

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

José Martín Ostos

Catedrático de Derecho procesal

Universidad de Sevilla (España)

I.- CUESTIONES PREVIAS

1. El moderno sistema acusatorio

Existe una coincidencia general en la doctrina científica sobre el hecho de que en los primeros tiempos de la historia el enjuiciamiento penal actuaba a iniciativa de la víctima, lo que se conoce como sistema acusatorio; paulatinamente, esa situación evolucionó hacia una mayor presencia pública, llegando al sistema inquisitivo.

En general, se afirma que el sistema acusatorio se caracteriza por una contienda entre partes, sometida a la decisión de un tercero; esto se ha ido perfeccionando con la incorporación de más principios y garantías, como: diferencia entre el órgano investigador y el juzgador, conocimiento de la acusación, derecho a la defensa, etcétera.

Algunos autores opinan que la columna vertebral del sistema acusatorio es la proscripción de la indefensión. ¿Quiere ello decir que el sistema inquisitivo acepta la indefensión? Sería como afirmar que el sistema inquisitivo pretende evitar la impunidad de conductas delictivas. ¿Significaría que el acusatorio, por el contrario, la favorece? Evidentemente, los dos sistemas han pretendido en la historia evitar tanto la indefensión como la impunidad, lo que no significa que ambos lo hayan logrado con la misma eficacia, debido a que sus puntos de partida son diferentes.

Hoy día tampoco falta quien habla de sistema acusatorio en su versión pura, en contraposición al inquisitivo; sin embargo, en numerosas ocasiones –por no decir en todas– de lo que se trata es de un sistema intermedio, esto es, de lo que se conoce como sistema acusatorio formal o mixto.

Este se presenta como una mezcla o resultado intermedio, que no se corresponde en su totalidad con ninguno de los anteriores, sino que contiene en su seno algunos de los aspectos más representativos de cada uno de ellos. Se produce tras la superación tanto del clásico sistema acusatorio como del posterior inquisitivo, dentro de la evolución constante –aún no terminada– hacia una mejor justicia penal. Al respecto, los diversos ordenamientos jurídicos ofrecen diferentes soluciones.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la adecuada armonía de los principios procesales penales, atendiendo a las circunstancias de cada momento histórico y a las exigencias de la protección de los derechos fundamentales de la persona, ayudará a la búsqueda de un más acertado modelo de justicia penal. De lo contrario, difícilmente se podría explicar en el sistema acusatorio la activa intervención del Ministerio Fiscal, así como las facultades del tribunal en el desarrollo del proceso.

Estimamos, pues, que ha llegado el momento de proceder a una valoración de lo acontecido en la historia de la justicia penal desde una perspectiva integradora y no

excluyente. Para referirnos al actual modelo, hemos de encontrar una denominación propia, distinta de lo que los anteriores sistemas han representado en épocas pasadas; en este sentido, hablar de proceso garantista podría ser la mejor solución.

2. Libertad y autoridad

Ambos valores, que se encuentran presentes en toda organización social y política, han inspirado de modo patente los diversos sistemas de justicia penal.

Puede afirmarse que la primera destaca en el sistema acusatorio, mientras la autoridad caracteriza al inquisitivo.

En la historia, las principales manifestaciones en la organización social del ser humano suelen comenzar con absoluta libertad, para más tarde, tras un proceso de consolidación, ir regulándose adecuadamente (así, el urbanismo, la enseñanza, la sanidad, etcétera).

Obviamente, ni la libertad ni la autoridad inspiran de modo exclusivo ningún sistema de enjuiciamiento penal, sino que ambas se manifiestan, en determinada proporción, en cada uno de ellos. En esa armonía radica el que pueda afirmarse que un sistema está más o menos influido por la una o por la otra.

La libertad de los ciudadanos no debe excluir por completo las manifestaciones de la autoridad en representación de la comunidad organizada. De este modo, en el ámbito de la justicia penal, frente a la proclamación de la libertad de las partes, se contempla una razonable intervención del juzgador.

3. Verdad real y verdad procesal

El sentido común y, lo que es más importante, la debida regulación de la justicia en un Estado de Derecho aconsejan que la verdad real sea la meta a perseguir en el proceso, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones, las partes presentan como tal. La Administración de justicia se establece para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. Carecería de toda lógica, constituyendo un desatino político y jurídico, aspirar *a priori* a la consecución de una verdad formal, a sabiendas de que se encuentra alejada de lo que constituye la realidad de la cuestión planteada.

Ahora bien, dicha verdad real ha de obtenerse por medios y en forma lícitos, que razonablemente han de coincidir con lo que la ley autoriza (por ejemplo, con absoluta prohibición de la tortura). Pero, no toda regulación legal al respecto coincide siempre con las exigencias del proceso con todas las garantías o del debido proceso; basta con asomarse a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos de algunos países.

En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida posible con la realidad del asunto debatido. A ello debe servir la regulación procesal, siempre con escrupuloso respeto a las garantías que, al fin y al cabo, atienden a los derechos fundamentales de la persona.

4. Avance de conclusión

No hay que olvidar que en el Derecho –especialmente, en el Derecho procesal penal– los principios no pueden ser considerados por separado de manera absoluta. Todos ellos están relacionados y, en cierta manera, constituyen una unidad. Tal acontece, igualmente, con los principios que caracterizan los sistemas acusatorio e inquisitivo. Tras los primeros momentos de la historia, han convivido –y seguirán coexistiendo siempre– en los diversos modelos de justicia penal, aunque no siempre en la misma proporción. Hablar, pues, de un sistema procesal penal acusatorio en estado puro, sin una mínima presencia pública, es referirse a una entelequia.

Como se ha afirmado más arriba, libertad y autoridad han de coexistir armónicamente en el proceso penal, siempre en búsqueda de la mejor resolución posible de los conflictos y, para ello, en todo caso ha de perseguirse la verdad real.

