procesal Penal (Art. 202 C.P.P.).

3.5- LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Es un acto que consiste en la inspección que realiza la Policía Nacional, la Fiscalía o el Juez a petición del Fiscal o de las partes, en el lugar donde sucedió un hecho que se investiga, con el propósito de buscar y preservar señales, huellas o vestigios que tengan relación directa o indirecta con la comisión del ilícito.⁽³³⁾

En virtud del principio acusatorio, no le compete al Juez la inspección, es al ente requirente o acusador el encargado de

⁽³³⁾. Véase el artículo

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

recabar los datos y elementos materiales producto del delito, solamente a petición del Fiscal o de las partes el Juez podrá realizar una inspección.

En un sistema adversativo, las labores de investigación son desarrolladas por el órgano acusador, todo lo recabado en esta etapa permite al mismo, sustentar la acusación que posteriormente presentará ante el órgano judicial; por tanto, la inspección tendrá un carácter preventivo- preprocesal; en cambio si el Juez participa en la actuación de la inspección el acto se vuelve procesal.

El propósito de la inspección es que el operador judicial (Juez de Letras), encargado de realizarla, perciba de manera directa, sin mediación, a través de los sentidos, ya sea sobre un objeto, persona o lugar una circunstancia o detalle significativo que le permita valorar *in situ* sobre ese aspecto, para cual ha existido el requerimiento de una de las partes en el proceso.

Esa percepción se extiende a cualquier objeto que puede ser percibido a través de cualquier medio de grabación, ya sea, una cinta magnetofónica, filmación o fotografía.

Puede llevarse a cabo en la etapa preparatoria, como se establece en el artículo 203 del Código Procesal Penal o bien durante la etapa del juicio oral, al inspeccionar documentos, fotografías o escuchar cintas magnetofónicas, observar filmaciones de acuerdo a los artículos 332 y 333, del mismo cuerpo normativo.

3.5.1- Requisitos

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 203; la Policía Nacional se encargará de inspeccionar y custodiar el lugar donde ocurrieron los hechos que se investigan. Asimismo, de buscar señales, huellas, rastros, o efectos materiales que tengan relación directa o indirecta con la comisión del delito. De todo lo actuado, se dejará constancia en un acta en la cual se hará un detalle pormenorizado del estado de las cosas y de las personas. Los agentes de investigación podrán ser asistidos por expertos o peritos, si precisare conocimientos técnicos, médicos o de otra naturaleza, para la recolección de señales, huellas vestigios y demás elementos de prueba, procediendo a su conservación y detalle en el acta mencionada.

Manuel Antonio Fortín Aguilar

El acta será firmada 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.

De todo lo anterior se extraen los siguientes requisitos que debe reunir la inspección:

- a) Debe ser consignada en un acta firmada por el o los agentes de investigación criminal que realicen la inspección (en caso que la realice el Juez será el Secretario del Juzgado respectivo el que dé fe de lo actuado).
- b) Debe detallarse mediante dibujos, croquis fotografías o filmados, el estado de las cosas y de las personas.
- c) Todos los elementos de prueba deben ser debidamente embalados y custodiados.

3.5.2- Debe consignarse en un acta

La documentación por escrito permite mantener una idea de la forma en que estaban ubicados los objetos o personas durante el desarrollo de la inspección, principalmente en sitios que no es posible mantener sin modificaciones el lugar donde ocurre el hecho.

Si no se deja constancia mediante el acta, no será susceptible de valoración, de parte del Tribunal Sentenciador, en virtud de la imposibilidad de su reproducción, por ello, el artículo en mención dispone que esa acta se debe leer en el juicio oral, a efecto de valorarlo.

Á pesar que un determinado lugar se pueda mantener sin modificaciones, siempre se hace necesario describir los objetos, su posición, ubicación, ya que también son elementos a valorar, aparte de ésto, debemos recordar que la inspección será realizada por personas diferentes a las que van a juzgar.

Las personas que realicen la inspección, deben ser cuidadosas de describir, con todo detalle, el lugar y las circunstancias antes mencionadas, evitando que en su redacción manifiesten aspectos subjetivos que impidan valorar la prueba.

3.5.3-El uso de otros de medios para contribuir a la objetivación del tribunal

La libertad probatoria, consignada en el Código Procesal Penal, permite a los cuerpos de investigación, reproducir con toda objetividad el sitio, ubicación de objetos y personas, así como los detalles particulares de cada uno en su forma, tamaño, color, etc, lo que facilita formar en el tribunal la percepción objetiva.

Por ello es importante que en las inspecciones se utilicen, fotografías, filmaciones, croquis, dibujos u otros medios al alcance del conocimiento humano.

3.5.4-A solicitud de partes y su intervención en la realización

El artículo 203 del Código Procesal dispone que el Juez realizará la inspección a solicitud de las partes, como ya se ha expresado anteriormente, el Juez no podrá, de oficio, realizar una inspección, en virtud que la oficialidad le corresponde al órgano requirente; las partes solicitantes o no pueden asistir y presenciar la realización de la inspección e intervenir en su realización, podrán concurrir, los testigos presenciales del hecho y los peritos.

De tal manera que el imputado acompañado de su defensor podrá asistir a la práctica de la inspección, lo mismo que el Fiscal y el acusador privado.

Recuérdese que el Código Procesal Penal, en su artículo 14, admite que el imputado y su defensor comparezcan en todos aquellos actos, donde se incorporen elementos de prueba y formular las peticiones y observaciones que consideren oportunas.

En cumplimiento del principio contradictorio³⁴, las partes podrán, de manera directa, intervenir haciendo las recomendaciones, observaciones y desarrollando una labor de control durante la realización de la inspección. Todas estas manifestaciones de las partes permiten a éstas desarrollar la labor en defensa de sus intereses.

³⁴Art. 14 C.P.P

Manuel Antonio Fortín Aguilar

3.5.5-Participación de peritos y testigos

Durante la inspección los agentes de investigación podrán ser asistidos por expertos o peritos, si acaso se precisare de conocimientos técnicos, médicos o de cualquier naturaleza, a efecto de recolectar las huellas, señales o cualquier otro vestigio y demás elementos de prueba, procediendo posteriormente a su debido embalaje y custodia, mencionando el hallazgo en el acta respectiva.

El acta será firmada por los agentes de la Policía de Investigación que hayan intervenido, así como por dos testigos, de ser posible, preferiblemente vecinos del lugar donde se realice la inspección.

El acta será leída en el juicio oral y los investigadores, así como los peritos, podrán ser convocados al juicio para que ratifiquen su participación en dicho acto.

El posible valor probatorio que tienen, precisamente, estas inspecciones no realizadas por un juez, radica en esa posibilidad de que los peritos, testigos y policías comparezcan ante el Tribunal Sentenciador a ratificar el contenido del acta que se levantó en la diligencia y someterse al contradictorio de las partes.

3.5.6-Inspección realizadas por un juez que no es miembro del Tribunal Sentenciador

De acuerdo al artículo 203 del Código Procesal Penal, el Juez, a petición del fiscal o de las partes, podrá constituirse en el lugar de los hechos y realizar las inspecciones que estime oportunas.

Climent Durán⁽³⁵⁾, siguiendo a Viada López Puigcerver, manifiesta que: "El fundamento de la inspección ocular se halla en la previsible irreproducibilidad durante el juicio oral de cómo era el lugar, la cosa o la persona que presentaba alguna relación con el hecho delictivo, porque su aspecto pudo haber variado desde entonces con una intensidad mayor o menor según las características y circunstancias del objeto entonces percibido. "

⁽³⁵⁾ CLIMENT Duran, Carlos, cit.pag 424 y sigs.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

-Así agrega: "Con la inspección ocular se logra perpetuar lá memoria sobre el estado que presentaba el objeto inspeccionado en el momento de ser examinado, lo que se plasma en el acta al efecto de ser elaborada por quien realiza la inspección."

El acta que se recoge al momento de efectuar la inspección, refleja la actividad observatoria del Juez, quien describirá con detalle todos aquellos elementos que le permitan al Tribunal Sentenciador emitir un fallo, esa acta tendrá un carácter de documento público en virtud que el Juez se hará acompañar de su Secretario de Actuaciones que actuará como ministro de fé pública.

Al tener este carácter de documento público, se constituye en una prueba anticipada, que reúne requisitos esenciales para que pueda ser leída en el juicio oral, constituyéndose en un elemento de prueba, objeto de valoración, con categoría de testimonio, en virtud que contendrá las apreciaciones de quien realiza la inspección.

Es obvio que el Tribunal Sentenciador no ha tenido inmediación del objeto, cosa, persona o lugar sobre el cual se realizó la inspección, recibe entonces una versión de un funcionario judicial que, si bien está autorizado, no es el que va a juzgar y, por tanto, transcribe en el acta su percepción sobre lo inspeccionado, que se constituye, con la lectura posterior del acta respectiva en el juicio, en objeto de valoración de parte del Tribunal de Sentencia.

"En definitiva, la inspección ocular es equiparable a la prueba testifical, en cuanto supone la plasmación en un acta de lo directa y personalmente percibido por un juez que la realiza, pero al mismo tiempo puede considerarse como una prueba testifical cualificada por dos razones: Una, porque es realizada por un testigo cualificado, en concreto por un juez con todas las características de imparcialidad y desinterés que le caracterizan, y; otra, porque la percepción realizada por el Juez se traduce en un testimonio cualificado, debido a que lo que se reseña en el acta son las descripciones objetivadas, de los objetos examinados por el Juez, sin estampar en el acta sus impresiones o valoraciones subjetivas."³⁶

³⁶Cfr CLIMENT Duran.C cit,pags 429 y 430

3.5.7-Valoración de la inspección.

La inspección debe cumplir con los requisitos necesarios para ser valorada por el Tribunal de Sentencia, así, si se analiza el artículo 203 del Código Procesal encontramos requisitos de formas muy especiales:

- a) Debe detallarse con precisión el lugar, el objeto u objetos encontrados en el sitio, las personas, las cosas, su ubicación, su forma o contenido, posición en que se encontraban.
- b) Si son huellas dactilares, deben ser recogidas técnicamente, permitiendo una identificación plena entre la huella encontrada y quien la plasmó en el sitio, si son huellas de pisadas, llantas de vehículos, etc, deben también ser recogidas mediante moldes de yeso.
- c) Todo lo actuado debe ser consignado en el acta, ésta debe ser firmada por el o los investigadores que participen y de ser posible por dos testigos, vecinos del lugar donde sucedió el hecho, si la inspección es realizada por el Juez debe ser firmada por éste y su Secretario quien actuará como ministro de fe pública.
- d) Esa acta debe ser incorporada al juicio oral y leída durante la audiencia.

La valoración la hará el Tribunal de Sentencia de acuerdo a la sana crítica, valorándola libremente, sujetándose a las reglas de lógica y la experiencia común.

3.6- LA PRUEBA DOCUMENTAL

3,6,1- Concepto de documento

Fenech ⁽³⁷⁾ opina que: "Documento es el objeto material en el cual se ha asentado, mediante signos convencionales, una expresión de contenido intelectual."

Cruz López⁽³⁸⁾ Manifiesta que: "Documento o instrumento es todo escrito en que se consigna un hecho." Este autor hace

³⁷ FENECH Miguel. El proceso Penal. 1978. p 189. Cfr Caferrata Nores ,pag 175.

³⁸ CRUZ López, Reinaldo. Obligaciones y contratos en general, apuntes de derecho civil. II ed. 1984. Imprenta Calderón, S. de R. L.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

diferencia entre instrumento y título, dice: "Título es el acto jurídico de donde nace el derecho u obligación y documento o instrumento es el escrito en que se consigna ese acto jurídico que se quiere probar."

Para D'Albora ⁽³⁹⁾ "Documento en sentido procesal penal, es la concreción material de un pensamiento, que abarca las marcas, signos, contraseñas, escritos anónimos, informes, distintivos, emblemas condecoraciones, etc. Dentro de este concepto corresponde incluir el producto de ciertos mecanismos registradores, tales como máquinas controladoras, aparatos fotográficos, fumadoras, videotapes, grabadoras."

3.6.2-Clases de documentos

Para determinar el carácter público o privado de un documento se estará a lo prescrito por el Código Civil y el Código de Procedimientos Comunes.^{t40)}

Los documentos pueden ser: documentos públicos o documentos privados.

Los **documentos públicos**, de acuerdo al artículo 1497 del Código Civil, son los documentos autorizados por un Notario Público o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

El carácter público lo adquiere el documento por la calidad del fedatario que lo autoriza y por el cumplimiento en su emisión de las solemnidades establecidas por la ley.

El Notario goza y es depositario de la fe pública notarial, que es la potestad que el Estado le otorga mediante el Exequátur; el funcionario público adquiere la potestad por la competencia que la ley le confiere por el cargo que ostenta.

Los documentos públicos para ser considerados como tales, deben, además, ser autorizados por Notario o por empleado público competente, ser expedido con las formalidades que la ley exige para la clase de documento que se trate, según el caso.

³⁹ D'ALBORA Francisco Curso de derecho Procesal, citado por Cafferata Nores cit Pag 175

⁴⁰ Art 252 C.P.P

Manuel Antonio Fortín Aguilar

Los **documentos privados** son los otorgados por los particulares; también tendrán esta categoría los instrumentos defectuosos por incompetencia del Cartulario, si estuviere firmada por los otorgantes.⁽⁴¹⁾

Existen dos clases principales de documentos públicos.⁽⁴²⁾

- a) Los documentos o instrumentos autorizados por un Notario o documentos notariales;
- b) Los documentos autorizados por empleado público competente.

Por la fe pública notarial que ostenta el Notario los instrumentos que conforman su protocolo (matriz) y las copias que expida, de conformidad a la ley, se consideran documentos públicos, también lo serán las sentencias que dicta un juez o tribunal y la correspondiente certificación expedida por el secretario respectivo.⁽⁴³⁾

3.6.3-Valor probatorio de los documentos públicos

El artículo 324 del Código de Procedimientos Comunes establece que los documentos públicos hacen plena prueba en juicio y fuera de él, sin necesidad de cotejo, salvo prueba en contrario (*iuris tantum*), así:

- a) Las ejecutorias y las certificaciones o testimonios de sentencias firmes, expedidas en legal forma por el tribunal que las hubiere dictado.
- b) Las escrituras públicas antiguas, que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo-o matriz hubiere desaparecido.
- c) Cualquier otro documento público, que por su modelo carezca de original o registro con el que pueda compararse.

Como ya se explicó, la razón de ello es que tanto el Notario como el funcionario público que expidan o autoricen los documentos, son ministros de fe pública.

(41) Arts 1504 C.c.

(42) Cfr CRUZ LÓPEZ R. Obligaciones y Contratos CIT, PAG 124Y 125

(43) Véase el Art. 321 Código de procedimientos civiles

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Y como lo expresa Cruz⁽⁴⁴⁾ "El estado garantiza la veracidad de las afirmaciones del Notario o empleado contenidas en el documento que ha autorizado dentro de los límites de su competencia y con las formalidades legales; y si bien el documento puede ser impugnado por falso o nulo, mientras no sea declarado enjuicio esa nulidad o falsedad, mantiene su presunción de veracidad y legalidad, y por tanto, su valor de plena prueba."

3.6.4-Valor probatorio de los documentos privados

El documento "privado, reconocido judicialmente por la parte a quien se opone o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos." (Art. 1507 C.C.)

Los requisitos exigidos para que un documento privado constituya prueba son: Su reconocimiento enjuicio por quien lo suscribió o mandado a tener por reconocido; una vez efectuado ese reconocimiento el documento tendrá el mismo valor de una escritura pública como lo expresa el artículo relacionado.

⁻⁴⁴ CRUZ Lòpez R Ob cit. Pag. 125

LA PRUEBA ILÍCITA

Manuel Estrella Ruiz

4.- LA PRUEBA ILÍCITA

4.1- Introducción

La prueba penal requiere cualidades de exquisita pureza para poder formar la convicción del juzgador en su sentencia, debiendo ser limpia en su génesis, porque su nitidez garantiza el respeto a la dignidad de quien se somete al proceso penal, pero al tiempo debe permitir atravesar el umbral de la presunción de inocencia sin alterar los valores constitucionales que dicho principio consagra y en los que nos detendremos en capítulos posteriores. La expresión prueba ilícita, a la que nos referiremos abundantemente y que hoy en día goza de raigambre doctrinal gracias a las aportaciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, no la ceñiremos a las pruebas explícitamente practicadas en el plenario y que habrán de ser base fáctica sustancial de la sentencia, sino que abarcaremos con ella todas aquellas diligencias, medios probatorios y pruebas procesales en las que se debata o discutan aspectos constitucionales o infraconstitucionales que puedan determinar la irregularidad o invalidez de un concreto elemento probatorio, con sus correspondientes efectos en el proceso concreto de que se trate, y ello no obedece a una caprichosa decisión de quienes escriben estas líneas, sino al verdadero espíritu que preside el artículo 200 del Código.

Resulta difícil discutir el acuñamiento de la expresión prueba ilícita y de su desarrollo por parte de la jurisprudencia anglosajona, siendo corolario práctico de la misma, la doctrina "del fruto del árbol envenenado", y en consecuencia, pese a que el fin último de toda acción penal por parte del Estado sea la búsqueda de la verdad material con respecto a un posible delito y, en su caso, la posterior sanción, es consecuencia obligada, la idea de que dicha búsqueda de la verdad no podrá hacerse a cualquier precio sino mediante la obtención reglada y acorde a los derechos fundamentales y a las garantías del proceso, aunque eso sí, obvio es significar que el alcance de las consecuencias de

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado es discutible, proporcionando serios avatares no ya sólo doctrinales sino jurisprudenciales, valiendo por todos los sufridos por la cuestión en el Tribunal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, tema estudiado por Díaz Cabiale en una obra que le valió en España el premio "Poder judicial" y que nos servirá de referente.

La expresión que tanto predicamento cuenta entre los juristas, fue acuñada por el Juez Frankfurter en la sentencia Nardone (1939), si bien ello se trata de la consolidación de una tesis jurisprudencial iniciada con la sentencia Silversthone Lumber de 1920, con arreglo a la cual se expande el efecto invalidante de la prueba ilícita a las lícitas derivadas de aquélla. Es la única forma de que no tenga efecto alguno, pues en caso contrario constituiría una burla al verdadero sentido de la nulidad procesal de las actuaciones cuando se vulnera un derecho fundamental, en palabras del propio Juez Frankfurter: "Prohibir el uso directo de estos métodos ... pero no poner freno al indirecto, constituiría una incitación a estas mismas artimañas, tenidas por incompatibles con los niveles éticos medios y destructores de la libertad personal", es decir que como afirma Velasco Nuñez al reflexionar sobre la materia, si el árbol está envenenado, algo que deriva de él, pese a su apariencia independiente, esto es, su fruto, necesariamente también ha de estarlo, y la razón estriba en que el efecto excluyente de la prueba alcanza también a la derivada de aquélla, es la única forma de asegurar que realmente la ilícita inicial no surtirá ningún efecto.

Como adelantábamos, Díaz Cabiale, distingue en la evolución del derecho norteamericano tres etapas:

- A) De 1886 a 1961, como período de expansión de la exclusionary rules, que prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, y que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta.
- B) De 1961 a 1984, como período de progresivo, reconocimiento de excepciones que flexibilizan la rigidez de la regla de exclusión.
- C) De 1984 en adelante, caracterizada por la introducción de la excepción de la buena fe, que, ajuicio del citado autor, si se

Manuel Estrella Ruiz

aplica en todas sus posibilidades podría dejar sin sentido la -
regla exclusionaria.

Debemos aclarar que la jurisprudencia norteamericana, aplica la teoría de los frutos del árbol envenenado, exclusivamente, cuando la prueba ilícita inicial viola algún derecho fundamental sin entrar en consideraciones invalidantes cuando la prueba ataca normas infraconstitucionales. De esta manera y pese a que la aplicación práctica de la teoría se proyecta fundamentalmente en los registros injustificados de personas, domicilios, papeles y efectos personales (cuarta enmienda), casos como US vs. Wade (1967), aplican la teoría en relación a la sexta enmienda referente al derecho a la asistencia letrada en ruedas de reconocimiento al igual que en el caso Williams relativo a detenciones ilegales, o como en el caso Kastigar (1972), referente a la prohibición de declarar contra uno mismo consagrada en la célebre quinta enmienda.

El deseo de que se haga respetar la Ley Fundamental como vértice de la pirámide Kelseniana, fundamenta las reglas de exclusión de la prueba ilícita en cuanto que vulnera derechos fundamentales y se residencia en lo que se ha llamado efecto disuasorio (deterrence effect), según el cual la razón de excluirla prueba ilícitamente obtenida no es otra que disuadir a los agentes policiales de usar métodos anticonstitucionales de obtener prueba, en la convicción de que si así lo hacen y son descubiertos, todos sus esfuerzos serán condenados al fracaso, porque la prueba así obtenida no surtirá efecto alguno. La tesis del efecto disuasorio se empleó en su momento por la jurisprudencia norteamericana' como verdadero método de control del aparato policial, incluso reconociendo que no estaba empíricamente probado el efecto disuasorio, argumentando el efecto pretendido en dos bases, a saber: Que la policía comprendería que para nada servirían sus esfuerzos cuando la prueba es obtenida ilegítimamente, y; que los mandos policiales, al informar a sus cuadros sobre la ineficacia de dichas pruebas, podrían inducir, a largo plazo, prácticas correctas, a lo que se puede contraargumentar que el interés público en el efecto disuasorio de futuras prácticas policiales incorrectas se vería sobrepasado por el interés no menos público en la persecución de los delitos y de sus culpables, y aquel efecto podría conseguirse con medidas disciplinarias.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

La segunda gran consecuencia de los efectos de las "exclusionary rules" es la de no extender los efectos invalidantes a los supuestos de prueba ilegal producida por particulares (caso Jacobsen), ni a supuestos de actuación de agentes no estadounidenses, lo que tendría imprevisibles y no deseables consecuencias en cualquier actuación que requiriera intervenciones exógenas y muy especialmente en una materia tan delicada como la extradición. Siguiendo el hilo de la citada doctrina, tampoco cobraría virtualidad cuando los agentes actúen bajo la buena fe (good faith), porque si fuera así, su error les impide cualquier grado de disuasión y de alternativas a su ilícito actuar, siendo paradigma de dicha matización el mandamiento de entrada y registro incompleto, o el llevado a cabo mediante el registro practicado bajo una ley que posteriormente es declarada inconstitucional. Como podemos comprobar, no se concibe como un verdadero mandato constitucional, sino como un verdadero método profiláctico de disuasión a los agentes policiales, tratándose en definitiva de una llamada de atención al Gobierno para que no se ponga al mismo nivel que los delincuentes, ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido (Juez Holmes) o dicho de forma gráfica como advierte Fernández Entralgo "prohibido hacer trampas".

4.2- Excepciones a la teoría general

Como ya anticipamos, no ha existido una evolución lineal de la teoría de los frutos del árbol envenenado, distinguiéndose por Diez Cabiale las tres etapas antes indicadas, etapas en las que se podrían constatar votos discrepantes, vueltas atrás, todo tipo de matizaciones, auténticas disputas entre los más celebres magistrados y un largo etcétera que nos conducirá a analizar las más importantes matizaciones que se han materializado sobre la teoría general, bien entendido que, existe clara coincidencia en lo esencial, aunque si nos atrevemos a afirmar que existen verdaderos vaivenes propios de la política criminal imperante en cada momento, siendo fácil presumir que continuarán en lo sucesivo, situación que no ha de asustar a quienes apliquen el Derecho con criterios flexibles y aperturistas, lo que no está reñido con el rigor ni con la seguridad jurídica.

Como queda advertido; una vez se va consolidando la teoría de las exclusionary rules, comienza a sufrir importantes ataques, la mayoría procedentes de los denominados "econometricians", quienes propugnan que el coste social de dicho remedio a las irregularidades policiales era excesivo, amén del importante costo económico que supone el proceso debido, proceso que se tilda de costoso, lento e ineficaz, controversias que llevarán a la Corte Suprema a formular importantes recortes, concluyendo con la formulación del balancing-test. Dicho matiz a las antiguas reglas disuasorias, implican que cada vez que se pretenda excluir la prueba, hay que sopesar hasta que punto se logrará disuadir en lo sucesivo a la policía, todo ello amparado en que la regla no es un derecho constitucional de la parte agraviada, sino un remedio judicial creado para salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda a través de su efecto preventivo, tesis que tendrá su ulterior evolución en la doctrina de la buena fe policial.