En este marco descrito se encuentra la materia probatoria, aspecto fundamental de todo proceso judicial. Obviamente, la mayor parte de los aspectos relativos a la prueba que seguidamente contemplaremos no son exclusivos ni característicos de un determinado sistema procesal. Es cierto que, en teoría, puede afirmarse que algunos se encuentran más próximos a un modelo de justicia penal que a otro, pero, en general, todos ellos pueden presentarse en cualquiera de los sistemas conocidos (por ejemplo, la presunción de inocencia, la proposición de prueba, la prueba ilícita, etcétera).

II.- CONCEPTO DE PRUEBA

El desarrollo de todo proceso judicial se estructura conforme a un planteamiento lógico. En primer lugar, se presentan las peticiones de las partes (alegaciones); después, se intenta demostrar la plena coincidencia entre los hechos alegados y la realidad (periodo probatorio); por último, se concluye sobre la cuestión planteada (lo que culmina con el pronunciamiento definitivo del juzgador). De este modo, en el proceso penal, la prueba es la actividad (normalmente, en la etapa del enjuiciamiento, aquí llamada juicio oral) mediante la cual se persigue lograr la convicción del tribunal sobre unos hechos previamente alegados por las partes.

Como es lógico, existe una diferencia entre la actitud de las partes. Mientras la acusación ha de procurar pruebas de cargo, para obtener el convencimiento del juzgador sobre la vinculación del acusado con el hecho punible imputado, la defensa puede proponer pruebas de descargo e, incluso, adoptar una actitud de simple negativa, cuando no de absoluto silencio (a su favor juega la ausencia de prueba). Decía el Fuero Juzgo: “Que ambas las partes deven dar pruebas en el pleyto” (Libro II, Título II, VI).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de todo acusado a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (artículo 6.3.b), entre las que consideramos incluido el derecho a la prueba. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona a ser oída “con las debidas garantías por un tribunal” (artículo 14. 1); entre dichas garantías, obviamente, se encuentra la posibilidad de proponer y de practicar prueba en su defensa.

Por su parte, más explícitamente, la vigente Constitución española proclama el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2).

La prueba practicada durante el juicio oral es diferente de las diligencias llevadas a cabo en la investigación del delito. Estas persiguen el descubrimiento y conocimiento de las circunstancias del hecho punible, así como de la identidad del autor, sirviendo para la preparación del juicio oral (con la delimitación del objeto procesal y la formulación de las calificaciones), aportando las fuentes de prueba. Sin embargo, la prueba practicada en el juicio oral es la verdadera prueba, pues pretende lograr la convicción del juzgador sobre los hechos alegados. En un caso, se investiga, sirviéndose de las diligencias correspondientes, de las fuentes de prueba; en el otro, se prueba, utilizando al efecto los medios procesales de prueba. Pero, ello no significa que lo obtenido durante la instrucción se circunscriba exclusivamente a la investigación del delito; su resultado también es útil para el enjuiciamiento, aunque, generalmente, necesite una posterior validación (por ejemplo: comparecencia de policías, etcétera).

III.- OBJETO

La prueba ha de versar principalmente sobre los hechos alegados en el proceso, controvertidos por las partes; en consecuencia, se excluyen los de general conocimiento, es decir, los notorios.

En primer lugar, se presentan los hechos constitutivos del objeto del proceso penal, que se compone del hecho histórico tipificado penalmente (el hecho criminal, en palabras de algunos autores) y de la persona a la que se imputa su comisión u omisión. Pues bien, estos hechos, alegados por la acusación, están necesitados de atención probatoria de modo preferente, pues sin la obtención de la convicción judicial sobre su producción decae –hasta convertirse en inexistente– el fundamento (y las posibilidades de prosperar) de la acusación.

También, en su caso, hemos de atender a los hechos alegados por la defensa, que excluyen, dificultan o impiden la convicción judicial sobre la responsabilidad penal del imputado, esto es, que sirven para que esta no sea apreciada por el tribunal, colaborando en consecuencia a un pronunciamiento absolutorio. Igualmente, las circunstancias atenuantes, cuya prueba recae sobre el acusado (*onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat*).

Por último, cabe que la prueba verse sobre máximas de experiencia (llamadas reglas de la sana crítica, etcétera), caso de que se cuestionen las mismas y siempre que se encuentren en estrecha relación con los hechos principales controvertidos.

IV.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA

Juan de Hevia Bolaños, en su *Curia Philipica* (edición de 1790, tercera parte, párrafo XVII, 1), afirmaba que: “Si el Reo... no hay contra él prueba cierta, plena, y clara, como la luz meridiana, en que no haya duda alguna, por ser la persona del hombre la mas noble cosa del mundo”.

Conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (artículo 11.1). En similar sentido se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” (artículo 6. 2). También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 2).

La vigente Constitución española proclama que todos tienen derecho a la presunción de inocencia (artículo 24. 2).

Las partes acusadoras, con la práctica de sus medios de prueba propuestos, perseguirán la convicción del Tribunal en orden a la condena del acusado, mientras que la defensa buscará la declaración de su inocencia. No parece razonable que un acusador, o la propia defensa, proponga un medio de prueba del que a priori se presume que se pueden desprender unos resultados desfavorables para su pretensión.

Aunque cada parte puede instar la práctica de prueba tendente a la consecución de sus objetivos, el acusado parte de una posición de inocencia que no debe desconocerse. Es lo que se conoce como la presunción de inocencia. El acusado goza de la garantía constitucional de su inocencia, situación que habrá de destruirse con la práctica de las pruebas de las acusaciones. El acusado no tiene que demostrar su inocencia, lo que en muchos casos sería verdaderamente difícil, si no imposible, y que constituiría un atentado contra la concepción racional del proceso, por lo que en ese caso se habla de prueba diabólica; por el contrario, son los acusadores que mantienen la solicitud de condena los que deben demostrar la responsabilidad del acusado. La falta de prueba, pues, conduce a la absolución del acusado, que no está obligado a probar.

Ahora bien, esa prueba que destruya la presunción de inocencia del acusado, además de inculpar (de cargo, pues, si no inculpa, puede favorecer lo contrario), debe ser suficiente (esto es, no basta un solo indicio), legal (con escrupuloso respeto a la norma) y lícita (obtenida, también, con respeto a los derechos fundamentales), pues sirve para comprobar el hecho punible y la participación en el mismo del acusado.

Por supuesto, frente a la prueba de unos hechos esencialmente de incriminación por parte de las acusaciones, la defensa puede objetar y probar otros de signo contrario (de carácter impositivo o extintivo). Porque una cosa es exonerar al acusado de la obligación de probar y otra, bien distinta, es impedirle la prueba. A tal efecto, podrá intentar la prueba de cualquier hecho que modifique la responsabilidad penal (eximentes y atenuantes), ya que la carga de la prueba incumbe a quien afirma.

La lógica exige que la prueba –sin distinción, pues la tutela judicial efectiva afecta tanto a la acusación como a la defensa– ha de practicarse en presencia de un tribunal adornado de todas las garantías exigidas actualmente en un Estado de Derecho, es decir, predeterminado por ley, independiente e imparcial. No se trata, pues, de una mera actividad probatoria llevada a cabo durante la etapa oral, sin control alguno, sino de una prueba practicada conforme a las exigencias de un proceso con todas las garantías; en consecuencia, en juicio oral, con inmediatez, contradicción, publicidad e igualdad de las partes.

Si con la prueba se destruye la presunción de inocencia del acusado, es posible su condena judicial; caso contrario, procede inexorablemente la absolución o declaración de inocencia. Inocencia de la que se partía inicialmente y que, si no ha resultado afectada por la práctica de los medios de prueba de las acusaciones, se mantiene inalterable, por lo que judicialmente solo resta proclamarla.

En el actual momento cultural no son admisibles situaciones de incertidumbre procesal. El juicio oral terminará con un pronunciamiento judicial condenatorio o absolutorio; en ningún caso procede la llamada absolución en la instancia, antigua figura en virtud de la cual el proceso se podía reabrir tan pronto como se dispusiera de nuevos elementos probatorios. La concepción de nuestro proceso penal no admite esta salida carente de racionalidad y que somete al acusado a un latente estado de inseguridad.

La presunción de inocencia consagra el derecho de toda persona a ser declarada inocente mientras no se destruya dicha presunción; es decir, si se carece de prueba de cargo para destruirla, si existe vacío probatorio, hay que proclamar la absolución del acusado; caso contrario, una hipotética sentencia condenatoria sería revocable en un posterior recurso.

Sin embargo, el principio *in dubio pro reo* reconoce la existencia de prueba (de cargo y de descargo, en su caso), aunque admitiendo que no es suficiente para obtener el convencimiento del juzgador en torno a la culpabilidad del acusado; se albergan dudas y, por tanto, se absuelve. En ningún caso puede ser entendido como un derecho del acusado a que el tribunal dude, sino a que, si este duda, ha de absolver.

Hace tiempo se afirmaba que el principio *in dubio pro reo* no se podía alegar en un recurso. Sin embargo, hoy cabe considerarlo dentro de la presunción de inocencia, pudiendo invocarse en casación si resulta acreditado que el tribunal condenó a pesar de su duda. Pero, no procede invocarlo para exigir al tribunal que dude, sino que solo es posible su invocación cuando el tribunal ha planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los ha resuelto en contra del acusado (así, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de noviembre de 2009 y de 28 de septiembre de 2010).

El ciudadano goza de la presunción de inocencia desde antes del juicio oral (incluso, desde antes del inicio del proceso penal), con el máximo reconocimiento legal; por su parte, la declaración judicial de *in dubio pro reo* se produce después del juicio oral. Este principio solamente procede cuando se ha practicado prueba y la misma no ha sido suficiente para destruir la presunción de inocencia; caso contrario (es decir, en ausencia de duda), no tiene lugar la aplicación del citado principio.

V.- VALORACIÓN

La española Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos acusados, dictará sentencia (artículo 741). En otros preceptos del mismo cuerpo legal se alude expresamente a la valoración de alguna prueba “según las reglas del criterio racional” (artículo 717 LECRIM); a estas últimas, la doctrina las llama, también: máximas de experiencia, sana crítica, etcétera.

Es decir, el vigente proceso criminal español, en coincidencia con lo dispuesto en otros ordenamientos, no establece la valoración legal o tasada de la prueba, a diferencia de lo acontecido en épocas históricas pasadas. Ahora bien, esto no implica libertad absoluta del juzgador a la hora de sentenciar, que podría convertirse en arbitrariedad, si sentenciara en dirección contraria a lo que aconseja el resultado de la práctica de las pruebas. El contenido preceptivo de la sentencia, junto a la necesidad de motivación de la misma (artículo 120.3 CE), establece unos requisitos de obligado cumplimiento por parte del tribunal sentenciador. Por tanto, además de recoger los hechos probados en la sentencia, el tribunal ha de explicar el razonamiento que le ha conducido al fallo. El juzgador no está vinculado por prueba alguna (por ejemplo, el número de los testigos o el prestigio de los peritos), aunque sí ha de explicar la razón por la que valora la práctica de un medio probatorio en un determinado sentido.

El tribunal ha de valorar los medios de prueba practicados en el proceso, bien en el juicio oral, que es lo más frecuente, bien como prueba anticipada. No puede aportar conocimientos privados sobre un hecho, porque eso no significa prueba de lo alegado por las partes, y tampoco puede valorar unas pruebas obtenidas de modo ilícito.

En caso de duda sobre la valoración de la prueba (existente, pero confusa), como se ha expuesto, hay que optar por el principio *in dubio pro reo*.