4.3- La denominada fuente independiente

La teoría de la buena fe como medio socorrido de equilibrar el latente conflicto de intereses que subyace en la materia, da paso a la limitación de la fuente independiente como excepción de gran calado a la teoría de los frutos del árbol envenenado. El propio juez Holmes en la sentencia de 1920 que da origen a la teoría esencial advierte que la misma no significa que los datos obtenidos de forma ilícita se hagan intocables e inaccesibles, ya que si su conocimiento se ha logrado por una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por una mala práctica del Gobierno no puede ser usado de la forma propuesta, como dicen Israel & Lafave en el más importante estudio existente sobre la materia, "una cosa es decir que la policía no pueda aprovecharse de la violación de los derechos de la persona y otra distinta que la transgresión de sus derechos haga que esa persona no pueda ser condenada cuando su culpabilidad pueda probarse por otras pruebas lícitamente obtenidas".

El caso paradigmático de dicha excepción, según recoge la obra de los citados Israel & Lafave, es el caso Bynum, cuyo resumen nos ayudará a comprender ese sentido de la excepción.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Basándose en meras conjeturas, la policía, sin indicios suficientes, detuvo al señor Bynum, y en su detención, se le toman las huellas dactilares, verificándose que coincidían con las del lugar del robo. Al considerarse ilícita la detención, en aplicación de la regla general, se anuló igualmente la prueba pericial de confrontación de las huellas, ante lo cual, la policía volvió a encausar al mismo individuo presentando una prueba dactilar coincidente con las huellas halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de unos antiguos archivos del FBI y que ninguna relación tenían con las recogidas tras la detención ilegal, aceptando el Tribunal que esta nueva prueba pericial no guardaba ninguna relación con el arresto ilegal. Dicha excepción goza en la actualidad de la general aprobación doctrinal y sobre todo jurisprudencial, no sólo en las Cortes anglosajonas, sino también en los sistemas continentales de ultramar, donde el precedente, no cuenta con el valor de fuente del Derecho que se le atribuye en el Derecho de corte anglosajón, pero donde la doctrina jurisprudencial reiterada sí que cobra un gran valor, afirmándose que se produce la no contaminación cuando pueda llevarse a cabo una desconexión causal (hallazgo inevitable) o cuando sea obtenida claramente de una fuente distinta, refiriéndose a la misma el artículo 200 del Código Procesal hondureño, cuando tras proclamar, la ausencia de valor probatorio de cuantas pruebas se obtengan vulnerando derechos fundamentales y de "cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos ", advierte que ello es así siempre que "no hubiera sido posible ,su obtención sin la información derivada de ellos".

4.4- El nexo causal atenuado, la tacha saneada o fuente cuasi independiente

La independencia que exige la anterior doctrina no siempre es pura y en atención a la riqueza que la casuística judicial proporciona se trata de buscar solución a casos fronterizos, afirmándose por el Tribunal Federal que en ocasiones el veneno está en una rama muy distante del tronco, generándose así la teoría de la atenuación como punto intermedio entre la del fruto del árbol envenenado y la de la limitación de la fuente independiente. En el propio caso Nardone, ya se advertía que la Prueba refleja podría ser válida siempre que el nexo causal fuera tan débil que llegara a disipar la ilicitud o a sanearla, radicando la

Manuel Estrella Ruiz

cuestión en observar si la prueba derivada supone un aprovechamiento de la ilegal o por el contrario son suficientemente distinguibles. En el caso Wong Sung, tras su detención irregular, una tercera persona, que, posteriormente al ser puesta en libertad, voluntariamente volvió a las dependencias policiales confesando ser autor del delito por propia iniciativa, el Tribunal entendió que la confesión no se habría producido de no existir el arresto irregular, pero al tratarse de un acto distinto y separado del arresto, se consideró saneado e incontaminado.

El juez Povvell, en la sentencia del caso Brown llegó a afirmar que en algunos casos las reglas de exclusión implican mayor coste para las legítimas aspiraciones de la ley que las que pueda justificar por los propósitos de disuasión, y por ende la exclusión ilimitada puede en ocasiones ser excesiva, proponiendo la aplicación de la doctrina del nexo causal atenuado en función de los hechos de cada supuesto. El problema es una vez más y como sucede siempre que abordamos limitar derechos fundamentales en la investigación criminal, tratar de encontrar una línea de equilibrio y entre los autores, según se recoge en la obra citada y así lo refleja igualmente Eloy Velasco, se buscan criterios como los siguientes:

- a) Allí donde la relación entre la prueba derivada y la inicialmente ilegal es complicada y sólo se llega a ella mediante argumentaciones sofisticadas, parece inapropiado excluir la prueba refleja porque parece altamente improbable que los agentes policiales se planteen mentalmente la relación y por tanto no cobraría sentido la regla de exclusión.
- b) Cuando la prueba refleja se utiliza para un propósito inusual o extraño, tampoco es lógico que se planteara *a priori* por el agente, ante lo cual igualmente tampoco tendría efecto disuasorio.
- c) La intensidad de la infracción del agente se medirá en función de la cantidad de derecho fundamental transgredido.
- d) Sí existe alguna actuación voluntaria (confesión) entre la acción ilícita inicial y la prueba refleja, se entiende atenuado y por tanto saneada la prueba.
- e) Si ha transcurrido un importante lapso de tiempo entre la acción ilícita y la prueba posterior.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

f) Si la irregularidad se ha producido a presencia o bajo la vigilancia del Juez.

Sin embargo, pese a los loables propósitos de estas limitaciones, resulta preocupante la gran inseguridad que pueden llegar a producir y del propio tenor del ya mencionado art. 200 CPH, no parece que la gran preocupación del legislador, fueran las reglas disuasorias hacia la policía, sino la verdadera salvaguarda de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución hondureña y en los tratados internacionales de los que Honduras es parte, y buena prueba de ello es que al final del precepto, advierte de las posibles responsabilidades disciplinarias, haciendo prevalecer quizás las reglas del proceso debido en el máximo rigor sobre las reglas de exclusión. Ello no quiere decir que no se admitan excepciones a la regla general de la anulación de todos los efectos reflejos, pero la indeterminación de la independencia relativa o de la tacha saneada son tremendamente imprecisas y normalmente orientadas por las exclusionary rules, existiendo además el peligro de que si la policía sabe que su ilegalidad inicial puede ser cubierta por posteriores investigaciones policiales legales, no habrá servido de nada que les disuada de cometer esa ilegalidad.

Como afirma Velasco Núñez, la controversia entre la disuasión del actuar ilícito policial y la inmunidad que por el contrario se procuraría al autor de un hecho criminal cuando la primera certeza de su autoría se descubriera de forma irregular, se ha resuelto, no sin discrepancias, a favor de evitar más lo segundo que lo primero, siempre que, cualquiera que fuese la razón por la que se investigase al autor, hubiese prueba independiente.

4.5- El hallazgo o descubrimiento inevitable .

Se plantea la excepción por vez primera en el caso Williams (1984), rompiendo el efecto invalidante reflejo, cuando, se considere que la prueba encontrada como consecuencia de una ilicitud, hubiera sido inevitablemente descubierta en cualquier caso por métodos lícitos. Siguiendo de nuevo a Velasco, la citada doctrina se diferencia de la “fuente independiente”, en que lo importante a considerar no es si la policía en realidad consiguió la prueba confiando en una fuente no contaminada, sino, en si la

Manuel Estrella Ruiz

prueba conseguida de hecho, gracias a una violación constitucional, habría sido, de lo contrario descubierta ineluctablemente de una fuente sin tacha.

Aún sosteniéndose que el primer antecedente se produjo en 1943, en el denominado caso SOMER, el supuesto paradigmático de aplicación de esta tesis es, como queda dicho, el caso Williams(1984), en él una declaración del acusado obtenida ilegalmente reveló el paradero de la víctima del asesinato en la cuneta de una carretera, antes y a la vez un grupo de voluntarios estaba buscando el cuerpo de acuerdo con un plan preconcebido que más pronto o más tarde habría conducido al lugar donde se encontró el cadáver. La teoría ha sido fuente de importantes críticas doctrinales, críticas basadas fundamentalmente en el dato cierto de que toda la sustentación de la teoría se basa en conjeturas, hipótesis y reconstrucciones mentales sobre lo que podría haber ocurrido en la investigación criminal. No obstante, la correcta aplicación de la tesis indicada, teoría que dicho sea de paso es igualmente admitida por el Tribunal Supremo español, no merma garantía alguna, ni hace peligrar la correcta aplicación refleja de las nulidades por vía de la prueba ilícita, siempre que se demuestre por prueba irrefutable que la información inevitablemente se hubiera conseguido empleando medios legales, implicando la ausencia de elementos especulativos y centrándose en hechos demostrables susceptibles de pronta corroboración o recusación, y así retomando como prototipo al caso Williams, pudo demostrarse por el mando policial que si la batida de voluntarios, no hubiera suspendido su actividad por la confesión viciada] se hubiera encontrado el cadáver en pocas horas ya que habían suspendido la actividad a dos millas del lugar del crimen.

En la ya reiterada "deterrence effect", que tradicionalmente procura la jurisprudencia norteamericana, existe una gran preocupación por la probabilidad de que la policía, sabedora de la pacífica aplicación de la excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado pueda emplear por decirlo de forma gráfica "atajos", lo que se soluciona mediante la exclusión de una aplicación mecánica de la teoría, haciéndose uso de la misma tan

sólo cuando se acredite que la policía no actuó de mala fe para acelerar el descubrimiento de la prueba en cuestión.

4.6- La prueba ilícita en el Código Procesal Penal de Honduras

Antes de analizar las posibles consecuencias prácticas que, la imposibilidad legal de obtener la verdad material a cualquier precio, pueda tener en el Derecho hondureño en cada uno de los principales medios de prueba, consideramos importante hacer una breve referencia a los avatares que ha sufrido el tema en los debates parlamentarios y anteriores anteproyectos de Ley a los que los autores hemos tenido acceso desde 1997.

En el Proyecto de 1997, el artículo 18 era del tenor literal siguiente: "la información obtenida mediante torturas, malos tratamientos de palabra o de obra, coacciones o amenazas o mediante procedimientos ilícitos, no tendrá el carácter de prueba.

Las pruebas no concluyentes se entenderán siempre a favor del imputado.

En caso de que como consecuencia de información recabada de manera ilícita, que no sea mediante torturas, malos tratamientos de palabra o de obra, coacciones o amenazas, se obtengan posteriormente de manera legal, evidencias concluyentes e irrefutables en cuanto a determinados hechos, las mismas tendrán eficacia probatoria. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa de quienes hayan obtenido tal información y en el entendido de que en ningún caso tendrá valor de prueba la evidencia obtenida directamente de manera ilícita".

El citado precepto al margen de lo farragoso de su redacción y de las evidentes mejoras de que podía ser objeto, contemplaba de un lado, la nulidad radical de cuantas pruebas vulneraran derechos fundamentales, en segundo término una correcta consagración legal del principio *in dubio pro reo*, y en tercer termino una compleja indicación relativa a los supuestos de desconexión causal entre las pruebas ilícitas y sus consecuencias reflejas, permitiendo todo tipo de interpretaciones, siendo tan ambiguo que hasta podría pensarse en que dejaba una puerta abierta a la teoría del nexo causal atenuado.

La posterior elaboración de proyectos más depurados e inclusive las aportaciones de importantes dictámenes de

Manuel Estrella Ruiz

consultores internacionales, dieron lugar a la actual redacción, contemplada en el artículo 200 del CPPH, en el que se recoge:

"Carecerán de-eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren 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; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información."

El precepto en cuestión es digno de elogio, pues de un lado recoge con claridad cuáles son los motivos de nulidad de la prueba, que no son otros que la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales refrendados por la República, despejando así cualquier duda sobre el alcance de las meras irregularidades procesales, cuestión que en ocasiones da lugar a verdaderas confusiones, cuando el régimen de la nulidad, simplemente procesal, está regulado en los artículo 165 y siguientes del Código. El propio texto prevé la aplicación del efecto reflejo anulatorio de las pruebas derivadas de la obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales, pero al propio tiempo impone deshacer dicho mandato cuando pueda establecerse una desconexión causal, dando así cabida a una prudente aplicación de las teorías ya explicadas del descubrimiento inevitable y de la fuente independiente.

Distingue en definitiva el legislador, tal y como se viene confirmando en Derecho comparado, entre la vulneración de normas infraconstitucionales y la infracción de derechos fundamentales, anudando la sanción de nulidad sólo este último caso, solución que se deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico de corte garantista y constitucional, confiriéndoles el carácter de inviolables. Como ha recordado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional español, los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos de una finalidad legítima y por ello propugna una interpretación finalista o teleológica de las normas previstas en

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

las leyes procesales, corolario de la ponderación entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, conforme a la cual, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio, declarándose que cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de refutarla inexistente a la hora de construir la base fáctica de la sentencia, siendo distinto cuando la ilicitud sea de rango inferior en cuyo supuesto, es posible que tenga que prevalecer el principio de la verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza, igualmente, resulta delicado determinar el alcance de los efectos reflejos, cuestión en la que también habrá de tenerse en cuenta el derecho constitucional a la prueba, ciñéndose los efectos reflejos a los casos en que de un lado exista una clara dependencia causal entre ambas pruebas, es decir una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la obtención de la prueba y el resultado logrado posteriormente merced a dicha ilicitud y, en segundo lugar, la imposibilidad de su obtención por otros medios legales, razón por la cual estos efectos no entran en juego cuando el resultado logrado hubiese sido obtenido, igualmente por otras vías, si bien es cierto que este segundo requisito comporta la necesidad de efectuar juicios hipotéticos acerca de la probabilidad de acceder a los datos logrados por medios legítimos, probabilidad que deberá ser oportunamente razonada por el juzgador en la sentencia. En palabras del propio Tribunal Supremo español, haciendo una exquisita delimitación entre ilicitudes y nulidades provenientes de la infracción de derechos fundamentales y lo que son simples irregularidades administrativas, la Sentencia de 7 de julio de 1995, afirmó:

"Ciertamente, que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no deben surtir efecto, pero también ha de tenerse en cuenta que sólo se pueden desestimar las Pretensiones por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable (LO 6/1985 [RCL 1985U578,2635 y ApNDL 8375] art. 11.3) y que para que se dé la nulidad por infracción

Manuel Estrella Ruiz

procesal se requieren 3 condiciones: A) Que se trate de norma esencial de procedimiento; B) Que se haya prescindido total y absolutamente de dichas normas y C) Que efectivamente se haya producido por ello indefensión (LOPJ art. 238 núm. 3.º). La nulidad no afecta sino al acto ilegal y no se extiende a los independientes de aquél (independencia procesal se entiende) ni a aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable, aún sin haberse cometido la infracción que motivó su nulidad; el número 2 del artículo 242 de la Ley Orgánica 6/1985 incluso contempla la posibilidad de que pueda ser nula parte de un acto y no el resto del mismo acto cuando no dependa de aquélla. Naturalmente, en el derecho procesal existe, mientras no sea incompatible con un principio superior, el de conservación del acto en caso de duda «*in dubio pro actis*».

Ha de tenerse en cuenta, al aplicar la teoría de procedencia norteamericana «de los frutos del árbol envenenado» que tal doctrina no puede llegar, en contra de nuestra legalidad vigente, a que la contaminación viciosa imposibilite la investigación penal, en cuanto el descubrimiento de las pruebas objetivas de un hecho delictivo haya tenido lugar con un defecto puramente formal, estrictamente procesal de legalidad ordinaria, y sólo la vulneración propiamente constitucional puede hacer extensiva la ineffectividad de las pruebas a las posteriores (art. 11.1) y eso cuando, repetimos, no haya posibilidad de apreciar la independencia de su juicio.

No se puede privar a ninguna de las partes acusadora o defensora, pública, privada o particular, responsable civil o actor o responsable penal, de todo su acervo probatorio porque alguna de las pruebas fuera defectuosa por alguna incorrección procesal, aunque cronológicamente sea precedente a otras obtenidas con todos los requisitos formales. Otra tesis podría conducirnos al absurdo de que los presuntos implicados en un hecho pudieran provocar la nulidad de las pruebas inmediatas, procurando dar facilidades probatorias iniciales en circunstancias formalmente viciosas, a sabiendas, con objeto de bloquear toda posible investigación ulterior acerca de aquel hecho."

Entendemos en definitiva y a modo de conclusión que, el alcance anulatorio de la prueba ilícita a que alude el art. 200 CPPH, se extiende tan sólo a las obtenidas con infracción de los

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

derechos y libertades fundamentales, siendo igualmente nulos los elementos probatorios conseguidos a través de una prueba ilícita siempre que, la relación de causalidad o dependencia sea palmaria y exista imposibilidad de su obtención por otros medios legales, motivo por el cual los efectos reflejos no entran en juego, cuando el resultado logrado se hubiera obtenido igualmente por otras vías distintas a la utilizada.

Por último no nos resistimos a hacer una llamada de atención a la prudencia a la hora de determinar cuando se debe o no, aplicar las nulidades reflejas, advirtiendo que ante las indeseables consecuencias de lo que algunos han venido a denominar hipergarantismo, y entre otras, una nada despreciable impopularidad al poder estar reñido con la seguridad ciudadana, se hace más preciso que nunca buscar un perfecto equilibrio entre las necesidades de investigación y los derechos y garantías fundamentales, lo que sin duda provoca igualmente avatares jurisprudenciales, finalizando esta parte de la exposición, introductoria a la concreta aplicación de la prueba ilícita a los medios probatorios más problemáticos, con la sentencia del Tribunal Constitucional español de 2 de abril de 1998, en la que se hace gala de una correcta y prudente aplicación de las distintas teorías y evoluciones hasta aquí explicadas:

"a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC. 254/1988, fundamento jurídico 3º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir de! mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º y 54/1996, fundamento jurídico 9º).

Esto sentado, los términos en que se halla planteado el problema nos obligan a indagaren *ratio de* la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas para poder establecer si estamos ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general a que nos hemos referido en el

Manuel Estrella Ruiz

fundamento-jurídico anterior, extendiendo, en consecuencia, la prohibición de valoración a las pruebas derivadas o reflejas; o, por el contrario, nos hallamos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla.

Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (Sf C 11/1981, fundamento jurídico 8º).

Desde el punto de vista de la índole y características de la vulneración de que aquí se trata, ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales [SSTC 199/1987,85/1994,86/1995,181/1995 y 49/]) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Esta cuestión ha de darse por resuelta en el presente caso a partir de la declaración efectuada por el Tribunal Supremo en la Sentencia que aquí se impugna, como dijimos en el fundamento jurídico 1º. Según esa resolución, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental. Por ello, y aunque la Sentencia impugnada no extraiga ninguna consecuencia explícita de ese tipo de infracción, hemos de dejar constancia que ni puede afirmarse ni se afirma en ella que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Esto sentado, procede analizar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente. La Sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita.

A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.

Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983, fundamento jurídico 6º y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9º. 174/1985, fundamento jurídico 2º; 63/1993, fundamento jurídico 5º y 244/1994, fundamento jurídico 2º, entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea

Manuel Estrella Ruiz

irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías".

Se constata así un esfuerzo intelectual digno de todo elogio por tratar de acomodar las garantías constitucionales con la prudencia en la aplicación constitucional de la nulidad refleja de las pruebas, tratando de aplicar con mesura los casos de verdadera conexión-entre la prueba ilícita originaria y las pruebas derivadas, resumiéndose con gran acierto en sentencia del Tribunal Constitucional español de 20 de Diciembre de 1999, cuyos párrafos más interesantes a continuación transcribiremos;

"Con arreglo a nuestra reiterada doctrina, la presunción de inocencia se viola cuando la prueba de cargo se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. En nuestra STC 94/1999 (fundamento jurídico 6º), donde abordamos un asunto similar al que ahora nos ocupa, recordamos el fundamento de la prohibición constitucional de la admisión como prueba de cargo de toda aquella obtenida con infracción de un derecho fundamental. Decíamos allí que esa prohibición es una regla jurídica objetiva, que si bien no está recogida en precepto constitucional alguno (aunque sí legal, art. 11.1 L.O.P.J.), ni en rigor deriva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.), se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional si transcurren al margen o sin respetar los derechos fundamentales, posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún mas rigurosa y severa, si cabe, que en los restantes, ya que dichos procesos es el cause formal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del «ius puniendi» del Estado (STC 81/1998, fundamento jurídico 2º).

Ese fundamento de la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

fundamentales, dada su posición preferente en el Estado democrático y social de Derecho y su cualidad de derechos inviolables inherentes a la persona (art. 10.1 CE.), que impone la inexcusable necesidad de tutelarlos en todo caso, provoca la radical nulidad de todo acto jurídico contrario a los mismos. Por ello, y en la medida en que los órganos judiciales son los llamados por la Constitución para la regular y ordinaria protección de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE.), deberán rechazar el empleo de pruebas en los procesos de los que conozcan, obtenidas con infracción de derechos fundamentales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales; lo que también podrá hacer valer el interesado aunque el derecho fundamental menoscabado sea el de un tercero, siempre que esa lesión suponga también una singular restricción o una vulneración sin más de los suyos (SSTC 114/1984, 81/ 1998, 49/1999, 94/1999; STEDH, caso Schenk, de 12 de julio de 1988).

Con arreglo a nuestra doctrina, se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial, pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la L.E.Crim., arts. 566 y sigs., y en particular en el art. 569 (el cual ha sido sometido a sendas reformas en 1992 y 1995). Ahora bien, cuando esas pruebas se han practicado en la vista oral como las únicas pruebas de cargo, y tienen su origen en una entrada y registro domiciliarios ilícitos, en los términos antedichos, se estará ante una infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.); aunque, con arreglo a nuestra jurisprudencia; no lo sea del derecho protegido en el art. 18.2 CE. a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 79/1994, 309/1994, 133/1995, 228/1997, 47/1998, 94/1999; AATC349/1988,58/1992,223/1993,126/1995,317/1995)

Como hemos dicho expresamente desde la STC 290/1994, el único requisito necesario y suficiente por sí mismo para dotar de licitud constitucional a una entrada y registro de un domicilio, que no sea el consentimiento expreso de quien la ocupa o la flagrancia del delito, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o lo autorice (SSTC 133/1995, 228/1997). De manera tal que, si la entrada y registro domiciliario, que no deja de ser una simple diligencia de investigación (SSTC 22/1984, 207/1996), carece de la oportuna orden judicial o, como veremos a

Manuel Estrella Ruiz

continuación, ésta no está debidamente motivada, lo así hallado en ese espacio vital que es el domicilio, objeto último de protección por el art. 18.2 CE., no podrá llevarse a la vista del juicio oral como prueba de cargo (SSTC 384/1993, 94/1996,94/1999,139/1999; ATC 30/1998); y, en ocasiones, ni siquiera serán prueba aquellas otras que deriven de las primeras, siempre que entre ellas medie, lo que hemos dado en denominar en nuestros pronunciamientos, una conexión de antijuricidad (SSTC 49/1999 y 139/1999). De lo contrario, no sólo se habrá infringido el art. 18.2 CE., sino también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.) de quien haya sido condenado en razón únicamente de pruebas de cargo obtenidas violando el propio domicilio o el de un tercero.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la resolución judicial que con arreglo al art. 18.2 CE. puede autorizar la entrada y registro de una vivienda debe ser motivada, con el propósito de alejar de la decisión judicial todo automatismo, que no dejaría de ser una forma de arbitrariedad del poder público prohibida en el art. 9.3 CE. (SSTC22/1984,144/1987,160/1991,76/1992,211/1992,126/1995,171/1997,50/1995,139/1999; ATC 30/1998; SSTDH caso Chappell, de 30 de marzo de 1989; caso Niemitz, de 16 de diciembre de 1992; caso Funke, de 25 de febrero de 1993). Una motivación que no es sólo la exigible a los efectos del art. 24.1 CE. (SSTC 207/1996, 126/1995, 158/1996), sino una motivación más intensa cuya fundamentación, como acabamos de decir, radica en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE.).

Arbitrariedad que ha de conjurarse por el órgano judicial mediante la rigurosa y precisa exposición del insoslayable juicio de proporcionalidad entre la medida restrictiva adoptada y el derecho fundamental limitado, en atención a las circunstancias de cada caso (SSTC 341/1993, fundamento jurídico 7º; 50/1995, fundamento jurídico 7º).

En diversas ocasiones hemos señalado- que esa resolución motivada, cuyo objeto específico debe ser precisamente la autorización o el mandamiento de entrada y registro, que debe ser dictada únicamente a tal fin (STC 22/1984, fundamento jurídico 5º), es un mecanismo preventivo, que no reparador, o, por así decir, un acto de comprobación de las circunstancias del caso, dirigido a la preservación del derecho a la inviolabilidad del domicilio ante restricciones del mismo ilícita. Una medida singular de limitación de un derecho fundamental tan severa, como

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

es la expedición de un mandamiento judicial de entrada y registro en un domicilio, para no incurrir en arbitrariedad, y, por consiguiente, en infracción del art. 18.2 CE., debe exponer las razones que justifican dicha medida y en qué términos debe llevarse a cabo; esto es, debe poner de manifiesto el juicio de proporcionalidad exigible para todo acto específico de limitación de un derecho fundamental, so pena de lesionarlo.