Lo afirmado coincide con lo regulado en numerosos textos procesales penales, en los que se apuesta por la libertad en la valoración de la prueba en vez de por la encorsetada tasación legal de la misma. Podría afirmarse que lo primero corresponde a un sistema construido sobre la libertad (el acusatorio), en contraste con el fundamentado excesivamente sobre la autoridad (el inquisitivo). Sin embargo, obsérvese que, en este aspecto, en el primero se está concediendo al tribunal un amplio margen de maniobra y decisión, mientras que en el segundo el órgano judicial se encuentra bastante constreñido, lo que no deja de resultar paradójico, en cierta manera, por obedecer en teoría ambas soluciones a diferentes principios. Todo ello viene a reforzar, una vez más, la tesis de que en el sistema acusatorio no todo es exclusivamente libertad de las partes, frente al sistema inquisitivo en el que la discrecionalidad máxima corresponde al tribunal. Por el contrario, manifestaciones de ambos son admisibles en una moderna concepción del primero.

Tampoco se proclama hoy la relación inexorable entre libre valoración de la prueba y proceso en única instancia. Las exigencias de los Instrumentos Internacionales hacen inviable dicho planteamiento. La cuestión estriba en facilitar el segundo juicio (por ejemplo: facilitando la grabación del juicio oral celebrado en la primera instancia), para economizar esfuerzos. La apelación es un nuevo juicio, por lo que el segundo tribunal asume plenamente el conocimiento del asunto, tal como hizo con anterioridad el órgano judicial de primera instancia.

El derecho a un proceso con todas las garantías exige que en la apelación también se respeten el debate público y la contradicción, con presencia directa e inmediata del tribunal durante la actividad probatoria (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional español 164/2007, de 2 de julio, y 60/2008, de 26 de mayo). La nueva valoración de una prueba documental no hace imprescindible un nuevo juicio con las exigencias mencionadas, pero sí ha de ser oído quien resultó absuelto en la primera instancia (cuyo testimonio no debe ser sustituido por la grabación en soporte audiovisual).

VI.- PROCEDIMIENTO PROBATORIO

La práctica de una prueba en el proceso exige su previa proposición y admisión, para, además de comprobar que se ajusta a la ley, prever el momento de aquella. El mecanismo racional en que consiste el proceso, con el desarrollo de cada una de sus etapas, obliga a la regulación de los citados pasos para evitar el desorden procedimental.

1. Proposición

En general, en la práctica del foro, la propuesta de prueba se produce más a instancia de la acusación. Son los acusadores quienes, para demostrar la verdad de los hechos alegados por ellos, proponen la práctica de unas pruebas que conduzcan al convencimiento psicológico del juzgador de que lo afirmado es cierto. También, el mismo derecho le está reconocido a la defensa. Dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, ha de comprenderse el derecho a la prueba, pues difícilmente podría proclamarse lo primero de un modo eficaz si no se completa con la prueba.

Aunque reconocido el principio de igualdad en el proceso, resulta evidente que, debido a la carga de la prueba, la principal iniciativa en esta etapa corresponde a la acusación. Como se expuso con anterioridad, la defensa podría incluso adoptar una pasividad absoluta, amparada en su presunción de inocencia, que habrán de destruir los acusadores con sus aportaciones probatorias.

Lo razonable es que, en un proceso de cierta complejidad (esto es, no por infracciones leves), las partes propongan la prueba por escrito con la suficiente antelación antes del inicio del juicio oral. De ese modo se facilita que cada una de ellas sea conocedora, respectivamente, de los medios probatorios de los que pretende servirse la contraria, con la consiguiente preparación de su estrategia.

Sin embargo, a nuestro juicio, nada impide que, en determinados supuestos, el legislador contemple la posibilidad de la proposición de prueba al inicio del propio juicio oral, tanto por las partes, como de oficio, si el tribunal lo estima necesario: por afectar a un importante hecho debatido, a un hecho nuevo surgido de imprevisto, a la credibilidad de un testigo, a la conveniencia de un careo, al cambio de calificación jurídica del hecho imputado, etcétera. Negar la admisión de dicha posibilidad implicaría una concepción excesivamente formalista del proceso.

2. Admisión

El Tribunal, examinadas las pruebas propuestas por las partes, admitirá las que considere pertinentes, rechazando las demás.

Si bien la propuesta corresponde, en general, a las partes (clara manifestación del sistema acusatorio), su admisión es facultad del órgano judicial. La mera proposición por las partes de determinadas pruebas no implica que se produzca su aceptación de modo automático.

Como declara el Tribunal Supremo español, “el derecho a la prueba no es derecho

absoluto o incondicionado,... no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aun siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final” (Sala de lo Penal, sentencia de siete de julio de dos mil diez).

La previsión legal en orden al uso de recurso por las partes será diferente en función de la admisión o no de la propuesta de prueba. Solamente en el segundo caso deberá contemplarse, mediante previa protesta formal, una ulterior impugnación, por afectar el rechazo de la petición probatoria al derecho a la tutela judicial efectiva; este recurso, igualmente, debería contemplarse para el supuesto de que la prueba acordada de oficio alterase sustancialmente la debida imparcialidad del juzgador.

3. Práctica

Como regla general, se llevará a cabo durante las sesiones del juicio oral, realizándose en presencia del tribunal juzgador, que previamente las ha admitido por considerarlas necesarias. Así lo exige el derecho de defensa y el principio de inmediación. A veces, a pesar de dicha práctica, no se logra la finalidad perseguida, sino que el resultado obtenido difiere por completo de lo pretendido. Hay que partir de que toda práctica de prueba implica una incertidumbre, no una certeza. De ahí deriva su trascendencia procesal.

Para los partidarios acérrimos del sistema acusatorio, no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. Sin embargo, como veremos más adelante, algunos ordenamientos jurídicos admiten la prueba de oficio en ciertos supuestos.

La práctica de las pruebas comenzará por la que hubiera ofrecido el Ministerio Público, continuando con la propuesta por los demás actores (en función de que se admitan o no posibles acusadores particular y/o popular en cada ordenamiento procesal) y, por último, con la de los acusados. Este orden obedece al funcionamiento lógico del mecanismo procesal. Para defenderse de una acusación, hay que conocerla previamente, por lo que resulta razonable que se reconozca a la acusación el tener la iniciativa a lo largo del proceso, con una posición prioritaria (que no de primacía).