Pues, no hay que olvidar que la Constitución española habilita en su art. 18.2 al órgano judicial para acordar una singular medida restrictiva de un derecho fundamental en unas circunstancias concretas, por lo que sólo con el conocimiento de la motivación sobre la que ha cimentado dicha restricción es posible comprobar si ha respetado el derecho fundamental limitado en su contenido esencial, o si, simplemente ha privado singularmente a una persona del mismo.

En estos casos, el órgano judicial no sólo debe exteriorizar en su resolución las razones jurídicas que le han llevado a la decisión adoptada, lo que puede satisfacer las exigencias del art. 24.1 CE., sino que es necesario, además, un mayor esfuerzo expositivo del órgano judicial en la fundamentación de la medida limitativa de aquellas libertades, sin que esta exigencia deba confundirse ni con un razonar extenso o con un razonar prolijo, ni nuestro examen de dicha motivación con un enjuiciamiento sobre la calidad o la precisión de la motivación (en general, por todas SSTC 158/1996, 151/1997, 175/1997 y 19/1999; respecto de la motivación de resoluciones que afectan al art. 18.2 CE., SSTC 37/1989, 7/1994, 207/1996; ATC 30/1998).

Sólo si el órgano judicial exterioriza con detalle las razones en las que ha basado su resolución autorizando o mandando la entrada en un domicilio, este Tribunal podrá examinar si el órgano judicial ha cumplido con su función tutelar del derecho a la inviolabilidad del domicilio o no, de forma que, a falta de dicha motivación o si ésta es defectuosa, no cabe duda que se habrá infringido el art. 18.2 CE., que impone objetivamente ese deber de tutela, viciando con la nulidad todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que de ella deriven (en términos generales, SSTC 200/1997, 33/1999).

Es motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre el sacrificio que se le impone al derecho fundamental restringido y su límite,

Manuel Estrella Ruiz

argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja *que se obtendrá del mismo* (SSTC 62/1982,13/1985, 151/1997,175/1997,200/1997,177/ 1998,18/1999). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, fundamento jurídico 5º; 290/1994, fundamento jurídico 3º; ATC 30/1998, fundamento jurídico 4º). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarla la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, teniendo en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal; y sin que sea necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia *criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión (STC 47/1998, fundamento jurídico 3º) (la idoneidad de *la* medida respecto del fin perseguido); la sospecha *fundada* de que pudiera encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos (su necesidad para alcanzar el fin perseguido); y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que *en* último término se fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos (STC 81/ 1998), pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Resta, por último, analizar si el órgano judicial cumple con su obligación de motivar en estos casos, bien

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

con la remisión al oficio policial que interesó dicha medida o bien, sin necesidad de que esa remisión sea explícita, mediante una interpretación integrada de la resolución judicial y la petición policial. Pues en efecto, no debe soslayarse la distinción que acaba de hacerse entre la expresa remisión al oficio policial y la integración de éste con la resolución judicial como si de un todo se tratara, ya que, si, según las circunstancias, en principio podría ser constitucionalmente lícita la primera de las posibilidades, siempre con las debidas precauciones (SSTC 200/1997, fundamento jurídico 4º, 49/ 1999, fundamento jurídico 10,STC 139/1999, fundamento jurídico 2º), no cabe decir lo mismo de la segunda. La Constitución en su art. 18.2 habilita al órgano judicial en exclusiva para acordar semejante medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad de domicilio, y sobre él recae la responsabilidad de la decisión que al respecto tome. Y no estará de más advertir sobre el extremo, ahora transcendente, de que aquí la remisión de una decisión judicial a otra decisión de un poder público no es de índole semejante a las que este Tribunal ha considerado admisibles a los efectos del derecho a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE., por todos ATC 207/1999 y las allí citadas), dado que aquí la remisión no se hace a otra resolución judicial, sino a un oficio policial. Su función preventiva, con ser la de garante del derecho fundamental en cuestión, no consiste constitucionalmente, ni puede consistir a la luz del art. 18.2 CE., en una mera supervisión o convalidación de lo pedido y hecho por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzca otro poder público no judicial; sin perjuicio de que en ciertos casos y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, le sea posible complementar algunos de los extremos no esenciales de su mandamiento de entrada y registro, es decir, los que no constituyan el juicio de proporcionalidad, con los detalles que se hagan constar en el oficio policial, siempre que éstos también respondan al canon constitucional más arriba expuesto (SSTC 309/1994, 47/1998, fundamento jurídico 33º, 94/1999; AATC 333/1993, 30/1998; a título general STC 49/1999).

Dicho esto sobre la remisión del mandamiento judicial de entrada y registro domiciliario, resulta evidente que no es de ningún modo aceptable la técnica de integración

Manuel Estrella Ruiz

referida, en la que la motivación de la medida limitativa singular del derecho a la inviolabilidad del domicilio se extrae de la interpretación conjunta de, cuando menos, el oficio policial interesándola y la resolución judicial autorizándola. Semejante técnica no es sino una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 CE., donde es patente que, no sólo permite al órgano judicial competente adoptar semejante decisión, sino que, además, le ordena que sea él quien tome esa decisión, y en esa medida sea él también quien deba motivarla expresamente. Así pues, no es posible que la falta o deficiente motivación del órgano judicial oportuno sea suplida por una interpretación de conjunto que, en definitiva, vienen a realizar otros órganos judiciales en el proceso penal, distintos de aquél que, con arreglo al art. 18.2 CE., debió decidir sobre la entrada y registro de un domicilio. Es éste un caso en el que la ausencia y falta de motivación y, en consecuencia, la lesión del concreto derecho fundamental no puede suplirse ni sanarse en las posibles instancias jurisdiccionales a las que se acuda, pues, en puridad, en esas instancias ya no cabe reparar la lesión infringida al derecho a la inviolabilidad del domicilio convalidando *ex post* una entrada y registro infundados y lesivos del art. 18.2 CE.

En el caso que nos ocupa, similar a los resueltos por este Tribunal en sus SSTC 126/1995 y 139/1999, el Juez de Instrucción se limitó, en un formulario *ad hoc*, a declarar que había recibido el oficio policial, del que se desprende que «es de creer fundamentalmente» (sic) que en el domicilio ocupado por D. Enrique «existen objetos o instrumentos procedentes de delito». A continuación se remite, sin mayor pormenor, a lo dispuesto en el Tít. VIH, Libro Segundo L.E.Crim., y acuerda decretar la controvertida entrada y registro.

De la simple lectura del Auto, de cuya literalidad se ha hecho mérito en los antecedentes de esta Sentencia, se colige la falta de motivación, en los términos en los que ésta debe darse a los efectos del art. 18.2 CE., sin necesidad de examinar si hay o no remisión al oficio policial (que, por cierto, es tanto o más parco que la resolución judicial), o si es admisible o no el empleo de formularios estereotipados como el utilizado en esta ocasión (admisibles en principio, pues lo decisivo es que contengan la motivación constitucionalmente exigida: por todos ATC 145/1999, y las resoluciones de este Tribunal allí citadas). El Auto del Juez Instructor se ha limitado a cubrir, en el formulario pertinente,

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

el origen de la petición del mandamiento y los datos personales del ocupante del domicilio y la dirección de este último, sin que nada se diga sobre los motivos que fundan las sospechas de la Guardia Civil, ni la clase y entidad de los posibles delitos de los que proceden los objetos que se sospecha están en aquel domicilio, ni cuáles puedan ser éstos y su relevancia para la investigación policial en curso, ni si era imposible obtener dichas pruebas por otros medios. El órgano judicial se ha limitado a cursar sin más una petición policial fundada en simples sospechas genéricas sin que las avale dato o circunstancia objetiva alguna, y sin que se encuadre en una instrucción penal; razones por las que, justamente en este caso, le era exigible al Juez de Instrucción un mayor esfuerzo en la fundamentación de su mandamiento de entrada y registro en un domicilio particular.

En fin, constatada la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio a causa de la ausencia de motivación del Auto que decretó la controvertida entrada y registro domiciliario, cumple ahora examinar si las pruebas halladas en dicho acto fueron las únicas de cargo allegadas a la vista oral y sobre las que se fundó la convicción inculpativa, tanto del Juez de lo Penal como de la Audiencia Provincial, pues no cabe duda de que dichas pruebas de cargo serán nulas si han llegado al juicio como pruebas obtenidas directamente de la entrada y registro contrarios al art. 18.2 CE. (por todas, STC 94/1999).

En el caso de autos, poco importa que el domicilio registrado haya sido el de un tercero (como lo fue en la STC 290/1994), puesto que el recurrente, parte en el proceso penal en el que resultó 'condenado a consecuencia de lo hallado en el domicilio de un tercero indebidamente registrado, posee un indudable interés legítimo en hacer valer en la instancia judicial oportuna, y eventualmente en el proceso de amparo constitucional, la nulidad de aquel registro y de las pruebas que traen su origen del mismo. Y no para preservar su derecho a la inviolabilidad del domicilio o el de un tercero, sino para esgrimir fundadamente su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.).

Hemos de recordar aquí una vez más la doctrina sentada por este Tribunal en materia de prueba ilícita en sus SSTC 114/1984, 81/1998, y 49/1999, recogidas todas ellas en las muy recientes 94/1999, 161/1999, 166/1999 y 171/1999, y muy en especial en la ya citada STC 94/1999, que versa justamente sobre un caso de inviolabilidad del domicilio. En lo que debemos detenernos ahora es en lo que este Tribunal

Manuel Estrella Ruiz

ha dicho respecto de las llamadas pruebas de cargo directas ilícitamente obtenidas, así como de las pruebas de cargo indirectas o derivadas de las primeras, y que en síntesis, no es sino que las primeras son inválidas y no cabe hacerlas valer enjuicio. Respecto de las segundas, serán sólo inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de manera inescindible a las directas; esto es, si entre unas y otras hay lo que hemos denominado «conexión de antijuricidad», que debe anudarse, como expresó la Sentencia de Pleno 81/ 1998, al examen sobre si las necesidades esenciales de tutela de la realidad y la efectividad del derecho fundamental en cuestión, en este caso el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE.), exigen la expulsión del acervo probatorio de cargo de aquellas pruebas derivadas de las prohibidas en atención a la entidad objetiva de la vulneración sufrida (fundamento jurídico 6º).

Con arreglo a nuestra jurisprudencia, el canon de la conexión de antijuricidad entre prueba directa y prueba indirecta (por todas, STC 94/1999, fundamentos jurídicos 6º y 7º), cuyo fundamento no es otro que el propósito de alcanzar una efectiva preservación de los derechos fundamentales mediante una medida cuyo propósito sea disuadir de su lesión, parte de la ponderación de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, condicionándolo por regla general a lo que resulte de un juicio de experiencia que debe realizar, en principio, el órgano judicial encargado de valorar dicha prueba, y que debe consistir en si el conocimiento derivado de la misma, y su conexión con la principal y directa, hubiera podido adquirirse normalmente por medios distintos y autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental. Sin perjuicio de que a este Tribunal le quepa examinar si, no obstante, esa prueba derivada, que no ha sido considerada por el órgano judicial prueba contaminada por la prohibida, es suficiente o no para enervar la presunción de inocencia del acusado (SSTC 189/1998, 220/1998, 7/1999, 91 /1999, 120/1999). También hemos dicho que la indagación y constatación de la conexión de antijuricidad debe venir ligada a un aspecto complementario, que no es otro que el referido a las circunstancias concretas *en las que ha* tenido lugar la obtención de la prueba derivada, como son el derecho fundamental sustantivo vulnerado, *la* entidad de esa vulneración y *de la* existencia o inexistencia de dolo o culpa grave *en el ánimo de* aquellos *que* han infringido del derecho fundamental, *sustantivo, entre otros* factores a tener en cuenta, *o ei* propósito de desalentar.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Nuestra jurisprudencia ha hecho ulteriores precisiones sobre este inicial canon de conexión de antijuridicidad. Hemos dicho que en algunas ocasiones el derecho fundamental sustantivo vulnerado constituye un elemento de definición del estatuto procesal básico del recurrente al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales, y entre este tipo de derechos fundamentales sustantivos hemos incluido el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En el presente caso, es obvio que la intensidad y gravedad de la lesión es menor, puesto que el derecho fundamental sustantivo, la inviolabilidad del domicilio, se refiere al ocupado por un tercero y no por el propio recurrente, cuya vida íntima o esfera privada protegida por el ámbito de su domicilio y garantizada por el art. 18.2 C.E. ha quedado salvaguardada e intangible. Hemos dicho también que posee capital relevancia el hecho de que la vulneración del derecho fundamental sustantivo sea empleado o sus efectos se utilicen directamente para condenar al recurrente, provocando así un evidente desequilibrio en favor de quien recaba instrumentos probatorios con desprecio de los derechos fundamentales de otro y en contra del que será condenado. Por otro lado, hay que tener también en cuenta las circunstancias mismas en las que se produjo aquella vulneración del derecho fundamental sustantivo, en este caso de un tercero, y el comportamiento de quienes lo vulneraron, en función de la entidad de la lesión, lo que debe anudarse, como hemos dicho ya, a la necesidad de disuadir de estos actos lesivos de derechos fundamentales.

En el caso concreto, del conjunto de las actuaciones se deduce que las únicas pruebas de cargo practicadas en la vista oral, y que llevaron a los órganos judiciales a la convicción de que el ahora recurrente de amparo era autor y culpable de un delito de tenencia ilícita de armas, por el que resultó finalmente condenado, han sido el hallazgo material de la escopeta con sus cañones recortados en el domicilio registrado, que no era el del demandante de amparo, y, en el caso del Juez de lo Penal, las declaraciones de ambos encausados, tanto las del coimputado en cuyo domicilio se halló el arma, como las del recurrente de amparo, también inculcado ante la jurisdicción penal; pues las restantes declaraciones depuestas en el juicio oral por los agentes de la Guardia Civil y los testigos versaron, o bien sólo sobre las circunstancias del registro y el hallazgo del arma (así las declaraciones de los Guardias Civiles) o

Manuel Estrella Ruiz

bien no versaron sobre la tenencia y manipulación del arma (caso de los dos testigos).

Pues bien, con arreglo a lo dicho por este Tribunal en ocasiones similares (SSTC 228/1997 y, en especial, STC 94/1999, fundamento jurídico 8º), la nulidad del registro se extiende al hallazgo del arma manipulada y al acta de la entrada y registro donde se recogió su resultado. Sin embargo, establecer si el testimonio del coimputado y las contradictorias declaraciones del recurrente se ven o no contaminadas por la ilicitud de aquellas pruebas directas, obtenidas con infracción del art. 18.2 C.E., requiere un examen más detenido.

Es cierto que las primeras declaraciones del coimputado ante la Guardia Civil y ante el Juez de Instrucción son la consecuencia directa de haberse hallado un arma, de la que no poseía la preceptiva licencia, en su domicilio, cuando ni parecía ser éste el objeto concreto del registro (y así se desprende tanto del tenor del oficio policial y del Auto del Juez de Instrucción, como de que así lo reconoció uno de los Guardias Civiles en su testimonio en la vista oral del juicio penal), ni hay indicio alguno que permita sostener que la detención de D. Enrique y sus declaraciones se hubieran obtenido con motivo de otras diligencias de investigación, dado que la única practicada respecto del delito de tenencia ilícita de armas por el que se condenó al solicitante de amparo fue, precisamente, a consecuencia de la entrada y registro en el domicilio de D. Enrique en busca de objetos de ilícita procedencia.

Sin embargo, no es menos cierto que D. Enrique realizó su declaración en la vista oral con todas las garantías, y sin que resulte ahora relevante la posible motivación interna que le haya podido mover a realizarlas inculcando al recurrente de amparo (SSTC 51/1995 y 86/1995), y que sirvieron al Juez Penal, de consuno con las del recurrente, D. Eugenio, para enervar la presunción de inocencia de ambos respecto de la comisión del delito de tenencia ilícita de armas del art. 254 del CP. vigente en aquel momento. Como también es cierto que no puede negarse el hecho mismo de que el arma existe y fue hallada, a pesar de la ilicitud constitucional del registro, cuya única consecuencia a estos efectos es que no puede traerse a la vista oral como prueba de cargo dicha existencia y hallazgo al ser una prueba obtenida con infracción del art. 18.2 CE., pero no que deba eludirse el hecho mismo de que ese arma efectivamente se halló y existe (por todas, STC 161/1999).

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

En consecuencia, dado que es innegable que se halló un arma en el domicilio del coimputado, razón por la que fue detenido, se le tomó declaración y, finalmente, se le inculpó por la comisión de un delito de tenencia ilícita de armas; y dado que la declaración hecha por D. Enrique sobre ese hecho estuvo rodeada de todas las garantías constitucionalmente exigibles, tanto las depuestas durante la instrucción del caso como luego en la vista oral, no cabe sino concluir que su testimonio no ha afectado ni menoscabado las necesidades esenciales de tutela de su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por esta razón, no es posible sostener que entre esta prueba testimonial y la ilicitud de la entrada y registro del domicilio del testigo, y las pruebas directas que de semejante acto se han derivado (hallazgo y existencia del arma y acta del registro en cuestión), exista un nexo de antijuricidad que la invalide.

A igual resultado debemos llegar respecto de las confesiones autoinculpatorias efectuadas por el recurrente ante la Guardia Civil y el Juez de Instrucción, y que han sido las tenidas en cuenta tanto por el Juez de lo Penal como por la Audiencia Provincial para formar su convicción inculpativa, ya que en la vista oral negó su tenencia del arma y que le hubiese recortado los cañones. No sólo su confesión se produjo voluntariamente y con todas las garantías, pues consta en el atestado de la Guardia Civil obrante en los autos la diligencia de detención y lectura de derechos de D. Eugenio en la que se dejó constancia de que se le informó de las causas de su detención y de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 520 L.E.Crim., y de su deseo de declarar, declaración hecha en presencia de un Letrado y en la que reconoce que había recortado los cañones de la escopeta, lo que ratificó ante el Juez de Instrucción en presencia de su Abogado (y de hecho el demandante de amparo no impugna estas diligencias por infracción del art. 24.2 CE.).

Además, la práctica de la confesión tuvo lugar en el transcurso de la instrucción abierta tras el hallazgo del arma manipulada, hecho cuya existencia es incontrovertible, y tras las declaraciones del coimputado D. Enrique ante la Guardia Civil y el Juez de Instrucción, efectuadas también con todas las garantías como se desprende de las actuaciones. Dichas declaraciones, que inculpaban al ahora recurrente de amparo y se reprodujeron en la vista oral, son independientes del registro inválido y de las pruebas contaminadas por su ilicitud constitucional. Este cúmulo de circunstancias, de acuerdo con lo que este Tribunal ha dicho

Manuel Estrella Ruiz

en la STC 161/1999 (fundamento jurídico 4º), conduce derechamente a afirmar que se trata de diligencias, convertidas luego en pruebas de cargo- independientes y válidas, ya que la voluntariedad de las declaraciones autoinculpatorias del demandante de amparo, efectuadas con todas las garantías, y su fundamento en hechos no contaminados por la ilicitud constitucional del registro domiciliario que está en el origen del proceso penal en cuestión, han roto la conexión antijurídica que pudiera vincularlas, más allá de lo puramente causal, al mencionado registro y a las pruebas que de él se derivaron, que hemos dicho resultan prohibidas.

Alcanzada la conclusión de que ni la prueba consistente en la declaración del coimputado D. Enrique, ni la del recurrente, en las especiales circunstancias en las que ésta se efectuó en la vista oral y se valoró por los órganos judiciales, se han obtenido con infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE.), como se sostiene en la demanda de amparo, no cabe sino afirmar que no ha habido tampoco violación de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.) por esa razón, que es la única esgrimida por el demandante de amparo en su recurso"

5.-LA PRUEBA ILÍCITA Y LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

5.1- Introducción

En las Jornadas sobre Administración de Justicia Penal en Centroamérica y el Caribe, desarrolladas en el mes de Febrero de 1989 en Madrid, el Dr. F. Salomón Jiménez, manifestaba que, en Honduras, como en la mayoría de los países, la justicia penal, estaba atravesando una grave crisis, motivada por un desequilibrio notorio entre las necesidades de protección social de las colectividades modernas y un sistema penal cuyas estructuras y contenido fundamentales, determinados hace más de un siglo, no han sufrido alteraciones básicas pese a las múltiples reformas estructuradas desde entonces, y así, mientras las sociedades modernas, son cada vez más complejas, pluralistas, técnicas y despersonalizadas, al tiempo que la criminalidad crece y se transforma, la Administración de Justicia penal, sigue perpetuando un sistema tradicional e inadecuado.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Parece obvio que la situación actual, no sólo no ha mejorado sino que por el contrario, la necesaria conjugación entre la lucha contra una delincuencia moderna y organizada, con todos los medios técnicos a su alcance, y el absoluto respeto a los derechos fundamentales que los convenios suscritos por Honduras imponen, hacían necesaria la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal que supiera dar respuesta a dicha situación, aparentemente antagónica, pero que con absoluto respeto a las normas del Proceso debido, sí permitirán hacer frente a los problemas cotidianos, por lo que expresamos desde aquí, nuestra sincera enhorabuena por haber logrado un texto moderno, que de una parte, dé cumplida y justa respuesta a la criminalidad moderna, y de otra, exige un respeto absoluto a los Derechos Humanos. Nuestro estudio tratará de concienciar a los profesionales del Derecho, en el sentido de que a diferencia de lo que a veces puede parecer, la investigación judicial en un Estado de Derecho, no tiene unos límites infranqueables que estrangulan cualquier proceso, sino que obliga a respetar cumplidamente los derechos fundamentales, que rara vez son absolutos, permitiendo al Juez limitar su contenido en aras de un fin superior, cual es la investigación de un hecho delictivo que haga peligrar la convivencia social.

Como puede observarse fácilmente, el Código transforma al Juez de Letras de lo Criminal en auténtico protagonista exclusivo de cuantas resoluciones puedan constituir injerencias en derechos fundamentales, convirtiéndole así en garante de aquéllos. De este modo, se da respuesta al diseño jurídico supranacional que vincula al Estado de Honduras y en concreto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como texto básico y su posterior refrendo en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, así como la Convención Americana de Derechos Humanos consagrada por el Pacto de San José.

Con carácter previo a los comentarios que formularemos sobre cada medida concreta, conviene hacer hincapié en los Principios generales que inalterablemente informan siempre su adopción, lo que nos permitirá tener una visión en conjunto de la materia a abordar, procurando eso sí, huir de consideraciones puramente doctrinales que poca luz pueden arrojar a un texto

Manuel Estrella Ruiz

fundamentalmente práctico como el que nos ocupa. Sin duda el principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico y especialmente del Derecho Penal en todas sus manifestaciones, y en concreto en materia procesal penal tiene una proyección práctica de vital importancia, pudiendo su vulneración en ocasiones superar las transgresiones del derecho sustantivo. Con arreglo al desarrollo garantista propio de un Estado de derecho, parece obvio que cualquier injerencia en un derecho fundamental, deba estar avalada por una forma constitucional o legal, precisando una previa habilitación legal cualquier limitación de un derecho del grado de los que nos ocupan en este trabajo. Pues bien, el texto del nuevo Código, como es propio de cualquier legislación moderna en la materia, recoge con notable exhaustividad un amplio catálogo de medidas a adoptar, facilitando así la labor de los jueces, permitiéndoles huir de la siempre odiable analogía en materia penal. Lo anterior no significa que resulte imposible adoptar medidas que no tengan fiel reflejo literal en el texto legal, evidentemente, el texto no puede contemplar un manual exhaustivo sobre medidas de investigación, pero sí constituye un verdadero límite de máximo, impidiendo adoptar ninguna medida no descrita, que constituya una grave injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

El segundo gran principio que abordaremos, no es otro que la motivación. En la actualidad, la motivación de las resoluciones que adopten una medida de tamaña envergadura, no puede concebirse como una cortesía al justiciable, sino como una obligación constitucional. Explicitar las razones por las que se va a injerir en un derecho fundamental es lo mínimo exigible, sin que dicha motivación esté reñida con lo conciso, máxime cuando han de adoptarse con urgencia, pero el destinatario de la medida debe conocer, cuales fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y además, en virtud de que intereses colectivos se llevó a cabo dicha acción, lo cual tiene una transcendental importancia de cara al derecho de defensa, pues una resolución inmotivada, constituye un claro obstáculo para cualquier recurso, dicho en otras palabras, resulta muy complejo de recurrir, algo cuya motivación se ignora. Por ello, la falta de motivación conllevará por lo general su nulidad con las graves consecuencias que ello implica y que en no pocas ocasiones,

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

transcenderán a la opinión pública, lo que sin duda constituye un grave descrédito para la Justicia, bastión esencial del Estado de derecho. De la importancia de la motivación, son claro reflejo las expresiones "por auto motivado" que el Código emplea en los arts.206, 212 y 213 al tratar los registros personales y el allanamiento de moradas y "resolución fundada" en sede de intervenciones de las comunicaciones y de la correspondencia (arts.221 y 223), echándose en falta su literal alusión en el art. 107 al tratar de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado, aunque al aludir a su necesaria utilidad, fiabilidad y proporcionalidad, implícitamente se está consagrando la necesidad de la motivación, pues lo contrario sería tanto como admitir que las razones para su adopción pertenezcan exclusivamente al arcano de la conciencia de quien la acuerda.

En clara conexión con la motivación se encuentra la proporcionalidad, pues aquella, significa siempre consagrar en la resolución, un juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción. En el nuevo Código, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones modernas, no se ha optado por fijar catálogos cerrados de delitos, ante los cuales es factible la adopción de medidas concretas, ni se acude tan siquiera a la fórmula de las penas en abstracto, como ocurre por ejemplo con las medidas cautelares personales, simplemente obliga a motivar las resoluciones y a establecer la *ratio* de proporcionalidad que ha llevado al juzgador a adoptar la medida. Sinceramente pensamos que la solución es correcta y será la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que con el tiempo fije cánones de utilización racional de las distintas medidas, ya que, aunque en principio, pueda pensarse que el sistema adoptado facilitaría la arbitrariedad, lo cierto es que mediante la motivación primará la discrecionalidad que es algo bien distinto, y la legislación penal sustantiva vigente en la actualidad, no facilita desde luego la inclusión de un sistema de catálogos, debiendo confiarse a la ponderación motivada de los juzgadores, debiendo además tenerse en cuenta, que tratándose de pruebas solicitadas por la defensa, parece razonable su admisión sin más límites que el respeto a la dignidad humana, que casa mal con el sistema *de numerus clausus*.

Ligados al principio de proporcionalidad, se encuentran los de

Manuel Estrella Ruiz

necesidad, utilidad e idoneidad de la medida, que obligan a adoptarlas ante la imposibilidad de acudir a medios menos lesivos, siempre bajo el prisma de los mínimos sacrificios. Dichos principios, no necesariamente, deben equipararse a lo indispensable, pero como aclara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tampoco son tan flexibles como para admitir lo "normal", "razonable", "admisible", "oportuno" o "útil". En resumen, hemos querido con esta referencia a los principios generales, consagrar la convicción de que la verdad en el proceso penal, aún siendo una verdad real y no aparential como en el proceso civil, no es válida a cualquier precio y que cuando la dignidad, intimidad o libertad están en juego, el Juez tiene que comprobar que existe proporcionalidad entre el derecho afectado y las intromisiones que se van a efectuar, bien entendido que, las intromisiones son siempre excepcionales y que la Constitución de la República, consagra en su preámbulo que "la persona es el centro de la Constitución", recalando a la dignidad humana como valor esencial, pudiendo en muchas ocasiones prevalecer ésta sobre la verdad real que se investiga, cuando la gravedad objetiva de los hechos no merezcan una injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

5.2-El allanamiento de morada

En el art. 212, regula el Código la figura del allanamiento de morada, casa o lugar en que viva una persona, denominaciones alternativas, introducidas con buen criterio, habida cuenta que el término morada no es coloquial en Honduras. Por morada debemos entender, el ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren, cuyo corolario es la facultad de excluir a los ajenos salvo autorización del interesado. El derecho fundamental protegido por la figura es sin duda la intimidad y su protección tiene acogida en el art. 99 de la Constitución, según el cual "El domicilio es inviolable. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente... La Ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quien lo lleve a cabo."

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

El Código, dando cumplida respuesta al mandato constitucional, regula con acierto la figura del registro domiciliario, y nuestro primer deber, no es otro que analizar el alcance del término morada o domicilio a los efectos que nos ocupan. El concepto de domicilio, tiene diversas acepciones jurídicas según la rama del derecho en que nos desenvolvamos, pero el protegido por el art. 99 CRH, se configura por elementos que lo definen con claridad, el primero de los cuales, no es otro que, la existencia de un espacio aislado del mundo exterior que se encuentre cerrado o parcialmente abierto, el segundo, su destino al desarrollo de la vida íntima, y en tercer lugar, la actualidad de su destino, siendo elementos accidentales, la estabilidad y la habitualidad. A título orientativo, podemos reseñar que el Tribunal Constitucional español, ha tenido que enfrentarse a una casuística increíble de posibilidades, inclinándose por considerar domicilio a cualquier lugar donde se pueda habitar, al margen como es lógico, de su sencillez, modestia, estado de conservación o número de enseres que se encuentren. Sin duda es en el tema de la habitualidad donde más problemas han surgido, y son ya clásicas las sentencias que han considerado morada a efectos de protección constitucional las chabolas, tiendas de campaña, roulottes, así como las habitaciones de hotel u hospedería en que se viva, supuestos, algunos de los cuales tienen acogida literal en el Código, sin duda para evitar confusiones, y con la clara voluntad legislativa de considerar protegido cualquier espacio parcialmente aislado, donde se desarrolle una vida íntima. Aunque pueda parecer reiterativo, no nos resistimos a recodar que no gozan de dicha protección, los locales comerciales o de esparcimiento-tales como, bares, restaurantes, tabernas, tiendas, centros de exposición, vehículos, almacenes, etc., cuyo régimen de registro, no es otro que el contemplado en el art. 209, si bien hay supuestos en los que no-es fácil llevar a cabo la delimitación, y así piénsese por ejemplo, en pequeñas pulperías unidas a la habitación que constituye la morada de quienes la regentan, casos en los que la duda sería razonable y en los que se aconsejaría acudir a la fórmula de la autorización judicial.

Analizado el ámbito protegido por la Constitución y el propio Código, concluiremos que solo en cuatro supuestos es posible la entrada en domicilio ajeno, a saber, el consentimiento del titular,

Manuel Estrella Ruiz

la flagrancia, resolución judicial y fuerza mayor, supuesto este último recogido en el Código bajo la dicción "cuando sea necesario encaso de incendio, terremoto, inundación, epidemia u otro peligro análogo."

El supuesto del consentimiento, aún no contemplado por el legislador, resulta de suyo lógico, ya que si de lo que se trata es de proteger la intimidad, al no existir oposición por parte del titular del derecho a que se franquee su esfera más íntima, la actuación investigadora será plenamente válida. El consentimiento, naturalmente tendrá que ser inequívoco y en el caso de existir diversos moradores prestarse por todos ellos, ya que de nada serviría el prestado por el cabeza de familia si la investigación va dirigida contra uno de sus hijos. Conviene igualmente tener presente, que al tratarse de un acto unilateral de voluntad puede ser revocado en cualquier momento, caso ante el cual deberá suspenderse de inmediato la diligencia, recabándose la autorización judicial pertinente.

Si bien el supuesto del consentimiento no presenta grandes dificultades prácticas, el caso de la flagrancia, ha dado lugar a grandes controversias doctrinales y jurisprudenciales. La flagrancia, se define en torno a dos conceptos esenciales: La percepción personal por parte de los agentes de la autoridad, y la necesaria intervención en orden a evitar el agotamiento del delito, la desaparición de los efectos o instrumentos o para evitar la fuga de los autores. En palabras del Tribunal Supremo español, delito flagrante es "el que encierra en sí las pruebas de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción directa y personal del hecho delictivo, de manera que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indiciaría, circunstancial o indirecta". Viene delimitado en definitiva por tres clásicos requisitos: La inmediatez temporal, inmediatez personal entre sujeto y objeto o instrumentos del delito, y la necesidad urgente. De los citados sin duda el más controvertido es el de la inmediatez personal, que por definición, excluye de la flagrancia cualquier supuesto en el que la percepción tenga su origen en noticias de terceros, exigiéndose una percepción directísima por parte de los agentes, excluyendo la entrada sin mandamiento policial en los supuestos de "conocimiento fundado" como ocurrió en España con el art. 21 : 2

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

de la Ley de Protección y Seguridad Ciudadana, declarado inconstitucional en la sentencia 341/1983. Por ello, nos resulta peliagudo el supuesto previsto bajo la fórmula "cuando exista noticia fundada de que una persona extraña a las que habitan una casa fue vista en el momento en que se introducía en esta última en circunstancias inusuales", caso en el que damos por supuesto, que si se trata de evitar un delito en dicho domicilio, debería considerarse implícito el consentimiento de su titular, pudiendo incardinarse en las "señales de alarma" del último apartado, y si se trata de otra posibilidad, la "noticia fundada" puede dar lugar a problemas futuros, pues no concuerda con el concepto de flagrancia que anteriormente se ha expuesto.

Siguiendo con la diligencia de allanamiento de morada, recalcaremos, que en los casos ajenos a la autorización judicial, la validez constitucional del acto será sujeta a decisión judicial con carácter inmediato, imponiendo la obligación de su comunicación al Ministerio Fiscal como autoridad investigadora, debiendo el Juez de Letras de lo Criminal pronunciarse motivadamente, lo que acarreará importantes consecuencias, llegando en ocasiones, incluso a evitar la continuación del proceso, lo que no empece a que con posterioridad se pueda volver a replantear, máxime teniendo en cuenta que no existe trámite de audiencia a la defensa.

En lo referente a las formalidades de su práctica, subrayar la necesaria presencia del Juez Ejecutor (art. 213), lo que además, bajo la exigencia de su designación expresa, parece excluir cualquier posibilidad de delegación. Dicha obligación es plenamente plausible, pues la importancia del allanamiento y registro es palmaria al tratarse de una prueba de imposible reproducción en el juicio oral, y la labor del Juez Ejecutor, no es otra que la de garante de la pulcritud jurídica conque se lleva a cabo el registro, amén de la fe pública, esta última además recalcada con la exclusión de otro tipo de testigos, exclusión que además es taxativa según el 215. La presencia del citado Juez Ejecutor es trascendental, y la vulneración de dicha norma acarreará, cuando menos la nulidad del acta, siendo más que dudoso que las testificales de los agentes puedan ser admitidas en el plenario, tema sobre el que será la Corte Suprema quien en definitiva marque las pautas a seguir, aunque existiendo un auto habilitante podría salvarse el escollo, solución expuesta que

Manuel Estrella Ruiz

predomina en la actual jurisprudencia española, al entenderse que, la ausencia del fedatario, es una irregularidad procesal que privará de valor al acta que se levante, pero que ello no conlleva como reflejo la contaminación de los agentes policiales intervinientes.

Para finalizar, con respecto a los hallazgos casuales, no podemos olvidar que el art. 213, exige expresar el motivo preciso del allanamiento y por ende parece que la solución lógica ante la aparición de efectos u objetos de otro delito, sea la inmediata suspensión del acto y posterior ampliación del Auto, adoptando al tiempo las cautelas precisas, si bien, ante opciones distintas, parece razonable acudir al principio de proporcionalidad como solución, y si el hallazgo guarda relación con delitos de mayor gravedad objetiva que aquél para el cual se obtuvo la autorización, no parece que debieran existir grandes problemas y en el supuesto inverso la nulidad sería más que previsible.

5.3-Intervenciones telefónicas

Entre los derechos y libertades que protege la Constitución, se encuentra como complemento del derecho a la intimidad el secreto de las comunicaciones (art. 100). El citado principio, se recoge también en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, en el art. 17 del Pacto de Nueva York, así como en la Convención Americana del Pacto de San José y en el Convenio Europeo de Derechos humanos. La vulneración de las comunicaciones, puede venir dada por cualquier medio tecnológico imaginable y por ello, al margen de los clásicos supuestos enumerados en los textos constitucionales, el Código, recoge la posibilidad de cualquier tecnología de las telecomunicaciones, por lo que se ha de entender que la Constitución también ampara el telex, fax, internet o comunicaciones por vía satélite. La regulación concreta viene establecida en el art. 223 y su importancia es capital, ya que la intervención legal de una comunicación, practicada con todas las garantías, una vez llevada ajuicio oral, constituye un medio idóneo como prueba indirecta.

En el tenor literal del art. 223, se recogen la práctica totalidad de los requisitos legales para su práctica y validez, hecho del que

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

nos debemos felicitar, pues en los países con Códigos antiguos, la regulación es escueta, obligando a los profesionales a dominar la jurisprudencia y doctrina relativas a la materia.

Entre los requisitos de primer orden o constitucionales, figura en primer lugar, la proporcionalidad de la medida, ya que sólo delitos de especial gravedad, pueden justificar la implantación de un control de las comunicaciones personales, se huye una vez más de la fijación de catálogos cerrados en función exclusiva de tipos delictivos o penas en abstracto, lo que permite criterios de oportunidad como por ejemplo la trascendencia social, todo ello partiendo de la premisa necesaria de que se trate de delitos graves. En segundo término, la motivación de la resolución judicial, que obliga a explicar al titular del derecho, los motivos por los que aquél se ha sacrificado. En tercer orden, la especialidad de la materia a investigar, debiendo precisarse el delito que se persigue, sin perjuicio de ulteriores adiciones. A continuación, la constatación de auténticos indicios de peso que justifiquen su adopción, no bastando con simples conjeturas o sospechas, y por último, la necesidad de la medida, a la que sólo se puede acudir cuando realmente sea imprescindible, debiendo rechazarse, cuando aún siendo útil, no sea necesaria.

Al margen de las exigencias de carácter constitucional, existe un importante volumen de requisitos de carácter legal, que se contemplan en el Código como formalidades de gran importancia práctica. En primer lugar, contempla la Ley, la exclusividad jurisdiccional, al advertir que será el Juez, quien a petición de parte, ordene la intervención de las comunicaciones, aunque eso sí ,admite igualmente, que el Ministerio Fiscal en casos de urgencia y ante la imposibilidad de recabar la autorización judicial, pueda llevarla a cabo, sometiendo de inmediato sus resultados a control judicial, obligando al juzgador al igual que ocurriera con el allanamiento a convalidar o anular lo hasta el momento logrado. Dicha posibilidad resulta en principio plausible, máxime teniendo en cuenta las dificultades de comunicación de buena parte del País, pero al tiempo debemos advertir que se prestan a todo tipo de maniobras no deseadas por el legislador, de ahí que en el acto de convalidación judicial, deba actuarse con cautela, evitando el poder judicial todo tipo de suspicacias.

Manuel Estrella Ruiz

El precepto en cuestión recoge con acierto la polémica doctrinal relativa a la diferenciación entre la observación y la interceptación, medidas que son perfectamente diferenciables, pues la interceptación consistiría en el conocimiento íntegro de las comunicaciones a través de un soporte físico que posteriormente permitiera su reproducción, mientras que la observación, no pasaría de ser una simple constatación de las llamadas recibidas o emitidas, y la primera medida, naturalmente es más drástica que la segunda. Pues bien, el Código, establece que "la interceptación de comunicaciones de que se trata en este artículo, podrá consistir en la identificación y registro de su origen o de su destinatario, o de ambas cosas a la vez, o, además, en el conocimiento y registro de su contenido", precepto del que parece desprenderse, que todas las posibilidades descritas son válidas, pero han de estar justificadas lo que recalca una vez más, la importancia de la motivación, ya que en el supuesto en el que el auto habilitante hiciera referencia sólo a la observación, cualquier otra interceptación más amplia quedaría invalidada por falta de motivación judicial. Siguiendo con la motivación, ni que decir tiene que jamás se admite la validez de la intervención autorizada por simple providencia, tanto en su formulación originaria como en las prórrogas, careciendo de validez los autos impresos o con fórmulas no individualizadas o sin que se haga constar el delito o delitos concretos que se tratan de investigar. En relación a las prórrogas, el tema se antoja importante, pues el Código vuelve a exigir taxativamente la fórmula del Auto motivado lo que implica huir de antiguas prácticas viciadas, a lo que nosotros añadiremos que obliga a motivar las razones de la prórroga en sí y no simplemente hacer vagas referencias que reproduzcan la motivación del primer auto, es decir, que el destinatario de la medida, conozca en su día las razones concretas que aconsejaron prorrogar la medida.

La duración de la medida es extremadamente cautelosa, ya que el legislador no ha querido una duración superior a los quince días, sin perjuicio de ulteriores prórrogas motivadas y sin que en principio no existan más límites al número de prórrogas, que las derivadas de su propia necesidad, aunque por la limitada duración de los plazos sujetas a un permanente control de oportunidad por parte del Juez. Esta medida, como vulneración reiterada del derecho a la intimidad personal, debe contar con unas garantías

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

legales, que determinen durante el control judicial, la mínima injerencia posible en la vida privada de los investigados, por lo que el Código, obliga en primer término a fijar expresamente los funcionarios a los que corresponderá cumplimentar la ejecución de la medida, quienes estarán obligados a guardar silencio sobre su contenido salvo que fueren llamados al plenario como testigos, impidiendo que el auto se convierta así en una patente en blanco para cualquier autoridad investigadora. En segundo lugar, la resolución judicial, deberá fijar el plazo en el que se debe dar cuenta de las investigaciones, plazo que como hemos visto no puede ser superior a quince días, pero que como es lógico puede ser inferior. Debe advertirse igualmente, que las cintas o soportes técnicos habrán de entregarse en el juzgado, haciéndose entrega de los soportes originales, tomando cumplida cuenta de su contenido la autoridad judicial que la ordenó. A continuación refleja el Código la posibilidad de que el juez, ordene la transcripción para su presentación en el proceso, a lo que nos gustaría añadir que más que una opción se trataría de una obligación, pues de lo contrario no tendrían nunca valor alguno. La transcripción debería realizarse a presencia de quien ostente la fé pública en el juzgado, y en el momento en que se hayan agotado las prórrogas y se culmine todo el proceso, de la interceptación, debería convocarse a las partes personadas por si quieren estar presentes en la transcripción y hacer las observaciones oportunas. Igualmente nos gustaría recalcar que al margen de dichas transcripciones, las cintas originales, deben quedar a buen recaudo pues, para adquirir verdadero valor probatorio, las partes pueden pedir su íntegra reproducción en el plenario y por último, que es obligación del Juez ordenar la inmediata destrucción de todas aquellas cintas aportadas cuyo contenido sea intrascendente, con el fin de evitar cualquier uso indebido de las mismas.

5.4-Apertura y examen de la correspondencia

En consonancia con el mandato contemplado por el art. 100 de la Constitución, regulan los arts. 221 y 222 del Código, la intervención de la correspondencia. La materia en cuestión no ha merecido un tratamiento doctrinal ni jurisprudencial tan amplio

Manuel Estrella Ruiz

como el de los allanamientos o las intervenciones telefónicas, lo que no significa que se trate de una materia exenta de problemas. La legitimidad de la actuación judicial invadiendo la intimidad de la correspondencia, obliga a cumplir con una serie de requisitos constitucionales, que también contempla el Código, y que son: a) El auto judicial motivado, al que el Código se refiere como "resolución fundada"; b) Inmediata remisión de la correspondencia al Juez; y, c) Apertura exclusiva por el Juez. En relación a la exclusividad judicial, advertiremos que el legislador plantea una vez más, la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal o un funcionario de policía, quien en caso de urgencia y estando justificada la imposibilidad de recabar la autorización judicial, ordene la interceptación de los envíos, pero, amén de la necesaria convalidación por parte del Juez, lo que nunca está facultado es a acceder a su contenido.

Resulta un verdadero acierto, que bajo la fórmula de "interceptación de la correspondencia", abarque el precepto, la intervención de la correspondencia telegráfica, facsimilar, postal o de cualquier otra clase, pues se logrará así evitar las dicotomías existentes en otros ordenamientos, entre lo que es verdadera correspondencia sujeta a todas las garantías constitucionales y lo que son simples envíos postales que dependerán del caso y de su contenido final. Resulta lógico y propio de un Estado garantista, que la diligencia de apertura de paquetes postales tenga idénticos requisitos legales que los requeridos para la apertura de la correspondencia en sentido clásico, pues entre otras razones, los paquetes pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial, piénsese en un paquete que contenga una carta o simplemente una cinta de video doméstico. Tradicionalmente, no siempre ha sido así, y hasta no hace mucho se ha venido considerando que los envíos postales son simples envíos de mercancías, ajenos por completo al derecho a la intimidad.

La situación que se plantea con la nueva redacción del Código, nos permite fijar una serie de cánones invariables y que son los siguientes: a) La correspondencia protegida por la Constitución, abarca todos los envíos que se puedan efectuar por el servicio oficial de correos o por entidades privadas que ofrezcan servicios análogos; b) La autoridad judicial, es la única

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

competente para su adopción, exigiéndose auto motivado, todo ello con el supuesto excepcionalísimo de la autorización urgente por el Ministerio Fiscal, sujeto a posterior convalidación judicial, por supuesto con acceso vedado a su contenido para aquél; y, c) El Juez una vez recibida, deberá leer para sí su contenido, todo ello en presencia del Secretario quien levantará acta reflejando cualquier incidencia, ordenándose por el Juez la devolución al titular de cuanta sea intrascendente para la causa. Sin embargo y aunque el Código no haga alusión al tema, pensamos que no es preciso el mandamiento judicial en el supuestos de envíos postales sobre objetos abiertos y aquellos paquetes que ostenten la etiqueta verde o equivalente modelo C-1, regulados por el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington, de 14 de diciembre de 1989 y su reglamento, en cuyo art. 20 en relación con su art. 117 se establece que los paquetes que deban someterse a control aduanero deberán llevar etiqueta verde, y por tanto, una vez se acepta el envío bajo etiqueta verde se están aceptando implícitamente todas sus consecuencias y en cierta medida renunciando a la intimidad y secreto de su contenido.

5.5- Intervenciones corporales

La regulación del cuerpo humano como fuente y medio de prueba en el proceso penal, es un tema controvertido en la doctrina al reflejar una gran tensión entre el interés social en la persecución del delito y los derechos del imputado, máxime al relacionarse indirectamente con el derecho a no declarar contra uno mismo, todo ello al margen de las actuaciones sobre el cuerpo humano de carácter administrativo que no serán objeto de estas líneas.

La primera figura a abordar es el cacheo, que por definición consistirá en un registro externo del cuerpo e indumentaria del sujeto, de forma que cualquier inspección que vaya más allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, inspecciones vaginales, extracción de muestras, etc, se excluye de este ámbito. La figura en cuestión viene recogida en los arts. 206 y 207 del Código y en la misma, contempla el legislador con buen criterio, todos los requisitos propios de un Estado democrático de Derecho y que tanto en el entorno de los países anglosajones, como en los de

Manuel Estrella Ruiz

corte continental, suelen basarse en criterios jurisprudenciales y en el antecedente, pues los códigos decimonónicos no hacen alusión al tema.

En primer lugar, se delimitan por ser actuaciones que revisten una injerencia mínima sobre el cuerpo humano a diferencia de las intervenciones propiamente dichas, reguladas en el art. 107, sobre las que luego detendremos. Aún así, el legislador ha distinguido con excelente criterio, entre las que afectan al pudor humano y las que por contra no violan dicha intimidad. Las segundas, pueden llevarse a cabo por los agentes de policía sin necesidad de autorización judicial, aunque no olvidemos que pueden conllevar una limitación importante de la libertad deambulatoria al admitir el art. 206 la conducción coactiva, privación de libertad que al tratarse de una aprehensión no podrá durar más allá de lo estrictamente necesario y siempre sujeta al límite máximo de las seis horas. Dicha intromisión, aún no pudiendo afectar al pudor del sujeto, sí tiene una serie de requisitos importantes y que son: I en primer lugar, el derecho a ser cacheado o registrado por una persona del mismo sexo, con la salvedad recogida en el texto legal de "que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de esa persona". En segundo término, se ostentará siempre el derecho a que se desarrolle dentro de un espacio íntimo y que sólo asistan al mismo las personas que lo practican, si bien el Código en garantía del sujeto al registro prevé la necesaria presencia de dos testigos imparciales, quienes además, deberán rubricar el acta. Obviamente, quedan proscritas, todo tipo de posturas o situaciones humillantes o degradantes.