Igualmente, las pruebas de cada parte se practicarán según el orden en el que hayan sido propuestas. Sin embargo, el Presidente podrá alterar este orden, de oficio o a instancia de parte, cuando lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

En la práctica de la prueba habrán de respetarse los principios de igualdad, inmediación, concentración y contradicción, como garantía tanto de la proximidad del juzgador con las partes y con las pruebas, como de la participación de las partes en aquella.

Además, debe reconocerse a cada una de las partes el derecho a utilizar las pruebas propuestas por la contraria que hayan sido admitidas, con objeto de evitar maniobras fraudulentas de renuncia a alguna prueba en el último momento.

En resumen, en la práctica de la prueba, se observa una armonía de ambos sistemas procesales, sin la preponderancia excluyente y absoluta de uno sobre otro. La finalidad perseguida en el proceso explica, junto al predominio evidente del modelo acusatorio durante la etapa del juicio oral, la presencia también de algunas manifestaciones de la autoridad judicial.

VII.- LA PRUEBA DE OFICIO

En la actualidad, se plantea una viva polémica entre los partidarios de la prueba de oficio y los detractores de la misma. Ello alcanza, incluso, al proceso civil, en el que, como es sabido, en numerosos ordenamientos jurídicos (entre ellos, en los de influencia hispana) están permitidas las diligencias para mejor proveer (hoy día, en España, desafortunadamente denominadas “diligencias finales”).

Por lo que se refiere al proceso penal hoy, en que el sistema acusatorio se extiende de modo predominante, numerosos autores consideran la prueba de oficio como una manifestación del sistema contrario, el inquisitivo. Se parte de la base de que es a las partes a quienes corresponde en exclusividad la aportación de los hechos y de las pruebas en el proceso, debiéndose limitar el tribunal a dirigir este, velando por el respeto a la ley y por el dictado de la resolución última, sin que quepa admitir que se inmiscuya en un terreno propio de aquellas. La prohibición, pues, de la prueba de oficio se presenta como una exigencia del acusatorio. Se tiende a equiparar el proceso penal con el civil, revistiéndolo de un carácter dispositivo; es decir, completamente en manos de las partes, aunque una de ellas sea de naturaleza pública.

El diseño adversarial –lucha entre adversarios– del proceso anglosajón, tanto civil como penal, conduce a que solo las partes aportan pruebas, pues se concibe como un proceso de estas en el que el juzgador debe adoptar una actitud neutral. No se busca la verdad objetiva, sino la que deriva de las aportaciones de aquellas. Por ello, se considera que la prueba de oficio atenta contra el principio acusatorio, al mismo tiempo que contra la imparcialidad y la prohibición de indefensión.

Sin embargo, la cuestión no es completamente pacífica. En efecto, para otro sector de la doctrina, en ocasiones, puede resultar conveniente –incluso, necesario– el acuerdo de que se practique de oficio una prueba; naturalmente siempre que no se aporten de oficio hechos nuevos al proceso, sino que la misma se produzca sobre el material fáctico alegado por las partes, del cual el tribunal tiene conocimiento.

Según estos autores, la prueba de oficio ha de perseguir la verificación de las alegaciones de las partes; no se trata de aportar hechos, sino de comprobar la prueba de los alegados. De este modo, la prueba aportada es neutral (ni de cargo, ni de descargo), siendo, además, lógicamente susceptible de contradicción.

Menos discutibles resultan las preguntas efectuadas por el tribunal al acusado y a los testigos durante la vista oral. Al versar sobre los hechos debatidos, persiguen obtener la convicción judicial. No se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías; por el contrario, sirve a este. Tampoco es actividad inquisitiva, ni sustituye a la acusación, a la que se permite alegar al respecto (STS de 18 de diciembre de 2003).

Además, alegar la debida igualdad de las partes no siempre es acertado. Acusadores y acusados pueden estar en posición desigual, en función de los distintos medios que tienen, especialmente cuando quien ejercita la acción es un organismo público, como el Ministerio Fiscal, “dotado de una estructura de actuación superior a la de la defensa, aunque solo sea por el conocimiento derivado de la habitualidad en el ejercicio de la acción” y la relación funcional con los órganos de persecución delictiva (así, Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994, p. 101).

Ésta es la línea seguida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, al contemplar la posibilidad de que el órgano judicial acuerde de oficio los careos entre testigos, entre acusados, y de los unos con los otros; también, y ello es más importante, se admite la práctica de “diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”, que, como sabemos, además de corresponder a las partes, son los que delimitan el objeto del proceso penal (artículo 729.2º LECRIM). Se habla de prueba sobre la prueba, es decir, no de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso.

El Tribunal Supremo español declara que este precepto *per se* no lesiona el derecho al juez imparcial y al principio acusatorio, aunque caben supuestos de abuso; hay, pues, que examinar cada caso concreto (sentencia de 31 de diciembre de 2001),

Cuestión de interés, relacionada con lo expuesto, es la siguiente: ¿puede el tribunal apreciar de oficio las circunstancias atenuantes que estime probadas, sin alegación de parte? La investigación de la verdad material, declara el citado tribunal (sentencias de 12 de julio de 1997 y de 25 de noviembre de 2004), obliga al órgano juzgador a enterarse de los hechos con fidelidad histórica, no pudiendo quedar a la voluntad de las partes la solución del proceso. La función punitiva del Estado solo debe proceder contra el verdadero autor del delito, no pudiéndose condenar a un acusado considerado inocente, aunque este no haya sido defendido adecuadamente (o si existe alguna atenuante, aunque no haya sido alegada por la defensa). Mantener otra tesis conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana, obligando al tribunal a condenar a un inocente que no alegó un dato, o a condenar más gravemente a una persona debido a que su abogado no actuó con la debida diligencia.