Plantea el Código en segundo lugar la posibilidad de que el registro exija el desnudo, pues ésta es la única forma válida de entender la expresión "que afecten a zonas anatómicas íntimas", en cuyo caso y siguiendo el criterio escalonado de injerencia en la intimidad, es preciso el mandamiento judicial. La autorización de dichos registros íntimos por parte de la autoridad judicial (Juez de Letras), está sujeta como no podía ser de otra forma a la necesaria motivación de la resolución que se adopte y en cuanto a su forma, a la necesaria práctica por personal médico o sanitario, todo ello con la excepción de los supuestos de urgencia en los que cabe la autorización provisional por parte del Ministerio Fiscal, sujeta a posterior convalidación por parte del Juez, casos sobre

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

los que la Corte Suprema en el futuro habrá de actuar con cautela para evitar que la práctica rutinaria burle al final el espíritu de la ley.

Cuestión bien distinta, es la práctica de diligencias de investigación de mayor envergadura y que afectan con mayor intensidad al derecho a la integridad física, reguladas en el art. 107 del Código, y que comprenden una amalgama de actuaciones diversas, tales como exámenes radiológicos o ecográficos, registros anales o vaginales, análisis de sangre u orina, antropometría (medición de partes invariables del esqueleto humano), extracción de cabellos, muestras de semen, sustancias determinantes del ADN, etc... y aunque el legislador lo incardine como simple medio de identificación del imputado, al emplear la expresión "para la determinación de la verdad", está haciendo alusión a dichas técnicas como medios probatorios de la personalidad del imputado o como evaluación del presunto acto delictivo.

Su naturaleza jurídica, no es otra que la de prueba pericial y como tal habrán de tener acceso al plenario, salvo que practicada con contradicción y toda garantía, sea admitida por los intervinientes como prueba anticipada, de ahí que sea preciso insistir en su falta de condición de prueba documental, de manera que la contradicción en la vista debe hacerse valer a través de la presencia del técnico que la llevará a cabo.

Ciñéndonos a sus requisitos, comenzaremos aplaudiendo la iniciativa legal, que desterrará todos los problemas concernientes al principio de legalidad al estar expresamente previsto en el art. 99. En relación con la exclusividad jurisdiccional, está literalmente contemplada por el legislador en el citado precepto, siempre con la clásica salvedad de la extremada urgencia, en cuyo caso, una vez más es autorizable por el Ministerio Fiscal y sujeta a posterior control de convalidación por el Juez, tema peligroso sobre el que toda cautela será poca como ya hemos expresado hasta la saciedad. La necesaria autorización judicial, implica la motivación de la resolución, motivación que irá directamente relacionada con el principio de proporcionalidad. Efectivamente, la resolución judicial, habrá de ponderar razonadamente, de una parte la gravedad de la intromisión que la actuación comporta y de otra, la imprescindibilidad de la medida, y aunque el legislador emplee

Manuel Estrella Ruiz

el término útil, nos parece más aconsejable acudir a la categoría de lo imprescindible, pues será necesario que no existan otros medios menos lesivos, y otra consecuencia, que sí está expresamente contemplada, a saber, que no pueda implicar riesgo para la salud y que se practique por personal sanitario o técnico en la materia adecuada.

Sin embargo, pese a la aparente sencillez de la regulación legal, nos quedan por resolver los dos grandes dilemas que dichas diligencias plantean en la práctica; por un lado la relevancia procesal que la negativa tiene per se, es decir, su posibilidad de ser evaluada posteriormente como un indicio en contra del imputado y por otro lado, la posibilidad de obviar la voluntad contraria de aquél, acudiendo a la fuerza física. El tema no es baladí porque está directamente relacionado con los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable.

Con respecto a la primera cuestión, opinamos que, la valoración como prueba de cargo de la negativa del inculpado a someterse a un examen médico, normalmente como diligencia de identificación, no vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando sea debidamente advertido en tal sentido por la propia autoridad judicial que adopta la medida, condición que aún no recogida literalmente por el legislador nos parece transcendental. En cierta medida, cuando el inculpado se niega a la práctica de la prueba, está haciendo uso de su propia libertad, a semejanza con lo que ocurre cuando se le faculta a faltar a la verdad, pero al igual que en este último supuesto, su mentira puede valorarse como contraindicio en su cargo, cuando, consciente de las consecuencias procesales, se niegue a ser objeto de prueba, nada obstará a su valoración indiciaría como prueba de cargo.

En definitiva, podemos concluir, como lo hacen los Tribunales Supremos españoles y de los Estados Unidos, que cuando se está exigiendo a un inculpado que consienta la obtención de sus huellas dactilares o un análisis de ADN, o un reconocimiento corporal, no se le está exigiendo una autorización autoincriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica, "prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo como prueba cuando puede ser material"(caso Holt vs. US)

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

La segunda cuestión a resolver, es sin duda más peliaguda, pues el Código permite el empleo de la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad física del examinado. Que no resulte desproporcionada, implica de un lado que el delito a investigar sea grave, que no exista otro medio viable de investigación y que no acarree sufrimientos de una especial intensidad, ni provoque humillación ni sensación de envilecimiento, caso contrario, nunca sería admisible el empleo de la fuerza, tema que sinceramente nos parece el más peligroso de cuantos regulan las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el Código y del que la Corte Suprema deberá hacer una interpretación exquisita par evitar dar al traste con importantes garantías constitucionales. Como hemos recalcado en varias ocasiones, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio y pensamos que sólo en supuestos muy excepcionales y de gran gravedad estaría justificado el empleo de la fuerza para la práctica de tales diligencias, caso contrario, creemos que el empleo de la negativa como importante indicio en contra, y porqué no, como acción típica de un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, pueden ser más que suficientes.

Aunque sea con carácter orientativo, parece aconsejable traer a colación, el contenido de los Códigos Procesales más modernos que son el de Portugal (1987) e Italia (1988), en los que se regula expresamente la figura del reconocimiento personal, así como la Ley Francesa de 31 de diciembre de 1987, que introduce el art. 60 bis en el Código de Aduanas, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Cuando existan serios indicios, de que una persona, franqueando las fronteras, transporte productos estupefacientes disimulados en su organismo, los agentes de aduana presentarán al presidente de Gran Instancia territorialmente competente o al Juez delegado por él, una solicitud de autorización. El magistrado puede autorizar a los agentes de aduanas para proceder a los exámenes médicos y designará entonces al médico encargado de practicarlos en las mejores condiciones. Los resultados del examen comunicados por el médico deberán ser consignados en un procedimiento verbal transmitido al magistrado. Toda persona que haya rehusado someterse a los exámenes

Manuel Estrella Ruiz

los exámenes médicos prescritos por el magistrado será castigada con una pena de prisión de un mes a un año, y una multa de 500 a 15.000 francos."

Estos apéndices de Derecho comparado, que se citan por considerarse de interés en el tema que nos ocupa, están en perfecta consonancia con los límites de los Derechos Fundamentales, expresamente previstos en Tratados Internacionales suscritos por Honduras, tales como el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que son plenamente aplicables a nuestro Derecho, al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en la Constitución. El art. 8 del primer Convenio citado permite la ingerencia cuando esté prevista por la ley para la prevención del delito y la protección de la salud, prohibiendo el art. 17 del Pacto de Nueva York, únicamente las injerencias en el Derecho a la Intimidad, que sean arbitrarias o ilegales. Se puede decir por consiguiente, que la injerencia al Derecho a la Intimidad, tiene cobertura en las normas procesales más modernas de Derecho Comparado y en los tratados internacionales suscritos por Honduras, que forman parte de nuestro Derecho interno.

Llegados a este extremo, es necesario, detenerse en el estudio de una célebre Sentencia del Tribunal Constitucional español, la número 37/1989, de 15 de febrero, en la cual, se establece una doctrina contundente sobre el derecho a la intimidad y el límite que éste puede encontraren determinadas resoluciones judiciales.

El recurso de amparo que motivó la Sentencia, se originó, en un acto judicial firme, a resultas del cual, un Juzgado de Instrucción de Málaga, por medio de un exhorto dirigido al Juez de Instrucción de Jerez de la Frontera, obligaba a la demandante en amparo, a su presentación ante este órgano, con objeto de que se le practicara una prueba pericial, consistente, en el examen por el médico forense, al objeto de que por el mismo se procediera a detectar señales de una posible interrupción del embarazo. Al margen de que el recurso de amparo, tenía otra serie de consideraciones en torno a la vulneración de otros Derechos Fundamentales, especialmente la hítela judicial efectiva del art. 24-2º de la Constitución Española, indirectamente dio origen a

que el Tribunal Constitucional, sentara una importante doctrina sobre los reconocimientos médicos practicados en averiguación de un delito, reconocimientos que dicho sea de paso no están expresamente regulados en la decimonónica ley de enjuiciamiento española. La Sentencia en cuestión, afirma que la intimidad personal, puede en ciertos casos ceder ante exigencias públicas, dado que aquél no es un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, no estableciera expresamente, la reserva de intervención judicial que figura con respecto a la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, indicando, que tal injerencia en el ámbito de la intimidad, habrá de prever que su ejecución sea respetuosa con la dignidad de la persona, no constituyendo trato degradante alguno, añadiendo que no es degradante un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina.

Tras señalar con rotundidad, que el derecho a la intimidad no es ilimitado, y que es susceptible de limitaciones en pro de la comunidad, sí que afirma, que debido a la importancia de su protección, toda injerencia en el mismo, debe ser razonablemente fundamentada y así: "... Por ello, lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente, y con fundamento es una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación del sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallen en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quién se le impone".

Vemos así, como el Tribunal Constitucional enlaza el problema con la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981, fundamento 5º), que como bien indica es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, comprendiéndose que el respeto a esta regla imponga la motivación judicial de la

Manuel Estrella Ruiz

resolución que restrinja el derecho, o lo que es lo mismo, que la intromisión en el derecho fundamental habrá de tener una fundamentación mínima, que permita incluso controlar la razón que justificó el sacrificio del derecho fundamental.

6.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. *IN DUBIO PRO REO*

6.1-Introducción y distinción entre ambos principios

La Constitución de la República de Honduras, en su artículo 89, consagra el principio fundamental del que a continuación nos vamos a ocupar, reconociéndolo en los términos siguientes: "Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente." El citado precepto, aparece consagrado en el Capítulo segundo del Título tercero de la Constitución y al tratarse de una norma relativa a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todo ciudadano (derechos individuales), debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados internacionales suscritos por la nación, textos que en lo afectante a la presunción de inocencia, serían los que a continuación transcribimos:

Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 10 de Diciembre de 1948, "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad."

Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969, "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá (1948), art. XXVI, "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable."

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva Cork), de 19 de diciembre de 1966 , art. 14.2, " toda

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley."

Aparte de su consagración en cuantos pactos o tratados internacionales hacen referencia a los derechos fundamentales de la persona, el principio de la presunción de inocencia viene plasmándose en las resoluciones jurisprudenciales de nuestros Tribunales, lo que no ha impedido su reflejo literal en el Código, cuyo art. 2, reconoce literalmente "Estado de inocencia. Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente de conformidad con las normas de este Código."

En consecuencia, hasta esa declaratoria ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarlo como tal ante terceros. Por consiguiente, lo que informe se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma.

La violación de lo dispuesto en el párrafo anterior obligará a los responsables a indemnizar a la víctima de los perjuicios causados, los que serán exigibles enjuicio civil ordinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que proceda.

La presunción de inocencia, es un derecho subjetivo público, que opera en una doble faceta, y así en su vertiente extraprocesal obliga a tratar al ciudadano acusado como no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos, conteniendo el Código un plausible mandato al respecto al obligar a los miembros de la Policía Nacional a *no presentar a los detentados ante los representantes de los medios de comunicación, preservando su derecho a que se les considere y trate como inocentes y el respeto a su propia imagen*, mientras que en su Segunda acepción, opera en el campo estrictamente procesal con decisivo alcance en el régimen jurídico de la prueba.

La presunción *iuris tantum* o verdad interina en que consiste el derecho fundamental que nos ocupa, es la primera y quizás mas esencial garantía que el procedimiento penal de orden constitucionalista otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables, pues en un Estado de Derecho es esencial

Manuel Estrella Ruiz

que las inocentes estén en todo caso defendidos frente a condenas infundadas. La condena de un inocente representa la mayor quiebra de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que presiden un Estado moderno, y no podemos olvidar una vez más que "Honduras es un Estado de Derecho, soberano, costituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social." (art. 1 de la Constitución).

La presunción de inocencia constituye no sólo un criterio legal recogido tanto en el derecho sustantivo y adjetivo, sino un derecho fundamental que ampara una garantía procesal y que se traduce en una estructura de veracidad interina o provisional que, aunque no se corresponde en propiedad con lo que técnicamente es una presunción, funciona como tal. El derecho fundamental que examinamos, no precisa de un comportamiento activo de su titular, sino que se traduce en la obligación de acusar y probar para las partes acusadoras que pueden llevar el peso del ejercicio del *ius punendi*. Es una verdad interina como venimos manifestando, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: La existencia del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, verdadero titular del derecho público subjetivo que venimos definiendo.

Continuando una vez más el ejemplo del Tribunal Constitucional español, siguiendo a Rives Seva, podemos sintetizar las características que lo definen como derecho fundamental de aplicación inmediata y no como una mera declaración programática o de buenas intenciones. En primer lugar y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima, o más bien suficiente. Cualitativamente, los medios de prueba han de tener un sentido incriminador respecto a la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto de cargo y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución puede ser considerada por los tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria. En relación

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

al lugar y tiempo apropiado para enervar válidamente la presunción, no es otro que el del juicio oral con todas las garantías de publicidad, oralidad, publicidad e inmediación para permitir la crítica y contradicción procesal.

Es frecuente en la práctica, la confusión entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, cuando en realidad este es un principio auxiliar, que se ofrece al Juez a la hora de valorar la prueba, de modo que una vez practicada, si no llega a ser bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo. El principio *in dubio pro reo*, entra en juego en el momento de la valoración de las pruebas y no antes, hasta que se llegue a dicha fase, todo se habrá regido exclusivamente por el derecho a la presunción de inocencia, pero una vez obtenidas las pruebas de forma lícita y regular, el *in dubio pro reo* habrá de considerarse como principio interpretativo, tanto de la norma como de su resultancia procesal. Se vulnerará el *in dubio pro reo*, cuando el Tribunal exprese directa o indirectamente su duda, es decir cuando no haya podido descartar que los hechos se produjeran de una forma más beneficiosa para el reo y a pesar de ello, adopte la versión más perjudicial para el mismo, pero lo que no puede convertirse es en la exigencia de que el tribunal dude, como de ordinario sucede en la práctica. Como dice la sentencia del TS español de 20 de abril de 1990, la presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el hecho delictivo' y la participación del acusado en él, es decir cuando existe un vacío probatorio, una laguna de actividad procesal, en cuyo caso es preceptivo absolver. Ahora bien, si existen pruebas de cargo y de descargo debe el tribunal decidir cual ha de prevalecer, bien entendido que en caso de duda ha de prevalecer la absolución conforme al principio *in dubio pro reo*. El Código, en precepto que igualmente aplaudimos desde estas líneas, en su artículo 18, contempla igualmente el *in dubio pro reo* desde su acepción más técnica como criterio interpretativo de la ley penal, criterio que igualmente exige la proscripción de la analogía *in malam partem* en materia Penal.

Siguiendo una de las clásicas obras sobre el proceso penal, Piqué, Rifá Saura y Valls sintetizan la doctrina emanada por el

Manuel Estrella Ruiz

Tribunal Constitucional español en relación a la presunción de inocencia, contemplando los siguientes elementos configuradores del citado derecho constitucional:

- a) La presunción de inocencia es una presunción inris tantum que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado.
- b) No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal, debiendo tenerse en cuenta que la simple reproducción enjuicio oral, no puede otorgar valor de prueba a lo que legalmente no es tal, como sucede con el atestado.
- c) La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto del juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías y que se traducen en los principios de oralidad, inmediación y concentración que rigen en el proceso penal.
No obstante, también podrán desvirtuar aquella presunción las pruebas preconstituidas de imposible o muy difícil reproducción que obren en la fase de instrucción, siempre que se hubieren respetado las garantías constitucionales en su obtención. Por otra parte, tampoco cabe negar toda eficacia probatoria a los distintos actos de investigación, siempre que sean reproducidos durante la fase del juicio oral.
- d) Se admite la prueba indiciaria y que ésta pueda desvirtuar la presunción de inocencia siempre que aquélla parta de unos hechos indiciariamente probados plenamente, ya que no cabe construir certezas sobre la base de simples sospechas. Además será preciso que el razonamiento mental seguido por el Juez se exteriorice en la sentencia a través de la motivación, cuestión que nos parece trascendental y que abordaremos posteriormente.
- e) La presunción de inocencia es compatible con las medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, cuestión que abordaremos luego con mayor profundidad.
- f) Se admite la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito penal, siendo aplicable a cualquier resolución

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

administrativa o jurisdiccional que, basada en la conducta de las personas pueda derivar en un resultado sancionador o disciplinario.

- g) La presunción de inocencia, no es un principio general del Derecho, sino un auténtico derecho constitucional de aplicación directa por los tribunales.
- h) La presunción de inocencia, no puede ser invocada con éxito respecto de hechos o elementos aislados debatidos en el proceso. Para que su aplicación tenga lugar, deberá atenderse al conjunto de la actividad probatoria y jurisdiccional (conclusión que es compatible con la sana crítica como regla de valoración de las pruebas).

Por último, debido a su claridad, no nos resistimos a transcribir el grueso del fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989 de 20 de Febrero, en el que se hace una exquisita distinción entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*:

"La presunción de inocencia supone, que, como se parte de la inocencia, quien afirma la culpabilidad ha de demostrarla y es a la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa del ciudadano presumido inocente; no demostrándose la culpa, procede la absolución aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia, pues es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tiene que probar su inocencia (STC 64/1986 de 21 mayo).

Constitucionalmente se presume y se afirma la inocencia del acusado; para llegar a la condena es necesario que, mediante una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías -practicada en el juicio para hacer posible la contradicción (SSTC 3 1/1981 de 28 julio, 101/1985 de 4 octubre, 145/1985 de 28 octubre y 48/ 1985 de 30 octubre), y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales (S 107/1985 de 7 octubre)-, quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyen el delito. Si no han quedado probados esos elementos fácticos, el Tribunal no puede entender sustituida la inicial inocencia Por la culpabilidad y debe absolver al enjuiciado. La presunción de inocencia, como verdad interinamente

Manuel Estrella Ruiz

afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad (STC 124/1983 de 21 diciembre), o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el Tribunal pueda condenar.

Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico «*favor rei*», existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial «*in dubio pro reo*» que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla «*in dubio pro reo*» resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 CE como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla «*in dubio pro reo*», condición o exigencia «subjetiva» del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso.

6.2- La presunción de inocencia y su ámbito de aplicación. Problemas. Prácticos

La presunción de inocencia se traduce en relación a la carga de la prueba, en la obligación procesal de las partes acusadoras respecto a los hechos constitutivos del tipo penal que se imputa y como es obvio de la culpabilidad, ahora bien, en materia de hechos excluyentes, impeditivos, extintivos y en cuanto afecte a la inimputabilidad, surgen serias dudas que trataremos de analizar.

En la actualidad, se suele admitir que, lo que dispensa de la carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención del hecho, pero, una vez acreditada la misma, se produce una nivelación procesal de las partes y así, si el encallado introduce en la causa un elemento extintivo (el pago en el cheque en descubierto, la reposición en plazo de los caudales, el destino al autoconsumo de la droga intervenida), tiene la carga de probar

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

el mismo, pues de lo contrario, bastaría con la simple alegación de cualquier hecho extintivo para enervar la acción penal y hemos de convenir en que los hechos impositivos, no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del delito, la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad penal. En definitiva basta con considerar la facilidad probatoria con que cuenta quien alega un hecho impositivo o excluyente de la responsabilidad penal para entender que la presunción de inocencia no puede traducirse en una licencia para la absolución, siendo compleja y hasta imposible su prueba para las partes acusadoras. Igual consecuencia se aplica a los supuestos de invocación del error tanto en su modalidad de error de tipo (error de hecho), como de prohibición (error de derecho), pues se tratan en definitiva de causas de excepción de la acción penal que corren la misma suerte que los hechos impositivos.

No sucede lo mismo con las causas de justificación, o mejor dicho, no se aplica la carga de su prueba para el acusado con el mismo rigor. En principio, es absurdo exigir a las partes acusadoras que acrediten que todas y cada una de ellas no han concurrido en el supuesto objeto de las actuaciones, y la prueba de su existencia recaerá sobre el acusado conforme al *onus probandi incumbit qui dicit non ei qui neganti* y *affirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda*, pero si a la luz de las pruebas practicadas en el plenario se constatan elementos que hagan dudar de la presencia de una causa de justificación, entendemos que el principio *in dubio pro reo*, deberá prevalecer sobre reglas formales acerca de la carga de la prueba, aunque sea por razones de justicia material.

La prescripción, tampoco se somete a la regla general de la carga de la prueba, pues, no olvidemos que la prescripción es un instituto de derecho material y como tal un elemento integrador del concepto del delito, instituto que ha de ser apreciado incluso de oficio por jueces y tribunales, órganos que deberán entrar en su análisis, incluso, aunque no se hayan alegado en forma por ninguna de las partes intervinientes. Partiendo de tan amplia y benévola conceptualización de la prescripción, entendemos que si de las fechas de comisión del delito y su juicio, amén de la ausencia

Manuel Estrella Ruiz

de actividad suficiente capaz a de interrumpir su cómputo se aprecia que el delito ha prescrito, debe ser apreciado en todo caso y además, si existen dudas al respecto, no cabe interpretar lo sucedido en contra del reo.

En materia de delitos culposos la presunción de inocencia rara vez se invoca en los tribunales, ello se debe a que lo normal no es discutir la participación, en cuyo caso debe operar con todo rigor (el acusado niega haber conducido aquella noche), sino la valoración de los hechos y su calificación jurídica y ello escapa a la presunción de inocencia, perteneciendo a la valoración judicial que estará presidida en esa segunda fase por el *in dubio ro reo*.

Para finalizar y por obvio que pudiera parecer, consideramos conveniente recordar que, la presunción constitucional de inocencia, abarca, tanto a las figuras agravadas constitutivas de distinta modalidad delictiva (homicidio-asesinato), como a los subtipos agravados, y su destrucción ha de referirse a todos los hechos configuradores del tipo que se pretenda imputar. Paradigma de lo anterior es en la jurisprudencia española el binomio hurto-robo, en el que se viene considerando que la simple ocupación de unos efectos sustraídos en poder de un acusado no son elementos de juicio suficientes para la condena por delito de robo si el encartado invoca su ocupación por medios no violentos de los que según el Código penal definen la acción del robo.

6.3- La presunción de inocencia y la prueba indiciaria

La diferencia entre el antiguo sistema de la prueba tasada basado muy especialmente en la práctica de la confesión como reina de las pruebas y el que introduce el Código -la sana crítica-, pasa de forma notoria por el otorgamiento hoy a la prueba indiciaria del valor de auténtico medio probatorio, en pie de igualdad con todos los demás, y suficiente por sí solo para fundamentar una Sentencia condenatoria lo que significa desde el punto de vista constitucional que puede perfectamente enervar la presunción de inocencia.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Esta afirmación ha de tomarse con muchas reservas y no asumirse literalmente pero destaca la importancia de la prueba indiciaría en el proceso penal, consustancial a la propia forma (sin publicidad) en que la delincuencia se desarrolla, pues el respeto a los derechos humanos y a la verdad interina en que consiste la presunción de inocencia, no puede desprezarse, algo tan fácilmente constatable como la búsqueda de propósito de la impunidad por cualquier delincuente, siendo inimaginable lo contrario.

El sistema de la prueba tasada se caracterizó por el establecimiento por parte del legislador de un conjunto de reglas vinculantes para el Juez mediante las cuales se limitaban los medios de prueba útiles para formar la convicción, esto es, se estableció un "*numerus clausus*" de tales medios, sancionándose, además, de manera previa, el valor que había de atribuirse a cada instrumento probatorio, así como las condiciones y requisitos necesarios para que el mismo alcanzase un determinado valor absoluto o parcial.

El modelo de la prueba libre, expresado como libertad de medios de prueba y convencimiento, ha de entenderse en la actualidad de forma diferente, tal y como nos enseña Asencio Mellado a quien seguiremos en este apartado.

La sentencia únicamente puede fundarse en un auténtico medio de prueba, practicado de acuerdo con las garantías y principios procesales oportunos y siempre con el máximo respeto a los derechos que la Constitución y los tratados internacionales, suscritos por la República de Honduras, enuncian como fundamentales.

El aspecto subjetivo o valorativo se sujeta a las normas de la sana crítica, es decir, a la razón, la lógica y las máximas de la experiencia que no son legales a diferencia de las normas del sistema de la prueba tasada, pero que de no respetarse serán susceptibles de valoración y revisión en vía de recursos ordinarios.

Desde esta perspectiva hay que examinar la prueba indiciaría, es un medio probatorio lícito y susceptible de servir de base a una sentencia condenatoria, pero ello siempre que objetivamente contenga todos sus elementos y requisitos, y subjetivamente autorice la apreciación que se afirma. No se trata, pues, de un

Manuel Estrella Ruiz

medio de prueba de valoración omnímoda, ni de la Legalización de la sospecha o la intuición. Como cualquier otro medio de prueba está sujeto a las reglas que suponen las garantías constitucionales respecto a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* como único criterio legal de interpretación de cualquier duda razonable.

Así considerada, no cabe duda de su virtualidad para erigirse en una más en el proceso penal, y no puede prescindirse de ella en este ámbito de la investigación delictiva, de manera que lo contrario podría significar la impunidad de la comisión de ciertos hechos y así una grave indefensión social. Quien comete un delito busca de propósito el secreto de su actuación por lo que, evidentemente, es frecuente la ausencia de pruebas directas y como el citado autor advierte, una imposibilidad legal de aplicar la prueba de indicios, llevaría en la práctica ante la tensión social que se podría provocar, a desenterrar la confesión como prueba definitiva y a todo el sistema de torturas y coacciones en que la misma se basó históricamente.

Para concretar lo que debe entenderse por "indicio" en el tema que nos ocupa, conviene en primer término acudir a la definición gramatical de la expresión, y así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el indicio como: "acción o señal que da a conocer lo oculto", y ya desde el punto de vista jurídico, eso que llamamos presunción y que hacemos coincidir con lo que lingüísticamente definimos como indicio, lo describe el profesor Serra en los términos siguientes:

"aquella actividad intelectual del Juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones."

Una vez reseñada una definición técnico-jurídica, hemos de abordar los requisitos de la prueba indiciaria, para lo cual seguiremos como pauta las directrices de los Tribunales Constitucional y Supremo de España.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 174/85, de 17 de diciembre, ya advirtió que no es posible que puedan construirse certezas partiendo de simples probabilidades. Ello significa que el indicio – hecho base de la presunción-, ha de estar plenamente probado, de manera que de existir duda alguna al respecto de su

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

realidad, ha de quedar vedada la posibilidad misma de la presunción, conclusión que es lógico corolario del principio *in dubio pro reo*.

A su vez, el hecho mismo de la actividad probatoria del indicio queda sujeto a la verificación de otra serie de condiciones que no son otras que las comunes a cualquier otro medio de prueba o, lo que es lo mismo, la prueba del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal. En este sentido, dicha actividad está sujeta tanto al derecho a la presunción de inocencia, cuanto a la vigencia del principio "*in dubio pro reo*", como, por último, a la interdicción de la denominada prueba prohibida.

El principio *in dubio pro reo*, se manifestará en que, en cada uno de los indicios y una vez practicada objetivamente su prueba se ha de analizar si la certeza sobre su acaecimiento real es absoluta o si, a pesar de la actividad probatoria desarrollada, subsisten dudas acerca de la existencia del indicio.

Si no es posible extraer certezas de simples probabilidades, no ha de poder ser utilizado un indicio respecto del que el órgano judicial no haya alcanzado el convencimiento.

Igualmente, no podrá ser tenido en consideración ningún indicio cuya prueba tenga su origen en una prueba prohibida, y lo más delicado al respecto, es la imposibilidad de valorar como indicio lo que no es técnicamente un hecho mediato, sino un hecho expresión del ejercicio de un derecho fundamental, debiendo ser especialmente exquisitos, cuando se trata del ejercicio de un derecho constitucional, como el derecho a no declarar contra uno mismo, derecho que se vería vacío de contenido, si el silencio fruto del ejercicio del mismo pudiera servir de base como indicio en contra de quien decide acogerse al indicado derecho.

Elemento imprescindible de la llamada prueba de indicios, es la pluralidad de los mismos, pues si lo que se pretende en la prueba indiciaría es extraer del indicio un determinado dato por vía de aplicar sobre el mismo ciertas reglas de la lógica o máximas de la experiencia, parece necesaria la concurrencia en el caso de una multiplicidad de los indicios en tanto que su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto - causa. Aunque un solo indicio, en un plano teórico sea suficiente

Manuel Estrella Ruiz

para proporcionar tal seguridad, lo normal es que ello no sea así por la imposibilidad de contrastar el resultado hallado con otras hipótesis probables, salvo, claro está, en los supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser calificadas como seguras, hecho éste bastante infrecuente.

En principio, ha de desconfiarse de un solo indicio y exigirse una pluralidad de éstos siempre que confluyan o concuerden en un mismo punto común, aunque como afirma Asencio, se trata, no tanto de exigir multiplicidad de indicios -aunque ello sea lo normal y deseable-, cuanto de concluir sin duda alguna un hecho consecuencia a partir de uno o varios hechos mediatos y en función de la intensidad misma del indicio, su naturaleza y las propias máximas de la experiencia.

Por último si la prueba indiciaría es una presunción, y ello se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro mediato, es obvio que la conclusión deductiva ha de obtenerse mediante un razonamiento lógico, e igualmente también parece obvio que el derecho a la tutela efectiva imponga la obligación de que se deje constancia de dicho razonamiento lógico en la sentencia, aunque la práctica demuestra que ello no se lleva a cabo con la deseable motivación.

La prueba indiciaría, requiere de un proceso deductivo que aune el indicio al hecho que se necesita probar, pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea directa, esto es, que el enlace entre ambos elementos de la presunción sea preciso-y directo, y que la conclusión así obtenida sea fruto de una deducción, no mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y el mencionado enlace racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia. Esta serie de requisitos son, como indica Asencio Mellado, los que vienen a diferenciar la prueba indiciaría de las simples conjeturas o meras sospechas, lo que la cualifican como prueba susceptible de fundar una sentencia condenatoria, de tal manera que, como afirma el Tribunal Constitucional, si el proceso deductivo es irracional o no cumple las prescripciones arriba expuestas, la prueba indiciaría no puede ser calificada como de auténtica prueba.

Tema polémico en la doctrina es el relativo a los conraindicios o coartadas como elemento base de la culpabilidad, inclinándose

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

el autor, al que venimos citando, en contra de su utilización por entender que supone una doble presunción. Sin embargo, la jurisprudencia española acepta tradicionalmente la utilización del contraindicio o coartada como elemento de valoración. Por lo reciente de su fecha creemos aconsejable reproducir el grueso de la sentencia del Tribunal Supremo de España de 20 de abril de 2000, en la que se resumen con precisión cuantos requisitos venimos abordando:

"Como dice la reciente Sentencia de esta Sala, de 13 de marzo de 2000, la función del Tribunal Casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia.

Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1º) Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que -aun cuando pueda ser sucinta o escueta- se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (Sentencias 515/1996, de 12 de julio, o 1026/1996, de 16 de diciembre, entre otras muchas).

Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de

Manuel Estrella Ruiz

de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 del Código Civil), (Sentencias 105 1/1995, de 18 de octubre, 1/1996, de 19 de enero, 507/ 1996, de 13 de julio, etc.).

Ahora bien esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que -de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal Casacional y mucho menos por el del recurrente. Como señalan las Sentencias 272/1995, de 23 febrero o 515/1996 de 12 de julio «es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal Sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede "ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia». Es decir que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal Sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

función enjuiciadora del Tribunal «*a quo*», siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal Sentenciador de los indicios y **contraindicios**, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia."

Por su claridad y por el rigor con que, de forma sistemática y didáctica, se aborda el problema de la prueba indiciaria y sus requisitos en relación con la presunción de inocencia, consideramos oportuno recoger los principales fundamentos de la STS de 22 de junio de 1998, resolución que, además de describir todos los requisitos que venimos explicando, describe un caso en el que se lleva a cabo una escrupulosa utilización de contraindicios en relación al derecho constitucional a no declarar:

"Las Sentencias de esta Sala de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997, cuyos términos han sido reiterados en las Sentencias de 14 de mayo y 8 de junio de 1998 entre otras, comprendían la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria en los siguientes términos:

1./ Como ponen de manifiesto las Sentencias de 23 de mayo y 5 de octubre de 1997, tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 174/1985, 175/1985, de 17 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, entre otras) como esta misma Sala Segunda (Sentencias 84/1995, 456/1995, 627/1995, 956/1995, 1062/1995, etc.) han declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para que pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer al menos dos exigencias básicas:

1º) Los hechos base o indicios deben estar plenamente acreditados, no pudiendo tratarse de meras sospechas.

2º) El órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. En estos casos el control casacional incluye tanto la constatación de

Manuel Estrella Ruiz

que ha mediado una actividad probatoria válida como el examen del razonamiento que sirve de fundamento a la convicción judicial para constatar que responde a las reglas de la lógica y del criterio humano.

2./ La función del Tribunal casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de instancia. Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que en la Sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la Sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que -aún cuando pueda ser sucinta o escueta- se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados.

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa.

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (Sentencias 515/1996, de 12 de julio, ó 1026/1996, de 16 de diciembre, entre otras muchas).- Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (artículo 1.253 del Código Civil) (Sentencias 1051/1995, de 18 de octubre, 1/1996, de 19 de enero, 507/1996, de 13 de julio, etc.).

3/ Ahora bien esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que -de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. * En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente. Como señalan las Sentencias 272/95, de 23 de febrero ó 515/96, de 12 de julio, «es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación, y por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia». Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas - que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc; ponderación de elementos incriminatorios y de

Manuel Estrella Ruiz

descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal a quo, siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

En el presente caso la Sentencia de instancia expresa en su Fundamento de Derecho Segundo cuales son los hechos base o indiciarios que fundamentan la deducción sobre la intervención del acusado, y explícita el razonamiento en que consiste la deducción o inferencia correspondiente. Tales hechos base o indicios son:

A) El acusado al ser detenido arrojó al suelo una tarjeta de crédito.

B) Esa tarjeta era la misma que siete horas antes le había sido violentamente sustraída a su titular.

C) En ese corto lapso de tiempo la tarjeta se utilizó sucesivamente en distintos establecimientos.

D) El acusado fue identificado por la empleada de uno de esos establecimientos como la persona que intentó pagar con la tarjeta sustraída. Son pues diversos hechos base, cada uno sustentado en distintas pruebas directas cuya valoración no cabe replantear en casación. Por otra parte se constata la racionalidad de la deducción del hecho consecuencia: Nos encontramos ante indicios plenamente acreditados, plurales, concomitantes e interrelacionados, siendo suficiente la lectura del referido Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia impugnada para constatar que la inferencia obtenida por el Tribunal Sentenciador a partir de los indicios que expresa no solamente no se muestra como ilógica o arbitraria sino que fluye naturalmente como necesaria conclusión de los hechos básicos acreditados, existiendo entre los indicios y las conclusiones un enlace natural y directo conforme a las reglas del criterio humano.

Ciertamente la Sala alude en la explicitación de su deducción racional al contraste existente entre el acervo probatorio disponible y «la radical negativa del acusado que

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

no ofrece explicación alguna acerca del motivo por el que portaba la tarjeta de crédito de la que intentó desprenderse al ser detenido». Tal referencia integrada en el razonamiento o juicio de inferencia no significa en modo alguno alterar el sentido de la carga probatoria que la presunción de inocencia impone sobre quien acusa. La falta de explicación razonable o verosímil sobre la ilícita posesión de la tarjeta no es lo que determina la conclusión de que el acusado fue quien la sustrajo; sino la mera constancia de la ausencia de planteamiento de otras hipótesis que disminuyan la razonabilidad de la conclusión lógica que se obtiene a partir de los hechos indiciarios. En efecto, quien no quiere dar explicación alguna sobre el origen de un objeto sustraído pocas horas antes, ejercitando con ello el derecho a guardar silencio no puede sólo por ello considerarse autor de la sustracción, haciéndole de peor condición que quien, no ejercitando ese derecho, declara sobre esa tenencia. Pero tampoco hacerse de mejor condición que quien declara. Cuando se ofrece esta explicación, el sentido objetivamente favorable de lo declarado no constriñe u obliga ineludiblemente al Tribunal a aceptar mecánicamente como verdad lo declarado, sustrayendo al juzgador su principalísima función de valorar en conciencia las pruebas practicadas, porque en el ejercicio de esa función habrá de ponderar y contrastar los distintos medios probatorios incluidos los indicios y **contraindicios** formando su convicción sobre lo ocurrido en un proceso valorativo razonable y razonado. Y en ese ámbito el posible rechazo de la versión dada por el acusado no se contrae a las afirmaciones que sean absolutamente imposibles física o materialmente sino que abarca las inverosímiles cuando su probabilidad mínima contraste con la probabilidad máxima de otra hipótesis que por lo mismo se evidencie como más racional y conforme a las reglas de la lógica y la experiencia. Si esto es así cuando el acusado da una versión exculpatoria, a valorar en términos de posibilidad, probabilidad y verosimilitud, en el seno del total acervo probatorio, lo mismo sucederá cuando no dé explicación alguna: en tal caso su negativa -ejercicio en todo caso de un derecho- no puede fundar un pronunciamiento de condena; pero puede éste sustentarse en la existencia de prueba indiciaria, si la inferencia, asentada en la capacidad probatoria de los demostrados indicios, resulta lógica y dotada de una razonabilidad que el silencio del acusado por sí mismo ni destruye ni atenúa."

Manuel Estrella Ruiz

Finalmente; no nos cansaremos de insistir en la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales, y ni que decir tiene la importancia especial de dicho actuar, cuando de pruebas indiciadas se trata, tema que se aborda en otro capítulo de la presente obra.

6.4- La presunción de inocencia y las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal

El nuevo Código supone la implantación definitiva en Honduras del modelo procesal acusatorio puro (ya introducido tímidamente en el enjuiciamiento de menores por los Juzgados de la Niñez) y la consiguiente ruptura con el sistema inquisitivo que, siguiendo el modelo europeo, había imperado desde la independencia del país.

Pero sin desconocer la trascendencia e implicaciones que tal modificación entraña, quizá una de las innovaciones más importantes, por afectar directa y palmariamente al derecho más precisado del ser humano, base del ejercicio de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, es la que se produce en el ámbito de las medidas cautelares de carácter personal, y más concretamente, en materia de detención, prisión preventiva y medidas alternativas.

Cuando el art. 1 de la Constitución hondureña enuncia los valores superiores del ordenamiento jurídico de la República como Estado democrático de derecho, se refiere, tras aludir a la "justicia", a la libertad. Precisamente porque el de la libertad es de todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el primordial, la Constitución lo proclama en primer término, como referente que debe inspirar la interpretación y aplicación de la Carta Magna.

Y es que la libertad es la raíz de los demás derechos fundamentales. De entre las distintas manifestaciones de la libertad que la Norma Suprema va desgranando en su articulado, vamos a centrarnos en la libertad personal, enraizada en la persona e inseparable de la dignidad humana. No es un derecho que haya de ser otorgado por el Estado sino un derecho absoluto y previo al Estado, que debe ser reconocido por la Constitución.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Esta concepción hace plenamente entendible que las hipótesis de limitación de la libertad personal hayan de aparecer como una forma de violencia, necesitada por ello de una muy concreta, excepcional y convincente justificación. (1)

Si en la historia de las instituciones procesales nace el proceso penal para tutelar debidamente el derecho a la libertad del ciudadano frente a los abusos de los poderes públicos, es sin embargo en el seno de dicho proceso donde aquel derecho puede sufrir su más notable agresión, ya que en el transcurso del mismo, aún sin haber recaído un pronunciamiento de condena que afirme la culpabilidad de una persona, puede acordarse su prisión provisional.

Justamente, el dar adecuada respuesta al interrogante de cómo explicar que, debiendo presumirse la inocencia del imputado, pueda privársele de su libertad durante el proceso, constituye la mayor preocupación tanto de la doctrina como del legislador.

Contradicción que no es sino fiel reflejo de la tensión que dentro del proceso penal se produce entre el interés personal e individual del ciudadano a esperar el juicio y la sentencia en libertad y el derecho de la sociedad al aseguramiento del proceso y al mantenimiento del orden, entre el derecho del individuo a la libertad y a la presunción de inocencia y el derecho de la sociedad a la seguridad en aras a una convivencia pacífica.

En función del peso que en cada momento histórico se otorgue a unos u otros intereses, así será la regulación que se haga de las medidas cautelares personales, representando, pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto, y la regulación de las medidas cautelares en particular, el termómetro que nos permitirá constatar el talante democrático o autoritario de una determinada sociedad.

Pues bien, el Código Procesal Penal de 2,000 supone un cambio radical en el tratamiento de la cuestión, al resolver la contradicción apuntada, no en términos de conflicto, sino de yuxtaposición o síntesis entre las dos necesidades y funciones: la

(1) Como señaló SARTRE, "La libertad es la esencia del ser humano" (Sartre, JP "El ser y la nada", Tomo I 1948 Pag. 27). Por ello la privación absoluta de libertad solo puede lograrse mediante la supresión absoluta del ser humano, pero las medidas que llevan a cabo restricciones a la misma afectan gravemente la integridad de la personalidad del individuo.

Manuel Estrella Ruiz

libertad y la seguridad, ambas básicas para el ordenamiento jurídico, puesto que todo atentado contra la persona supone a la vez un ataque contra la sociedad y, por otro lado, todo ataque a la sociedad implica un atentado individual, porque sólo a través de una convivencia pacífica y socialmente ordenada puede alcanzar el individuo el pleno desarrollo de su dignidad concediendo siempre prevalencia al derecho del ciudadano a la libertad que, de esta manera, se convierte en la regla general frente a la regulación anterior, que configuraba la prisión provisional como regla y la libertad como excepción.

6.4.1-Concepto y función

Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera celebrarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del proceso medida cautelar alguna. Desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica; el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un período de tiempo excesivamente dilatado, durante el cual el inculpado podría ocultarse a la acción de la justicia, frustrando el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares.

Podemos entender por tales medidas las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.

Por tanto las medidas cautelares en el proceso penal pueden dirigirse a asegurar los efectos civiles (en cuyo caso se denominan "medidas de carácter real") o los efectos penales propiamente dichos de la sentencia (en cuyo caso se denominan "medidas de carácter real") o los efectos penales propiamente dichos de la sentencia (en cuyo caso estaremos ante "medida de carácter personal"). Vamos a centrarnos en estas últimas,

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

reguladas en los arts. 163 y ss. del nuevo Código, no Sin antes recordar en palabras del Tribunal Constitucional español su estrecha e indudable relación con la presunción de inocencia:

"Hemos resaltado en anteriores resoluciones -SSTC 128/ 1995, f. j. 3o, o 67/1997, f. j. 2º- que la presunción de inocencia impone a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional ciertos límites infranqueables, y en tal sentido exige que «no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable obliga a no castigarle por medio de la **prisión preventiva**. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribiremos la utilización de la prisión con la finalidad de impulsarla investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.

En el caso concreto estos límites no han sido rebasados, ya que aparece debidamente fundamentada la provisional apreciación de existir en la causa motivos bastantes para creer responsable de los hechos investigados al recurrente, sin que la medida cautelar impugnada aparezca presidida por una finalidad retributiva o ajena a las que constitucionalmente la legitiman. La apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa establecer una presunción de culpabilidad del imputado sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STC 108/1994, f. j. 3o) por lo que ninguna objeción cabe hacer a dicha apreciación que, correspondiendo al órgano judicial encargado de la investigación o el enjuiciamiento, no supone vulneración de la presunción de inocencia, como se alega."

6.4.2-Presupuestos comunes

Del expresado concepto pueden destacarse, como presupuestos inexcusables de toda medida cautelar (véase el art- 172 del Código):

Manuel Estrella Ruiz

a) El *fumus boni iuris* o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal, tratándose de la futura actuación del *ius puniendi*, como consecuencia de la comisión de un delito que, al mismo tiempo, es fuente de obligaciones civiles, estriba precisamente en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada (empleando los términos del nuevo texto: "sostener razonablemente que es autor").

El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, **la imputación**. Sin imputado no existe posibilidad alguna de la adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales.

b) El *periculum in mora* o **daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado en el proceso penal, por el peligro bien de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado, bien de obstrucción de la investigación mediante la alteración de las fuentes de prueba** (art. 172, párrafos 2 y 3 del Código). Naturalmente, este peligro de evasión del imputado se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave. De ahí que en el proceso penal hondureño el *periculum in mora* ofrezca un marcado carácter cuantitativo. Si el hecho punible no lleva aparejada pena privativa de libertad alguna, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la necesidad de la medida.

6.4.3-Elementos

Entre las notas esenciales de las medidas cautelares, podemos destacar] las siguientes:

a) **Jurisdiccionalidad**. Las medidas cautelares están sometidas, en primer lugar, al principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual tan sólo pueden adoptarse por el órgano jurisdiccional competente (art. 174 primer inciso del Código).

Excepcionalmente, determinadas medidas cautelares provisionálsimas (como la aprehensión) puede ser dispuestas por la policía; pero, incluso en este supuesto, tal facultad no deriva de potestad administrativa alguna, sino que se trata

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

de un acto que realiza la autoridad gubernativa, en su calidad de policía judicial, a prevención y en función del correspondiente procedimiento penal, por lo que ha de ser confirmada por una medida menos interina, cual la detención judicial o la prisión provisional, cuya adopción sólo compete al Juez de Letras (art. 173 *in fine*)

Debido a la vigencia de los principios constitucionales del "juez legal" y de "exclusividad" jurisdiccional o monopolio jurisdiccional en la imposición de penas, las medidas cautelares, que en cierta medida anticipan los efectos de la pena, únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario, que ha de ser el de la jurisdicción penal competente y a través del procedimiento preestablecido.

Juez penal competente que no es otro que el Juez de Letras de lo Criminal legal o natural (el del lugar del delito); además, dicho Juez ha de ser el Juez legal diseñado por la Constitución, es decir, predeterminado por la Ley, independiente, imparcial y sometido únicamente al imperio de la Ley.

Precisamente, para garantizar la imparcialidad del juzgador, el Proyecto de Código Procesal, consciente de la mentalidad inquisitiva del Juez de Letras, ha introducido un nuevo modelo, basado en los siguientes principios:

Justicia rogada. Es preciso que las partes acusadoras insten expresamente las medidas cautelares contra un imputado determinado.

Oralidad. A la adopción de esta resolución ha de preceder siempre la realización de una audiencia en la que las partes expongan las alegaciones que fundamenten sus respectivas peticiones, decidiendo el Juez al término de la misma con la imparcialidad de la que no gozaba en el régimen anterior, en el que la prisión solía adoptarse de oficio con la sola lectura del atestado policial y tras el oportuno interrogatorio judicial.

b) Instrumentalidad. Las medidas cautelares son instrumentales o han de estar supeditadas a un proceso penal en curso es decir han, de estar preordenadas a un proceso penal (aprehensión) o han de adoptarse en el curso de un proceso con todas las garantías (detención para inquirir).

Manuel Estrella Ruiz

Al ser instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal, lógicamente habrán de finalizar de forma necesaria con dicho proceso, ya extinguiendo sus efectos, ya transformándose en medidas ejecutivas.

c) **Provisionalidad.** Por lo expuesto, las medidas cautelares son siempre provisionales (art. 174, párrafo 3). Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero con anterioridad a dicho término pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción (cláusula *rebus sic stantibus*). Además, determinadas medidas son también temporales, porque el legislador ha querido establecer unos plazos máximos de duración.

Para garantizar el control por el Juez de la permanencia de los presupuestos que, en un momento dado, justificaron la adopción de una medida, el Código obliga al Juez a revisar **de oficio cada tres meses** la procedencia de mantener o no las medidas acordadas (art. 186 in fine).

d) **Proporcionalidad.** Las medidas cautelares han de adecuarse al fin perseguido (art. 174, párrafo 2), estando justificadas exclusivamente:

1.- En los "casos y por los motivos previstos en la ley": **Principio de legalidad (sólo pueden acordarse las relacionadas en el art. 173).**

2.- Siempre y cuando estén objetivamente justificadas para obtener el cumplimiento de los fines que las legitiman, debiéndose adoptar en todo caso la alternativa menos gravosa para los derechos fundamentales: Principio de necesidad (que, a su vez, conlleva el cumplimiento de las exigencias de excepcionalidad y de gravedad del hecho punible imputado -art. 174, párrafo 2-).

6.4.4- La aprehensión

Concepto

La aprehensión, regulada en el art. 175, es una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial de ponerlo a disposición de la Autoridad judicial, para que resuelva sobre su situación, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina (detención para inquirir o prisión).