VIII.- PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA ANTICIPADA

En general, el momento procesal previsto para la práctica de la prueba es durante la sesión del juicio oral, pues en él se produce el enjuiciamiento. Pero, cabe que se produzcan situaciones en las que no sea posible la práctica o la repetición de una prueba con eficacia (por ejemplo: testigo en peligro inminente de muerte, diligencia de alcoholemia, autopsia, ...). A tal efecto, la ley contempla la posibilidad de la práctica de la prueba en un momento anterior al del juicio oral. Dos son las modalidades: la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

1. Prueba preconstituida

Se pretende proteger y conservar las fuentes de prueba. Esta labor la puede realizar tanto la autoridad judicial, como el Fiscal o la policía. Téngase presente que esta diligencia puede servir más adelante en el juicio oral, como prueba de incriminación o cargo, por lo que es importante la garantía en su práctica y en su conservación.

Se puede practicar una diligencia de investigación sin que se produzca o, tan siquiera se permita, la contradicción, por la idiosincrasia de la diligencia (por ejemplo: inspección ocular del órgano instructor, realizada incluso antes de que haya un imputado en la causa).

Si es posible, se facilitará la contradicción de las partes, sin discriminación, pues, también, la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Si no pudiera ser así, en todo caso la diligencia servirá como de investigación para la instrucción y, posteriormente, para su aportación documental en el juicio (por ejemplo: acta de la inspección ocular) o su ratificación en el mismo (por ejemplo: policías que intervinieron en la diligencia de alcoholemia o en una rueda de reconocimiento).

Su práctica no se produce ante el tribunal juzgador, con lo cual la intermediación desaparece al menos en su sentido espacio-temporal, quedando reducida más tarde a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces, se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible; así, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil nueve.

Aquí adquiere especial importancia el valor de las diligencias practicadas durante la investigación de un delito y que, en muchos ordenamientos jurídicos, no son realizadas en presencia judicial.

Se dice que estos actos no son pruebas exactamente y que, además, no nacen con esa finalidad, sino con la de preparar el posterior juicio oral, en el que se practicarán las verdaderas pruebas. Sin embargo, su importancia crece cada día más. Aun admitiendo la naturaleza de estas diligencias, tendentes a la investigación del delito, tampoco puede desdeñarse su valor a la hora del enjuiciamiento definitivo del asunto. El auge actual de los medios tecnológicos, la naturaleza de determinados delitos, etcétera, explican la creciente relevancia de las diligencias practicadas durante la etapa de investigación (piénsese, por ejemplo, en la alcoholemia, o en la detección de contrabando fronterizo).

En consecuencia, hay que atender a dos diferentes situaciones:

A) Si dichas diligencias pueden ser reproducidas, más tarde, en el juicio oral, o ratificadas (por ejemplo: la diligencia de alcoholemia o la autopsia, por comparecencia de testigos o de peritos). Se convierten entonces en un medio ordinario de prueba, sometido a contradicción.

El problema se plantea cuando se produce contradicción entre lo declarado durante la etapa de investigación y lo manifestado en la actividad probatoria del juicio

oral (por ejemplo: la confesión del acusado). En este sentido, se presentan, a su vez, dos opciones: a) atender al resto de medios de prueba, lo que puede reducir el problema a su mínima expresión; b) indagar en la causa de la discrepancia.

Estimamos que, ante versiones contradictorias del propio acusado, o de los testigos y peritos, el tribunal debe interrogarlos, leyéndoles sus manifestaciones anteriores, pudiendo fundamentar su pronunciamiento en aquella que goce de mayor credibilidad. El nuevo relato manifestado en el juicio oral ha de ser, al menos, tan coherente y lógico como el primero, explicando todos los aspectos y matices discordantes; es decir, no basta con una mera referencia a que el declarante fue objeto de coacción o de amenaza durante la etapa de investigación, a que no recuerda con exactitud lo acaecido, a que no puede explicar algunos extremos de su anterior declaración, etcétera. El tribunal podría, incluso, fundamentar su posible condena en lo practicado durante la investigación. Lo contrario conduciría a una situación insólita, en la que la mera negativa de lo anteriormente practicado conduciría a la segura absolución, a pesar de la evidencia de todo lo instruido.

Pero, a nadie se le escapa, que, en ocasiones, solamente se dispone de la declaración del propio acusado, del coimputado o del testigo. Si este cambia por completo su versión anterior, no resulta admisible el pronunciamiento de culpabilidad y habría que proceder al dictado de la absolución.

B) Sin embargo, en el juicio oral no siempre es posible la reproducción de lo practicado durante la investigación del delito, en cuya fase no siempre se ha gozado de intervención judicial ni contradicción de las partes. Entonces, nos enfrentamos a diferentes supuestos.

En primer lugar, se presenta el caso de las diligencias practicadas por agentes de la autoridad (por ejemplo: alcoholemia, drogas en aduanas...) y que no son reproducibles, por su propia naturaleza, en un momento posterior. Habrá que acudir a la presencia de los agentes en cuestión, para que, en el juicio oral, ratifiquen su anterior declaración. Caso de incomparecencia justificada, por fallecimiento u otra causa grave, habrá que valorar la documentación obrante en las actuaciones.

Lo mismo puede predicarse de la incomparecencia del testigo, o del coimputado; bastará con lo previamente actuado, que, igualmente, habrá que leer en la sesión oral y que, obviamente, admite prueba en contra.

Otra cuestión digna de atención la constituye el valor atribuido a las actuaciones practicadas por la policía o por el Ministerio Fiscal. Dependerá de lo que se establezca en cada ordenamiento jurídico, pero, a priori, tienen el valor de actos realizados por la autoridad, generalmente sin contradicción de partes ni presencia judicial. Habrá que estar a la lectura de la documentación, con la posibilidad en todo caso de contradicción por las partes. En este sentido, el atestado policial solamente constituye una denuncia.

También, hay que atender a la presunción de veracidad que, en algunos ordenamientos jurídicos, se concede a lo practicado por los agentes de la autoridad en determinados supuestos (por ejemplo, en materia de seguridad vial), con admisión de prueba en contra. En ciertos delitos, como la alcoholemia o la velocidad excesiva, se constata la infracción con modernos medios técnicos; en otros, como la circulación

temeraria, con peligro para personas y bienes, solo se dispone del testimonio del agente de circulación o tránsito en activo; naturalmente, también se admite la prueba en contra.