Se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Es una medida cautelar del objeto procesal penal, por lo que, a diferencia de las que puedan asegurar la pretensión civil, es de carácter personal, en tanto que ha de recaer sobre el derecho a la libertad de movimientos del imputado. Por ello han de concurrir en la aprehensión todos los presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) y elementos (jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad) de las medidas cautelares, si bien subsisten algunas aprehensiones "atípicas", en la que algunos de tales requisitos pudieran no concurrir.
- b) Esta medida cautelar presenta dos especialidades en cuanto a los elementos de **jurisdiccionalidad y provisionalidad**: La primera supone que puede ser adoptada por autoridad o persona distinta a la jurisdiccional competente; la segunda, que la aprehensión es una medida interina porque su duración está legalmente limitada a un espacio corto de tiempo (**en el plazo de seis horas debe darse cuenta a! Ministerio Público y al Juez competente, poniendo a la persona aprehendida de forma inmediata a disposición de la D.G.I.C.**).
- c) El objeto material sobre el que recae es la "libertad deambulatoria". Toda privación de libertad distinta a la pena de prisión, a la prisión provisional o la detención, entraña una aprehensión sin que pueda encontrarse zonas intermedias entre la aprehensión y la libertad, por lo que

Manuel Estrella Ruiz

un cambio de nombre de la privación de libertad ("retención", "intervención personal"...) resulta absolutamente indiferente; en todo caso deberán darse los requisitos que justifican la aprehensión.

d) Al incidir sobre un derecho fundamental, la aprehensión está sometida al principio de proporcionalidad: Deberá adecuarse al fin perseguido, justificarse sólo en los casos y en la forma previstos en la Ley, siempre y cuando no sea posible utilizar otras medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines, y sin que el que disponga la medida pueda restringir el derecho a la libertad más allá de lo indispensable para lograr el objeto previsto en la norma.

e) Su finalidad esencial es poner inmediatamente al aprehendido a disposición del Ministerio Público, a través de la D.I.C. (art 175 in fine).

Clases

- a) **Especiales.** Son aquellas que no se encuentran reguladas en el nuevo Código Procesal ni participan con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que poseen una dudosa legitimidad constitucional: Internamiento acordado en el ámbito de la Ley de Política Migratoria respecto de extranjeros, internamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas o aprehensión de indocumentados (que luego se analizará).
- b) **Ordinarias.** Las que se disponen al amparo del art. 175 del Código. Cuando la Constitución alude a que nadie puede ser privado de libertad sino con arreglo a la Ley (art. 69 C.H.), por "Ley" hay que entender el Código Procesal Penal, y más concretamente el art. 175, conforme al cual **la única causa que legitima la aprehensión es la presunta comisión de un delito (no de una falta) y en aras de la incoación de un proceso penal.** Dentro de este grupo, podemos distinguir:

- 1. **Aprehensión por particulares.** Es la facultad que asiste a todo ciudadano a privar de libertad a otro, poniendo inmediatamente al aprehendido a disposición de la

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

autoridad policial más próxima. A diferencia de la aprehensión policial:

- Se trata de una facultad (no de un deber).
- Los casos en que se autoriza al ciudadano la práctica de una aprehensión se reducen al supuesto de delito flagrante (art. 175.1 y 2).
- El objetivo de la aprehensión se contrae a entregar inmediatamente al aprehendido a la autoridad policial más próxima.

2.- **Aprehesión policial.** Es la obligación que tienen los funcionarios de policía de privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia o entorpecimiento de la investigación, durante el tiempo imprescindible para la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a su puesta a disposición del Ministerio Público y, en todo caso, en el plazo máximo de seis **horas** (art. 175).

Se trata de una medida cautelar, adoptada en el curso de un proceso penal o en función de su incoación, y preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al Ministerio Público el primer sustrato fáctico para la incoación de la causa. Sus presupuestos son los de toda medida cautelar:

Imputación (*fumus boni iuris*). La procedencia de la aprehensión policial queda legalmente condicionada a que el aprehendido se encuentre alguno de los supuestos del art. 175, cuyo examen revela un mismo común denominador; la aprehensión policial exige, como presupuesto material, la existencia de un título de imputación (condena, rebeldía o evidente participación en un hecho punible), contra persona determinada. Sin imputación previa no existe aprehensión legal.

Peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (*periculum in mora*). Pero no basta cualquier imputación, sino la de un hecho punible que revista especial gravedad o que, por las circunstancias del hecho o de la persona del imputado, pueda el

Manuel Estrella Ruiz

funcionario de policía presumir que aquél tratará de sustraerse a la acción de la justicia o de alterar las pruebas (art. 172).

Aprehensión de indocumentados

La necesidad de identificar a los ciudadanos, como presupuesto básico que posibilite un eficaz ejercicio de las funciones policiales de indagación y prevención, motivó la aparición, desde hace algunos años, de una práctica policial conocida con el nombre de retención; una persona podía sin más ser conducida a las dependencias policiales, a efectos de identificarla. A través de la retención, se priva de libertad a una persona, con fines de identificación, pero sin detenerla; es decir, para "retener" a una persona no era necesario que concurrieran los presupuestos legales que justifican la detención, ni el "retenido" gozaba de las garantías y derechos que el ordenamiento jurídico reconocía a los detenidos. Se trata, sin duda alguna, de una práctica ilegal, contraria a los arts. 69 y 84 de la Constitución.

En efecto, las diligencias de identificación en las dependencias policiales:

- 1) Entrañan un supuesto de privación de libertad: adviértase que el posible cumplimiento "voluntario" del requerimiento formulado por los agentes para desplazarse a las dependencias policiales para identificación no supone que en estos casos no estemos ante una privación de libertad (una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte', máxime si su negativa puede comportar la conducción coactiva; en otras palabras, no cabe hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 69 C.H. cuando una de las opciones que se ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención).
- 2) La medida de identificación en dependencias policiales supone, por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer el tiempo imprescindible para su identificación), una situación que va más allá de la mera inmovilización en la vía pública de una

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

persona (identificación y cacheos en la vías pública) y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad.

3) En cuanto que restringe la libertad de la persona, esta medida sólo se justifica cuando así esté expresamente prevista en la Ley (art. 69 C.H.).

4) Actualmente, la única norma que regula los casos y la forma en que se puede privar de libertad a una persona es el Código Procesal Penal, por lo que aquella medida sólo podrá adoptarse cuando concurren los requisitos o presupuestos exigidos en el Código Procesal para privar de libertad a una persona, con la única matización de que, si bien no cabe aprehender o detener a nadie por la comisión de una falta, sí que podrá conducirse al presunto autor de una falta a las dependencias policiales para su identificación.

5º Podría suscitarse qué sucedería en el caso de dictarse una Ley que permitiera a la Policía, en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad ciudadana, requerir a una persona para que se identificase y, caso de no ser posible, conducirla a las dependencias policiales para su identificación, aunque no concurrieran los presupuestos previstos en el Código Procesal Penal. Obviamente, el obstáculo que supone el art. 69 C.H. quedaría salvado, pero ¿podría tacharse dicha Ley de inconstitucional por vulnerar el art. 98 C.H.? La Corte Suprema tendrá la última palabra.

En suma, a la luz de la legislación actual, para que una persona pueda ser conducida a las dependencias policiales para su identificación será preciso: a) Que sea requerida de identificación por los Agentes de la Policía (siempre que el conocimiento de su identidad sea necesario en el ejercicio de las funciones policiales de prevención e indagación, es decir, no cabe el requerimiento inmotivado o caprichoso); b) Que no se logre su identificación por cualquier medio; c) Que, sin embargo, los Agentes consideren necesaria su identificación, bien para impedir la comisión de un delito o falta, bien para sancionarla; d) Que, como consecuencia de lo anterior, los agentes requieran a la persona para que les acompañe a dependencias en las que pueda ser identificado (que deberán ser las más próximas); e) La privación de libertad no

Manuel Estrella Ruiz

podrá prolongarse más allá del tiempo imprescindible para conseguir la identificación y, en todo caso, más allá de las seis horas previstas en el art. 175).

6.4.5- La detención, concepto y clases

Se denomina detención a toda privación de libertad, dispuesta por el Ministerio Público o por un órgano jurisdiccional en el curso de un procedimiento penal, así como la situación en la que permanece el detenido, durante el plazo máximo de seis días, hasta tanto el Juez de Letras de lo Criminal, previo el requerimiento fiscal, resuelva su situación en el proceso. Del referido concepto pueden distinguirse dos clases de detención:

a) Detención preventiva. La que puede practicar el Ministerio Público bien como consecuencia del surgimiento de la imputación contra una persona determinada, bien del incumplimiento de una orden de comparecencia (art. 176 del Código).

Como tal medida cautelar deberán concurrir los presupuestos que las justifican, esto es, el *fumus boni iuris* (la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito) y el *periculum in mora* (peligro de fuga o de destrucción o alteración de la prueba).

Así mismo, dado que no es acordada por un órgano Judicial, tiene carácter interino; sin perjuicio de dar inmediatamente cuenta de la detención al Juez (quien controlará la legalidad del acto desde ese mismo instante, art. 176), la persona detenida deberá ser puesta a disposición de la Autoridad judicial competente en el plazo máximo de veinticuatro horas, computadas desde que fue privada de libertad (art. 285 del Código en relación con el art. 71 de la Constitución).

b) Detención judicial. A su vez, podemos distinguir:

- **Detención judicial para inquirir** o detención judicial confirmatoria: Es la privación de libertad acordada por el Juez competente, a instancia de parte, una vez presentado el requerimiento fiscal y previa audiencia del imputado, por el término indispensable hasta la

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

celebración de la audiencia inicial y, en todo caso, por el plazo máximo de seis días (art. 292), transcurrido el cual, y celebrada la audiencia-inicial, dicha medida deberá ser sustituida por otra menos interina, sea la prisión provisional, sea otra medida alternativa de las contenidas en el art. 173.

Lógicamente, y en cuanto tal medida cautelar, aunque el nuevo Código no indica nada al respecto, deberán concurrir los presupuestos de toda medida cautelar: Imputación de un hecho que reviste los caracteres de delito a persona determinada y riesgo de que, en caso de permanecer en libertad, el imputado se sustraiga a la acción de la justicia o intente destruir o alterar las fuentes de prueba.

- **Detención judicial de** oficio como consecuencia, bien del incumplimiento de una orden de comparecencia, bien de las normas sobre "policía de vistas."

6.4.6- La prisión provisional

Por prisión provisional puede entenderse la situación nacida de una resolución judicial de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga o de obstrucción de la investigación suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al juicio oral o que intentará alterar las fuentes de prueba.

. La regulación de esta materia en el Proyecto de Código Procesal, junto a la introducción del principio acusatorio y la oralidad, es la que presenta las novedades más significativas: Se ha pasado de un modelo que, en su estructura, respondía a un esquema propio de la prisión provisional obligatoria; a otro en que la prisión se configura como la excepción a la regla. El anterior Código Procesal permanecía apegado a un modelo caracterizado por hacer abstracción a toda referencia finalística de la prisión provisional, y regular de forma detenida las circunstancias objetivas que autorizaban su acuerdo; bastaba la presencia de una pena superior a cinco años para que la prisión pudiera y debiera decretarse sin ningún aditamento más, con lo que el riesgo

Manuel Estrella Ruiz

de automatismo era evidente. La novedad esencial de la reforma ha sido el hacer abstracción de cualesquiera circunstancias valorativas o de hecho y establecer en su lugar los fines justificativos de la prisión provisional, autorizando al órgano jurisdiccional a valorar cualquier situación que incida en los peligros que se pretenden evitar con la prisión provisional, hecho éste que, al implicar la adopción de un ineludible marco de referencia, refuerza el carácter excepcional de la prisión provisional.

De la regulación contenida en el Proyecto de Código Procesal (arts. 178 y ss.) podemos entresacar las siguientes notas de la prisión provisional o preventiva:

a) Jurisdiccionalidad. Como ya se dijo, en materia de restricción de derechos fundamentales, máxime tratándose de la libertad, la jurisdicción ostenta siempre el más amplio monopolio, lo que supone que la prisión provisional sólo podrá decretarse por el Juez de Letras de lo Criminal competente.

b)-Proporcionalidad. Que, a su vez, se integra por los principios de:

- **Legalidad.** La aplicación de este principio supone no sólo que esta medida se encuentre prevista en el ordenamiento procesal (arts. 173 y 178 y ss.), sino que, además, sólo puede ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental.

El nuevo texto, a diferencia del Código Procesal Penal anterior, no ha secundado el criterio del quantum de gravamen de la imputación (ver el art. 425 del Código Penal), sino que ha establecido un listado de motivos que legitiman la privación de libertad de una persona que todavía no ha sido condenada (art. 178), razón por la que ha de reputarse como contraria al derecho a la libertad la prisión provisional que pudiera adoptarse con exclusivo sustento en la pena prevista para el delito de que se trate, y ello, por infringir el principio de legalidad.

-**Necesidad.** En segundo lugar, no es suficiente con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la Ley,

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

sino que es también imprescindible que **objetivamente se justifique** para obtener el cumplimiento de los fines que la legitiman, debiéndose adoptar en cualquier otro caso la medida menos gravosa para el derecho fundamental (art. 184).

La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales:

- **Su excepcionalidad**, conforme al cual, a diferencia del proceso inquisitivo, en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general.
- Es indispensable también para la adopción de esta medida la existencia de una **imputación grave**, que haga racional el peligro de fuga o de obstrucción de la investigación.

La vigencia del principio de necesidad ha de serlo a lo largo de todo el período durante el que se mantenga la prisión provisional, de modo que el Juez debe examinar de oficio permanentemente si prosiguen los motivos que legitiman esta restricción del derecho a la libertad, pudiendo disponer de oficio la libertad provisional o plena del imputado; dicho de otra forma: La prisión provisional, en tanto que medida cautelar, está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, con la particularidad de que, a diferencia del proceso civil, al incidir en un derecho fundamental, el Juez debe vigilar de oficio el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

Motivación. Como consecuencia del principio material de necesidad surge la obligación del Juez de efectuar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad en la que ha de plasmar el juicio de ponderación entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida.

c)-Provisionalidad. La tercera característica de la prisión provisional consiste, como su nombre indica, en poseer una naturaleza provisional, pues como establece el art. 188 del Código, la prisión provisional será revocada "cuando hayan

Manuel Estrella Ruiz

desaparecido los presupuestos que se tuvieron en cuenta para dictarla."

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, en el nuevo Código, tales presupuestos son fácilmente reconducibles a dos, cuales son el de asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral y garantizar el éxito de la instrucción, evitando la alteración de las fuentes de prueba, es evidente que la duración de dicha medida, en principio, estará en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.

Obviamente, dado que la prisión provisional implica la privación de un derecho fundamental sin previa sentencia condenatoria, es necesario que dicha medida dure sólo lo imprescindible para cumplir con su objetivo, para lo cual debe tramitarse con preferencia y con la mayor urgencia el proceso penal con preso preventivo.

Para obtener esta celeridad de la justicia penal, salvaguardando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, existen en el derecho comparado dos tipos de sistemas: Uno, por el que se somete la totalidad de la instrucción al cumplimiento de plazos procesales, cuya inobservancia puede abocar en un sobreseimiento; y otro, por el que se limita temporalmente la duración de la prisión provisional en función de la duración previsible de la pena asociada al delito imputado, de suerte que, una vez cumplidos los plazos, el Juez debe poner en libertad al reo. Este último sistema ha sido el secundado por el Código a través del art. 181.

Señala el art. 181 que "La prisión preventiva **podrá durar, como regla general, hasta un año**", salvo que la pena aplicable al delito sea superior a seis años, supuesto en el que "la prisión podrá durar hasta dos años", sin que en ningún caso pueda exceder "de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito."

No obstante, cabe recordar que dicho precepto no autoriza sin más que la prisión preventiva se prolongue hasta los plazos máximos que señala sin causa alguna. Nótese que, sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el derecho fundamental a la libertad si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna que la legitime. Se trata de plazos

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

máximos, lo que supone que la prisión provisional sólo podrá durar mientras subsistan los motivos que justificaron su adopción y, en todo caso, el plazo máximo fijado.

Por otra parte, el propio art. 181 del Código contempla los casos en los que, finalizado el plazo máximo de la prisión preventiva, puede acordarse la **prórroga**, distinguiendo entre los supuestos de dispersión, amplitud o dificultad de la prueba (posibilidad de prorrogar la prisión por seis meses) y de sentencia condenatoria (en cuyo caso la medida puede prorrogarse mientras se sustancia y resuelve el recurso de apelación con el límite de la mitad de la duración de la pena impuesta).

La circunstancia de que la prisión provisional venga, en última instancia, a constituir una anticipación de la pena constituye uno de los enigmas más desconcertantes del proceso penal y aún de la justicia humana en general; se trata, en definitiva, de infligir un sufrimiento cierto por un delito incierto. Por ello, y en tanto que la prisión preventiva se resuelve, como toda cautela, en una anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria, **debe siempre ser compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y reflejar en toda su regulación el carácter excepcional que le es consustancial.**

Pues bien, la presunción de inocencia que consagra el art. 89 C.H. impide olvidar u orillar la función cautelar de la prisión provisional. Es más, la presunción de inocencia es incompatible con cualquier otra finalidad que no sea la meramente cautelar y actúa como eje inexcusable en torno al cual ha de configurarse la prisión preventiva; de una parte, sirve de referencia para rechazar su utilización como medida de seguridad o de pena anticipada, y, de otra, la misma presunción de inocencia -y la proclamación del derecho a la libertad del art. 69 C.H.- llevan de la mano a definir la prisión sin juicio como una medida cautelar excepcional y, como tal, subsidiaria, siempre última opción en la escala de medidas cautelares legalmente aplicables.

Quiere esto decir que la prisión provisional nunca podrá acordarse para la consecución de fines que no respondan a su naturaleza cautelar, esto es, para impedir la reiteración delictiva (en cuyo caso estaríamos atribuyendo a la prisión preventiva carácter de medida de seguridad predelictual) o para satisfacer

Manuel Estrella Ruiz

demandas sociales de seguridad (lo que supondría la atribución a la prisión preventiva del carácter de pena anticipada).

El Código Procesal Penal se ha hecho eco de esta doctrina, y así, en los arts. 178 y ss., reconduce la naturaleza jurídica de la prisión provisional a la de las medidas cautelares penales de carácter personal, por lo que su adopción exigirá la concurrencia de los presupuestos de toda medida cautelar:

a) Fumus boni inris, juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en un hecho punible. Este juicio de imputación plantea en la prisión provisional dos especialidades:

- Desde un punto de vista formal es necesario, en primer lugar, que exista algo más que "indicios de probable participación culpable de la persona a la que han de aplicarse en un hecho aparentemente constitutivo de delito" (presupuesto que justifica in genere la adopción de las medidas cautelares -art. 172-); la prisión provisional exige un plus, cual es que **debe preceder prueba plena de haberse cometido el delito e indicio racional de que el imputado ha participado en él (art. 92 de la Constitución)**.
- Desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal, sino de un **delito grave, castigado con pena privativa de libertad cuyo máximo no sea inferir a cinco años** (de forma que no cabe esta medida cuando el delito no lleve aparejada pena privativa de libertad o el máximo de la pena-sea inferior a cinco años -art. 182-), **debiendo estarse a la pena fijada para el delito en concreto** (ponderando el grado de ejecución y participación en el delito, y circunstancias modificativas que pudieran influir en la pena a imponer en el caso concreto). La existencia de una imputación de especial gravedad se justifica en la medida que el legislador infiere que "a mayor posibilidad futura de imposición de pena, mayor incremento del peligro de fuga o de destrucción de pruebas", lo que no puede significar, sin embargo, que, cuando el hecho imputado sea muy grave, haya de devenir automáticamente la

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

prisión provisional o prolongarse indefinidamente en el tiempo, sino que será menester la concurrencia del segundo-presupuesto, a saber,

b) *Periculum in mora*, el criterio de la imputación ha de ser conjugado con el peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia; peligro que, en el Código, se subsume en (art. 178):

*El peligro de sustracción a la acción de la justicia. Peligro para valorar, el cual habrá que atender a los parámetros recogidos en el art. 179 (falta de arraigo, gravedad de la pena, importancia del daño, voluntad reparadora y comportamiento anterior y posterior del reo), pero no solo a ellos sino también a cualesquiera otros de los que pudiera inferirse aquel peligro.

*El peligro de obstrucción de la investigación. Véanse los criterios que, con carácter enunciativo, señala el art. 180 en orden a valorar la concurrencia del expresado riesgo.

6.4.7- El recurso de exhibición

El recurso de exhibición, también denominado recurso de "*habeas corpus*", constituye una de las asignaturas pendientes del ordenamiento procesal penal hondureño y sin lugar a dudas, el medio constitucional de alegar la presunción de inocencia en la adopción de medidas cautelares privativas de libertad.

La privación de libertad realizada con infracción de la normativa aplicable, puede ser cuestionada mediante el recurso de "*habeas corpus*", reconocido en el art. 182 C.H. y con arreglo al cual, se faculta a toda persona que sufra una privación de libertad arbitraria (sea porque no se trate de uno de los supuestos que la justifican, sea por infracción de las formalidades legales en su práctica, sea porque se prolongue más allá del máximo legal, sea porque no se respeten los derechos reconocidos a toda persona privada de libertad...), para obtener la inmediata puesta a disposición del Juez de Letras de lo Criminal competente, a fin de que revise la legalidad de la privación de libertad.

La eficaz regulación del "*habeas corpus*" exige la articulación de un proceso lo suficiente rápido (para conseguir la inmediata

Manuel Estrella Ruiz

verificación judicial de la legalidad y de las condiciones de la privación de libertad) y sencillo. Para conseguir estos objetivos, el procedimiento deberá inspirarse en los principios de agilidad (proceso sumario en el que en el plazo máximo de veinticuatro horas se resuelva por la Autoridad judicial), sencillez (carencia de formulismos) y amplitud de la legitimación activa y pasiva.

Sin embargo, la Ley reguladora del Recurso de Amparo y de Exhibición personal data de 1936 y, si bien en su momento constituyó una norma muy avanzada para la época, lo cierto es que hoy ha quedado completamente desfasada: Así, permite el recurso de exhibición frente a una persona privada de libertad por resolución judicial (lo que carece de sentido, pues la vía para combatir las resoluciones judiciales es el recurso ordinario contra la mismas), contempla figuras en desuso... No obstante, dicha Ley de 1936, mientras no sea derogada, constituye la legislación vigente y a ella habrá que estar, por más que sus preceptos deban interpretarse conforme a los principios antedichos.

6.4.8- Las medidas alternativas

El derecho fundamental a la presunción de inocencia y el cumplimiento del principio de proporcionalidad exigen la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como es la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa que, 'asegurando el cumplimiento de los fines perseguidos, no suponga el sacrificio de aquel derecho fundamental (así la libertad provisional, con o sin fianza, el arresto domiciliario, la obligación de presentarse ante las autoridades, la prohibición de abandonar el lugar de residencia o de salir del país... y, en general, todas las medidas de control judicial que introduce el nuevo art. 173 del Código).

Dado que la inmensa mayoría de las medidas cautelares relacionadas en el art. 173 no presenta dificultad en su aplicación, vamos a centrarnos en la que, *a priori*, aparece como más controvertida: el **internamiento cautelar** (art. 185).

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Para distinguir esta figura de otras afines en su contenido (aunque completamente heterogéneas en cuanto a su fundamento y condiciones), es preciso recordar:

a) Se trata de una auténtica medida cautelar, por lo que su adopción exige que concurren los presupuestos de toda medida cautelar:

- *fu mus bou i inris*
- *periculum in mora*

b) Pero no basta con que concurren los presupuestos generales de las medidas cautelares, sino que la Ley requiere algo más: Atendiendo a que el internamiento supone la privación de libertad de una persona de modo similar a la prisión provisional, el art. 185 del Código exige, para que pueda decretarse esta medida, que concurren los presupuestos que legitiman la prisión provisional (ver art. 174 y concordantes) y, además, que concurren las siguientes condiciones:

- 1.- Que la enfermedad mental existiere en el momento de cometer el hecho punible y se acredite cumplidamente mediante dictamen pericial.
2. - Que la enajenación revista una amplitud y un carácter lo suficiente grave para justificar el internamiento
- 3.- Que el tratamiento de la enfermedad sea incompatible con el cumplimiento de la medida cautelar en un establecimiento penal.
4. - Que dicho internamiento sólo se prolongue si continúa el estado de enajenación, por lo que, de modo análogo a la prisión provisional, cada tres meses deberá revisarse la situación.
- 5.- Que se respeten todas las garantías, de manera que el interesado pueda comparecer ante el órgano judicial y tener posibilidad de ser oído personalmente o mediante alguna forma de representación.

Se diferencia así, esta medida cautelar tanto de las medidas de seguridad postdelictual que pueden imponerse, al amparo del Código Penal, al enajenado que en sentencia penal aparezca como responsable de un hecho delictivo, como de las diligencias de instrucción y prueba que, con base en el art .106 pueden

Manuel Estrella Ruiz

acordarse durante la instrucción de la causa para averiguar la capacidad o incapacidad.

Entendemos en definitiva que la aplicación de esta medida, ha de ser exquisitamente respetuosa con la presunción de inocencia, pues de lo contrario, es fácil vulnerar un principio esencial recogido en la Constitución, cual es el de igualdad ante la ley.

6.5- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA MOTIVACION DE LA RESLUCIONES JUDICIALES

Si como venimos advirtiendo, el tribunal debe valorar unas pruebas obtenidas con plena salvaguarda de la presunción de inocencia y además, no puede llegar a un fallo condenatorio si duda razonablemente de la culpabilidad del encartado, la motivación de la sentencia, de la que se cuida con celo el legislador cobra especial importancia, debiendo ser abordada en este momento por su especial relevancia respecto a los derechos y principios que venimos estudiando.

El objetivo de este apartado no es otro que el de tratar de determinar en qué consiste la motivación de las resoluciones judiciales en forma de Sentencia penal.

Para ello, trataremos en primer término de establecer, el porqué de la motivación de todas las resoluciones judiciales, en relación con el derecho a la tutela efectiva de la Constitución, analizando en qué artículos de la legislación común se recoge la obligación de dicha actividad, y hacer una exégesis, de cómo, en primer término fue la doctrina la que estableció dicha obligación, para, a continuación parangonando el ejemplo español, entrar en el análisis de lo que denominamos construcción constitucional de la motivación de la Sentencia Penal, pues sin duda, ha sido el Tribunal Constitucional español quien ha delimitado la definición, concepto y alcance de lo que constituye la motivación de las Sentencias penales en la actualidad.

En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española solamente se

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

satisface a través de la obtención del órgano jurisdiccional competente de una resolución fundada en Derecho. En esta última condición, va implícita la motivación de dicha resolución, y con ello, no se hace sino dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 120 de la Constitución Española, en el que viene determinada la obligación de motivar las resoluciones judiciales, por lo que debemos concluir, que no sólo en las sentencias, sino en todas las resoluciones que trascienden de la forma de providencia en la que se acuerde una mera ordenación procesal de puro trámite, en cuanto que impliquen cualquier juicio de valor, sea de hecho o de Derecho, la motivación es preceptiva, no pudiendo quedar al arbitrio del Juez o Tribunal que la dicte, sino que ha de trascender su razón de ser al exterior, y fundamentalmente al destinatario de la resolución.

Los artículos 337 y siguientes del Código Procesal de Honduras nos indican cual debe ser la forma de la sentencia. El hecho de que los arts. 202 y 338 faculden al Tribunal, a que apreciando según las reglas de la sana crítica las pruebas, adopte, una vez atendidas las razones expuestas por acusación y defensa, la resolución que en Derecho proceda, no coincide con valoración arbitraria, sino con arreglo a unas máximas y a unos criterios, no tasados previamente por la Ley pero sí conforme a criterios razonables y racionales, que deben ser manifestados en la resolución final. Esta obligación, no siempre ha tenido el mismo alcance, ni se ha exigido con el mismo rigor, y así, examinando a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español, (Sala 2.^a), de 10 febrero 1978, llega a señalar que el Tribunal no tiene porqué indicar como llegó a las conclusiones fácticas, en aquel entonces, se podía sostener que conforme al art. 142 de la **L.E.Crim.**, el Tribunal de lo penal estaba obligado a declarar únicamente, con la mayor exactitud posible cuáles eran los hechos probados, pero, no estaba obligado a declarar las razones por las que llegaba a dicha conclusión de hecho, pudiendo ocultar la forma en que llegaba a dicha convicción. Hemos considerado conveniente transcribir el anterior párrafo para alentar a los operadores jurídicos del país, pues en el caso español que venimos utilizando como ejemplo, la fecha de la citada resolución demuestra bien a las claras como, no siempre se ha cumplido con pulcritud con una obligación semejante y en los juzgados y

Manuel Estrella Ruiz

tribunales de Honduras, no nos engañemos, se sigue poniendo especial énfasis en los antecedentes del hecho, siendo verdaderamente exiguos los razonamientos relativos a la valoración de las pruebas practicadas. Sin embargo, la doctrina española, siempre manifestó una abierta preocupación, por la práctica habitual, otrora, de que los Tribunales dedicaran amplias páginas a disquisiciones jurídicas, sobre la forma de encuadrar los hechos en un determinado tipo penal, siendo por el contrario parcos en determinar la forma en que llegaban a declarar unos hechos como probados. Como escribe **Sierra Domínguez**, fallar con arreglo a conciencia, no significa consagrar el subjetivismo del Juez sin explicitar las razones por las que se ha valorado así, o como afirma **Gómez Orbaneja**, prueba libre, no tiene porqué significar silenciarlos motivos que conducen al convencimiento de que los hechos son así. Algún autor, llegó a proponer una modificación del art. 142 de la **L.E.Crim.**, que obligase a los Magistrados a fundamentar su declaración de hechos probados, para así demostrar, que ésta es el resultado de las pruebas de un juicio y que permiten desvirtuar la presunción legal de inocencia.

La doctrina española, igualmente lamentó, que en la redacción de la Ley 6/1985 de 1 de julio (**L.O.P.J.**), no se aprovechara la ocasión para fijar dicha obligación, y para ello basta leer el art. 248-3 í, y todo ello, pese a que dicha Ley descende a cuestiones procesales de detalle.

Como veremos en el próximo apartado, ha tenido que ser el Tribunal Constitucional, el que a través de sus Sentencias, ha configurado en qué ha de consistir la motivación de la Sentencia Penal. Con carácter previo para establecer un concepto del que partir, diremos que dicha motivación consistirá en la exposición que el Juez hace en la Sentencia, de las razones, por las que, conforme al art. 741 de la **L.E.Crim.**, según su conciencia ha valorado, positiva o negativamente, las pruebas que bajo un criterio de legalidad, en cuanto a su elaboración, se han llevado a cabo en el juicio oral, lo que trasladado al caso hondureño, significa que el Tribunal está obligado a dar exacto cumplimiento a todo cuanto con exquisito detalle le obliga el art. 338 del Código.

6.5.1- Construcción constitucional de la motivación de la sentencia penal

Como ya se anticipó, la valoración en conciencia del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, o la valoración con arreglo a las reglas de la sana crítica del 338 CPH, no tiene nada que ver con la valoración arbitraria de las pruebas.

Las pruebas, una vez practicadas con arreglo a Derecho, y reproducidas, bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción en el plenario, son susceptibles de todo tipo de valoraciones. Ahora bien, el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, faculte al Tribunal, a valorarlas en conciencia, no puede entenderse como valoración arbitraria, desprendiéndose dicha conclusión del propio art. 9-3º de la Constitución Española al recoger el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. Dicha arbitrariedad, es difícilmente permisible en un régimen democrático y por ello, el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 120 de la Constitución Española, en relación con el mencionado art. 9-3º y con su concepto sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una resolución fundada y motivada en Derecho, ha venido a establecer la obligación de motivar las Sentencias Penales. En este apartado, trataremos de recoger las Sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se han ido marcando los criterios para establecer la obligatoriedad de dicha actividad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983, de 11 de julio, comienza indicando que el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contemplado en el art. 24 de la Constitución Española, como tal derecho fundamental, abarca:

"... el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de ser motivada, según establece el art. 120-3º de la Constitución..."
añadiendo que:

"... existen supuestos, sin embargo, como cuando se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones, en que, en relación a las mismas, no puede sostenerse que se ha dictado una resolución fundada en Derecho, por lo que se produce la vulneración del derecho fundamental establecido en el art. 24 de la Constitución..."

Manuel Estrella Ruiz

Vemos por tanto, como el Tribunal Constitucional, no sólo indica que las Sentencias han de ser motivadas, sino que además han de ser plenamente motivadas. Se aprecia así, como el Tribunal Constitucional, deriva, la obligación de motivación de las Sentencias, del derecho a la tutela judicial efectiva. Llegamos así a la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1987, de 13 de mayo, donde sin duda se contiene la elaboración más detallada de su doctrina sobre esta exigencia constitucional, advirtiendo:

"... es jurisprudencia reiterada, que la tutela judicial efectiva, que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas y que se encuentre jurídicamente fundada, lo que es aplicable, en principio, tanto a la primera instancia de un proceso como a la segunda, cuando ésta exista. Los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados, en este sentido, con lo que dispone el art. 120 de la Constitución que exige la motivación de las Sentencias."

Esta conexión que el Tribunal Constitucional establece siempre entre los arts. 24 y 120 de la Constitución española, está siempre en relación con el derecho al recurso, y así, continúa diciendo:

"... la Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano... Por otra parte, la motivación de la Sentencia, es una exigencia sin la cual se privaría, en la práctica a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le otorga el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada, es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad... Una verificación de esta naturaleza, sólo es posible si la Sentencia hace referencia a la manera en que deba inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la Sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes."

Como se observa, la Sentencia que analizamos, viene a decir, que el significado de esta obligación, abarca, el derecho del ciudadano a conocer, en el supuesto del proceso penal concreto, las razones por las que resulta condenado o absuelto, lo que exige en la mayoría de los casos, ir más allá, de lo que es una simple cualificación de los hechos declarados probados en una norma jurídica, pues aún así, las razones de la decisión, podrían mantenerse como desconocidas. La Sentencia 56/87, recalca igualmente, que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, comprende, el de obtener una resolución motivada, enlazado con el derecho a impugnarla, pudiendo poner de manifiesto al Tribunal de Instancia superior, cuáles son los motivos por los que entiende que el razonamiento, no ha sido acertado.

Como es fácilmente deducible, el problema de la motivación de las Sentencias en materia de Derecho Penal, cobra una especial relevancia en relación a la denominada prueba indiciaria, observándose, cómo, partiendo del hecho de que nuestro ordenamiento jurídico-procesal penal, se basa en la presunción de inocencia del art. 24-2º de la Constitución Española, la desvirtuación de dicha presunción provisional, se puede llevar a cabo a través de premisas fácticas, de las que se puede inferir con arreglo a la experiencia común, conclusiones certeras para fundamentar la acción típica. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo 1987, indica:

"... que partiendo de hechos antecedentes, se obtienen otros consecuentes, aunque es imprescindible, que, entre los hechos probados y los que se trata de acreditar, haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio, humano..."

Esta construcción, requiere transcribir una motivación especial, dedicándose a significarlo la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre, en la que se puede leer cómo la motivación de la Sentencia en el caso de prueba indiciaria tiene por finalidad:

"... expresar públicamente, no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados

Manuel Estrella Ruiz

hechos, declarados sin mas 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 si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaría, o ante un simple conjunto de sospechas..."

En la Sentencia 175/85 de igual fecha, de forma más sencilla y tajante, se afirma, que el modo por el cual el Tribunal llega al convencimiento de los hechos probados, no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia, para acabar insistiendo en la importancia del tema en relación a ulteriores recursos. De esta forma, el Tribunal Constitucional, pone de relieve, que la obligación de motivar la Sentencia, cumple una función procesal importantísima, a saber, posibilitar su control en vía de recurso, pues si no se hacen constar los cauces por los que se llega a la conclusión final, el órgano superior que conozca en vía de recurso, no podrá comprobar, si el proceso deductivo del Juez *a quo*, es arbitrario, o por el contrario es lógico y racional.

En definitiva, se observa, cómo el Tribunal Constitucional, ha consagrado una exigencia elemental, que no es otra, que la de obligar al Juez, a exteriorizar razonablemente cual es la forma en que ha llegado a concluir que los hechos declarados probados son los que se dicen en su Sentencia, obligación esta que si siempre es exigible, cobra especial relevancia, en sede de pruebas indiciárias.

6.5.2- Alcance de la motivación

Como conclusión al apartado que nos ocupa, resta por determinar cual es el alcance de la obligación impuesta por el art. 120-3º de la Constitución Española o del art. 338 del Código Procesal de Honduras. Partiendo de la base de que la motivación fáctica es ineludible, resulta obvio, que la Sentencia penal no sólo habrá de contener una expresión clara y terminante sobre los hechos y los fundamentos de derecho, sino que habrá de especificar los elementos probatorios que han llevado al Juzgador a concluir su fallo. Ahora bien, teniendo en cuenta la carga de trabajo que suele pesar sobre los órganos jurisdiccionales, es

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

preciso tratar de buscar un punto de equilibrio entre el derecho a obtener una resolución motivada y el derecho a un proceso sin dilaciones, por lo que se puede afirmar, que en la práctica, el alcance de la motivación vendrá influenciado por la gravedad de los hechos y la complejidad de las pruebas practicadas.

El propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 150/1988, de 15 de julio, nos indica que:

"... Esta exigencia no comporta, sin embargo, que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación de Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control..."

En igual sentido se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 264/1988, pero es sin duda en la Sentencia 184/1988, de 13 de octubre, donde con más flexibilidad se define el alcance de la obligación de motivar, al afirmarse:

"... Pero tal necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma impresa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos, puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores ejercer la función revisora que les corresponde..."

Por consiguiente, viene a concluirse que la motivación no está reñida con la economía procesal, siempre y cuando no se ofrezcan dudas sobre la forma en que se llega a la conclusión, sin que sea exigible en la mayoría de los casos al Juzgador, llevar a cabo una extensa argumentación en relación a todas y cada una de las pruebas practicadas, sino que éstas dependerán de la complejidad de las pruebas y gravedad de los hechos, como se anticipó.

Por último, y aunque sea brevemente, es preciso realizar alguna reflexión respecto a los efectos derivados de la ausencia

Manuel Estrella Ruiz

de motivación. En principio, dicho vicio formal, por su entidad, habrá de acarrear la nulidad de la Sentencia en sí, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de su dictado, obligando al Juez *a quo*, a una nueva redacción en la que explicita todos sus argumentos. No obstante, es preciso tener en cuenta, que dicha maniobra puede reportar un perjuicio mayor al ciudadano, y que habrá de ponerse en relación con el derecho a la tutela efectiva excluyente de dilaciones indebidas, y por consiguiente, se puede sugerir, que en aquellos supuestos en que a la luz del contenido del acta del juicio oral y pruebas anticipadas que se encuentren documentadas en autos, sea factible el dictado de una sentencia por parte del Tribunal Superior, éste proceda a conocer el fondo del asunto, especialmente en aquellos supuestos en que su interpretación sea más favorable al reo, que la llevada a cabo por el órgano inferior. En resumen de cuanto venimos afirmando, hemos de insistir en la obligación constitucional de motivación de las resoluciones judiciales y muy especialmente de las sentencias en las que la prueba indiciaría ha sido eje fundamental de la condena. En igual sentido, resulta igualmente trascendente motivar cuantas resoluciones adopten medidas cautelares, pues como reiteradamente hemos expuesto, pueden afectar a la presunción de inocencia, reseñándose para finalizar este apartado el siguiente texto extraído de la sentencia 156/ 1997 del Tribunal Constitucional español:

"El análisis de esta pretensión de amparo debe iniciarse recordando la doctrina de este Tribunal en torno a la fundamentación de la prisión provisional en cuanto es una medida limitativa del derecho fundamental a la libertad personal.

- a) Hemos señalado reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

fundamentales afectados (SSTC 26/1981, 27/1989, 37/ 1989,8/1990, 160/1991,3/1992,28/1993, 12/1994, 160/ 1994,5 0/1995,86/1995,128/1995,3 4/1996,62/1996,15 8/ 1996 ó 170/1996). La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995).

b) La prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 41/ 1982, f. j. 2o) y por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines (STC 128/1995, f. j. 3o, reiterada en la STC 62/1996). Tal fin legítimo se reduce a la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado, y han sido concretados en su eventual sustracción de la acción de la Administración de Justicia la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la posibilidad de reiteración delictiva.

c) Dada la motivación de las resoluciones impugnadas, basadas en la gravedad de los hechos cometidos, debe recordarse que este Tribunal ha puesto especial acento en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la-hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: El

Manuel Estrella Ruiz

momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma ya avanzada la investigación. Citando la doctrina del TEDH(S 27 junio 1968-Asunto Neumeister c. Austria-S 10 noviembre 1969 -Asunto Matznetter-, S 27 agosto 1992 -Asunto Tomasi c. Francia- y 26 enero 1993 -Asunto W. c. Suiza-), hemos reiterado que si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena -como en este supuesto se hizo-, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto -lo que aquí no se hace-. Esta exigencia debe acentuarse aún más en casos como el presente en el que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y aun la existencia inicial de razones concretas que justificaran el riesgo de fuga (SSTC 128/ 1995, f.j. 4º, 62/1996, f. j. 5ºy 66/1997, f. j. 6º)... En esta situación, hemos de concluir de nuevo que no es que la reseñada argumentación de la Audiencia se revele ilógica o arbitraria, sino que resulta insuficiente para mantener en el tiempo, meses después de su adopción, una medida que por su gravedad y por la condición de presunto inocente de su destinatario debe ser sólo utilizada excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionadamente. No se trataba, pues, de expresar la existencia de una abstracta posibilidad de fuga del imputado, ya que como tal es inevitable, sino, acaso al contrario, de enervar, con un razonamiento explicitado y objetiva y, subjetivamente particularizado, la fuerte presunción a favor de su libertad.

De ahí que el mantenimiento de la prisión provisional con base exclusivamente en la gravedad de los hechos investigados, sin referencia alguna a las circunstancias personales del imputado ni del caso concreto, se muestra insuficiente para superar el canon de motivación anteriormente expuesto. Con ello no hacemos un pronunciamiento sobre la procedencia o no en el supuesto y momento concreto de mantener la prisión provisional, sino únicamente sobre la insuficiencia de la motivación de las resoluciones impugnadas que acordaron su mantenimiento.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

Pudieran existir otras razones legítimas que aconsejaran razonablemente el mantenimiento de la medida cautelar impugnada, más lo cierto es que a las mismas no se hace referencia en las resoluciones impugnadas, y por ello procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo en este punto.

A esta conclusión no cabe oponer la escueta referencia a "la alarma social que provoca el delito perseguido" pues la misma, tal como se encuentra formulada, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional. Hemos señalado en otras ocasiones -SSTC 66/1997, f. j. 6o y 98/1997, f. j. 9o- que independientemente del juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, lo cierto es que 'la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y, so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, exige un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad de correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa...'

La carencia de motivación razonable de las resoluciones impugnadas constituye una vulneración del derecho a la libertad personal al hallarse ausente uno de los elementos esenciales del supuesto que habilita para decretar la privación provisional de libertad. Debe reconocerse la vulneración del derecho y anularse la resoluciones impugnadas que autorizaron su limitación."

7. - BIBLIOGRAFÍA

- ALMENAR BELENGUER, Manuel. Las medidas cautelares, en los Comentarios al Código procesal de Honduras. Cooperación Española.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, R Notas sobre la entrada y registro y la intervención telefónica.
- ASENSIO MELLADO, José María. Presunción de inocencia y prueba indiciaría. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia.
- ASENSIO MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid, 1989.
- CAFFERATA NORES, José. La Prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma. Buenos Aries, Argentina.
- CGPJ. Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación.
- C ARMONA RUANO, M. Entrada y registro en domicilios en las doctrinas del Tribunal Supremo y Constitucional.
- CLARIA OLMEDO. Tratado de Derecho Procesal.
- CLEMENTE DURAN, C. Sobre la intervención del Secretariado Judicial en el registro domiciliario. Poder Judicial, núm. 31.
- CLIMENT DURAN, Carlos. La prueba penal. Ed.Tirant lo Blanch.
- CRUZ LÓPEZ, Reinaldo. Obligaciones y contratos en general. Edición 1984.
- D' ALBORA, Francisco. Curso de Derecho Procesal Penal.
- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. Prueba indiciaría en el proceso penal. Código Procesal Comentado de Honduras. Cooperación Española.
- DE LA RUA, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino. Ed.Víctor P. Savalía. Argentina.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

DE LORENZO MARTÍNEZ, L. Diligencia de entrada y registro. La prueba en el proceso penal. CGPJ.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Las pruebas judiciales.

DÍAZ CABÍALE, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. 20, Madrid.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M. I. Escuchas telefónicas: Planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial.

ESTRELLA RUIZ, Manuel. Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.

ESTRELLA RUIZ, Manuel. La motivación de la sentencia penal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.

FIGUERUELO BORRIEZA, A. Tutela judicial efectiva y sistema constitucional de fuentes del Derecho. Revista Poder Judicial, septiembre 1991.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional. Revista Poder Judicial. Número Extraordinario VI, marzo 1989.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. Las reglas del juego, prohibido hacer trampas.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. Principios del proceso y principios del procedimiento. Código Procesal Penal Comentado de Honduras. Cooperación Española.

FERNÁNDEZ ESPINAR, G. El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de aseguramiento e investigación en el proceso penal. Poder Judicial, núm. 32.

FERRER TÁRREGA, C. La entrada y registro domiciliario. La prueba en el proceso penal. CGPJ.

- FONTSARE GIL, A. La entrada y registro en lugar cerrado: Ausencia del Secretario.
- GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ. Derecho Procesal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1989.
- GIMENO SENDRA, V. Las garantías constitucionales en el proceso y el secretariado en el marco del Consejo de Europa. Poder Judicial, núm. 38.
- GIMENO SENDRA, V. Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. La Ley.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. Entrada y registro en el domicilio. La restricción de los derechos fundamentales. CGPJ.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Colex.
- GONZÁLEZ FLORIANO, A. Entrada y registro. Problemática jurídica.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal. Editoriales de Derecho Reunidas.
- IRAGORRI DIEZ, Benjamín. Curso de pruebas penales. Ed. Temis, 1983.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Las escuchas telefónicas y la prueba legalmente obtenida. Akal/Iure.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes. La restricción de los derechos fundamentales. CGPJ, 1993.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. Las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Colex.
- MARTÁN PALLÍN, J. A. Entrega y registro domiciliario. Studia Iuridica.
- MAZA MARTÁN, J. M. Algunos apuntes a propósito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas. La ley.

Valoración de la prueba. Presunción de inocencia

MEDRANO DURAN, J. La diligencia de entrada y registro y garantías constitucionales.

MONTÓN REDONDO, A. Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas. La Ley.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CGPJ.

PALACIOS LUQUE, D. Entradas y registros.

PICAZO BLASCO, F. La diligencia de entrada y registro y las garantías constitucionales.

RIVES SEVA, A. La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales. Actualidad Penal.

RIVESSEVA, A. La prueba en el proceso penal.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. Intervenciones telefónicas. La prueba en el proceso penal. CGPJ.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. Las intervenciones telefónicas: Medio de investigación y fuente de prueba.

RUÍZ MIGUEL, C. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Tecnos.

RUÍZ RUÍZ, J. La intervención del Secretariado Judicial en las entradas y registros.

RUÍZ VADILLO, E. Principios generales: Legalidad, proporcionalidad, etc. La restricción de los derechos fundamentales. CGPJ, 1993.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Motivación de las Sentencias Penales. Revista Poder Judicial. Número Especial XI. Madrid, julio 1989.

SILVA MELERO, V. Presunciones e indicios en el proceso penal. Revista de Legislación y Jurisprudencia.

SOTO NIETO, F. Apertura de paquetes postales Entrega vigilada de drogas. La Ley.

SOTO NIETO, F. Intervenciones telefónicas. Alcance de la exigencia de "motivación". La Ley.

SOTO NIETO, F. La motivación. La proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas. La Ley.

SUBUANA ZUNZUNEGUI,1. Las cuestiones procesales en torno al art. 344 del Código Penal.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal/Tomo 1. Ed. Masrcos Lerner, Córdoba, Argentina.

VELASCO NÚÑEZ, E. Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema. Actualidad Penal.

VELASCO NÚÑEZ,E. Prueba obtenida ilícitamente. Cuadernos del Consejo General del Poder judicial.

VILAR BADÍS, R. Diligencias de entrada y registro en lugar cerrado.

VIVAS USSHER, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal Penal, Tomo II, Ed. Alveroni, 1999.

Este libro se termino de imprimir en los
Talleres Litocom
en el mes de abril de 2001
y su edición consta de 1,0000 ejemplares

TÍTULOS PUBLICADOS

- LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL.
- LOS NUEVOS ROLES DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL
- EL MANEJO DEL JUICIO ORAL
- LOS MEDIOS DE PRUEBA
- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. INDUBIO PRO REO
- LA SENTENCIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL
- LOS RECURSOS.
- LAS MEDIDAS CAUTELARES.
- EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PACTO DE SAN JOSÉ.
- EL JUICIO DE FALTAS.