Por último, en cuanto al dictamen de peritos de imposible reproducción, incluso de imposible comparecencia posterior, habrá que acudir al prestado en su momento, con contradicción si fuera posible. Resulta de interés distinguir los peritajes realizados por organismos oficiales, especializados en la materia y con absoluto respeto a la cadena de custodia, como el gabinete de balística de cuerpos policiales, o los informes emitidos por corporaciones académicas y únicas en el país. En estos casos, no parece razonable discutir su veracidad.

2. Prueba anticipada

Ha de celebrarse necesariamente en presencia de la autoridad judicial, con todas las garantías. No puede producirse, pues, solamente ante el Ministerio Fiscal o, menos aún, ante la policía. Por el contrario, ha de gozar de todas las exigencias legales correspondientes a cualquier diligencia de prueba practicada durante el juicio oral, aunque se practique antes. En todo caso, su práctica debe llevarse a cabo ante el tribunal sentenciador, por lo que ha de tratarse de una de las pruebas propuestas en los escritos de calificación de las partes.

Cabe la posibilidad de que los miembros que conformaron el tribunal en el momento de la práctica anticipada de la prueba no coincidan en su totalidad con los que, finalmente, formen parte del mismo (jubilación, traslado, fallecimiento...). Ello no afecta a la valoración de la prueba, pues el órgano judicial es el mismo.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de que, en el proceso ordinario por delitos graves, cuando las partes proponen los medios de prueba en los escritos de calificación, puedan pedir además que se practiquen desde ese momento aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión (artículo 657). Esa práctica anticipada de la prueba ha de rodearse de todas las garantías de la prueba practicada durante la sesión oral ordinaria del juicio, por lo que, igualmente, le son aplicables todos los principios inspiradores de esta etapa procesal: igualdad, inmediación, concentración y contradicción.

Es una modalidad aconsejable en el supuesto del menor de edad, para evitar la repetición de testimonios con la consecuente repercusión en el normal desarrollo psicológico del afectado. Sobre ello, será conveniente la previa consulta de especialistas.

IX.- LA PRUEBA ILÍCITA

El tribunal ha de resolver conforme a las pruebas practicadas en el proceso que, lógicamente, se han de ajustar a la ley. No resultaría razonable que el pronunciamiento judicial definitivo en un proceso penal estuviera fundamentado en el resultado de la práctica de unos medios probatorios que en sí no se ha ajustado a lo prescrito por la ley (como un registro de morada o la intervención telefónica ordenadas con manifiesto error en el correspondiente

mandamiento judicial). Entonces nos encontramos ante la prueba ilegal, o irregular, que se produce cuando el medio de prueba no se ajusta a las exigencias legales, produciendo un acto judicial nulo que no implica la nulidad de los actos sucesivos que fueren independientes de aquel, ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. En su práctica u obtención se han vulnerado normas de rango ordinario.

En un derecho absoluto (como la vida) no se admite restricción alguna, mientras que en uno relativo (por ejemplo: el secreto de la correspondencia,...), en función de lo establecido en cada ordenamiento jurídico, es posible contemplar su limitación; lógicamente, salvo supuestos excepcionales de calamidad pública, etcétera, siempre por orden judicial, dada la importancia del bien protegido.

Ahora bien, cosa distinta es la obtenida con violación de los derechos o libertades fundamentales, aun manteniendo la aparente legalidad. Es la prueba ilícita.

A tal efecto, en España se dispone que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales (artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es lo que se llama prueba prohibida, en virtud de la cual en un proceso penal no se podrán alegar por las partes, ni valorar por el Tribunal, los resultados probatorios derivados de una actuación ilícita (por ejemplo: entrada y registro realizada por quien no tiene competencia para ello, tortura sobre el testigo, etcétera). En ese caso hablamos de prueba prohibida, o de los frutos del árbol envenenado. Se prohíbe tanto la prueba obtenida con violación directa de un derecho fundamental como las que, obtenidas lícitamente, deriven de la primera.

En efecto, una prueba ilícita no debe gozar de validez procesal. Denunciada por cualquiera de las partes (¿o apreciada de oficio?), el tribunal, oídas las partes, decidirá lo pertinente en orden a su admisión, quedando, lógicamente, abierta la puerta al posible planteamiento de un recurso. Pero, no siempre se conoce su ilicitud desde un principio. Parece razonable, pues, que antes del juicio oral (incluso, a su principio), se habilite un trámite procesal para que las partes puedan denunciar la ilicitud de un medio de prueba aportado al proceso. También, podrían hacerlo en el propio juicio oral. Pero ¿y si ninguna parte denuncia la ilicitud de dicha prueba? ¿Puede el tribunal apreciar de oficio su ilicitud? De nuevo planteamos posibles facultades probatorias del juzgador en el proceso penal de corte acusatorio. ¿Hay que exigir la actividad expresa de las partes, columna fundamental del proceso penal acusatorio, o, en su defecto (o, además), cabe admitir la intervención de oficio del órgano judicial enjuiciador?

También, puede plantearse el caso de obtención de un resultado inesperado a través de la práctica de un medio de prueba ilícito (por ejemplo: se viola un domicilio particular y se descubre en su interior la existencia de drogas, armas, cadáveres con muestras evidentes de muerte violenta, etcétera). En ese caso, la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio resulta evidente; en consecuencia, habrá que proceder penalmente contra sus autores (especialmente, si son miembros de cuerpos de seguridad del Estado). Pero, ello no puede conducirnos inexorablemente

a silenciar el resultado obtenido. La *notitia criminis* ha llegado a los órganos estatales (policía y tribunales) y se habrá de proceder de oficio, no pudiéndose obviar dicho conocimiento, aunque el mismo se haya obtenido de un modo ilícito. En este sentido, en la actualidad no falta quien destaca como, frente a la opinión inicial de que resulta inadmisibles todo lo obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos ilícitos, se ha ido otorgando eficacia a la fuente de prueba siempre que concurren determinados requisitos.

Conforme a la teoría directa, solamente se prohíbe la valoración de la prueba en la que se violó un derecho fundamental. Por el contrario, según la teoría indirecta, o refleja, se extienden los efectos a todas las pruebas derivadas de aquella en la que se violó un derecho fundamental.

Es decir, existe preocupación por la posible producción de situaciones de abuso, casos de flagrante impunidad, en contraste con la aspiración a obtener la verdad real. A tal efecto, hay que distinguir entre pruebas obtenidas con violación directa de derechos fundamentales y otras que se han obtenido dentro de estas, pero que no deben necesariamente resultar contaminadas (por ejemplo: una intervención telefónica ilícita contamina el posterior registro de un domicilio, pero no la declaración del acusado reconociendo los hechos). A veces una prueba realizada con garantías procesales es autónoma y no debe resultar afectada de nulidad por su conexión con otras (así, se puede declarar nulo el registro, pero no la declaración del acusado prestada más tarde en el juicio oral, totalmente desvinculada de la instrucción, que no es lo mismo que si se presta a continuación inmediata de la práctica de la ilícita; también, cabe que, antes de la intervención telefónica nula, el acusado ya estuviera siendo investigado).

En este sentido, no faltan opiniones doctrinales y resoluciones jurisprudenciales que justifican excepciones a la exclusión de la prueba ilícita; así: cuando la relación entre la prueba prohibida y la derivada sea tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; cuando la derivada tenga un origen de fuente independiente de la prohibida; y, sobre todo, cuando la derivada se hubiera obtenido con un procedimiento lícito, es decir, el resultado fuera inevitable. Por lo que respecta al Tribunal Supremo español, entre otras, ver sentencias de: 28 de enero de 2002, 29 de noviembre de 2002, 30 de abril de 2007, 19 de junio de 2008 y 10 de diciembre de 2010.

No obstante, hay que reconocer que la legislación y la doctrina todavía no han respondido acertadamente a las exigencias de la práctica del foro y del sentido común. Por ello, se insiste en procurar la subsanación de los actos en la prueba ilegal y en la importancia de establecer unos límites o fronteras en la prueba ilícita, con una aplicación restrictiva para evitar abusos.

X.- LOS MEDIOS DE PRUEBA

Los textos legales procesales penales acostumbran a dedicar escasa atención a los medios de prueba durante la celebración del juicio oral. La razón radica en que suelen hacerlo con detenimiento al abordarlos antes como diligencias de investigación.

1. El interrogatorio del acusado

1.1. Aspectos generales

De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, ... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (artículo 10). En similar sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella” (artículo 6.1). También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1). Lógicamente, ninguna persona puede ser sometida a tortura (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8).

En España, la vigente Constitución proclama el derecho de toda persona a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (artículo 24. 2 in fine).

Aunque al acusado ya se le tomó declaración durante la etapa de investigación, en su calidad de imputado, ahora se hace en relación con los hechos a debatir en el juicio oral. La diferencia es evidente.

Si el acusado no manifiesta su conformidad con los hechos de los que se le acusa y con la pena que contra él se solicita (lo que producirá el fin del juicio oral y, en consecuencia, el dictado de la sentencia de condena), se pasará a su interrogatorio.

En la práctica judicial, suele ser la primera diligencia en llevarse a cabo. Aunque la doctrina destaca su carácter de medio de defensa del acusado, en realidad se ha convertido en un interrogatorio directo del mismo, en el que, lógicamente, puede hacer uso de todas las posibilidades que le permita la ley.

La confesión de un delito por parte de una o de varias personas (la autoinculpación, utilizada en ocasiones, incluso antes de ser imputado), no significa que ya quede aclarado el presunto delito investigado, o de que este realmente se haya producido; ha de exigirse la concurrencia de otras pruebas o, al menos, de unos indicios coincidentes con la citada confesión. Admitir lo contrario significaría que se podría condenar a una persona inocente, que actuara impulsada por diversas motivaciones (por ejemplo: a cambio de dinero, para proteger a un tercero...).

En cuanto a la declaración del coacusado en un juicio oral, estimamos que declara como testigo respecto a otro u otros acusados y como tal habrá de valorarse su testimonio; lógicamente, el tribunal habrá de tener en cuenta las circunstancias y las posibles consecuencias de su declaración, pues como imputado tiene derecho a no declarar. Se trata de una declaración de difícil valoración, en la que habrá de tenerse en cuenta diversos factores: interés en el asunto, animadversión contra otro acusado, no contradicción con lo declarado en la investigación, versión inalterable y creíble, etcétera. En cada caso, el tribunal deberá apreciar las circunstancias, procurando, en la medida de lo posible, armonizar su valoración con otros indicios indubitados.

1.2. Práctica

A quien se tome declaración –en general, de forma oral– como presunto autor de un delito, no se le podrá exigir juramento o promesa de decir verdad, pues no se le interroga como testigo. Solamente se le exhortará a decir la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas.

En primer lugar, plantearán las preguntas los acusadores; después, la defensa. Es un orden de intervención lógico, exigido por el propio juicio, que exige defenderse de lo que se acusa (que, igualmente, se seguirá en el interrogatorio de los testigos).

Si una parte desea plantear una pregunta, lo que es válido tanto para el acusado como para los testigos, una vez que ha terminado su turno puede hacerlo a través del presidente del tribunal, quien la admitirá o no.

Las preguntas, que las partes realizarán libremente, se dirigirán siempre a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del acusado y demás cómplices o encubridores; serán directas, evitando las capciosas (para obtener una respuesta comprometedora), sugestivas (que proponen o aconsejan algo) e impertinentes (no oportunas). Tampoco se podrá emplear coacción a amenaza de ningún tipo. Podrá interrogar tanto el tribunal y el Fiscal como las restantes acusaciones y la defensa.

Las respuestas serán orales, aunque el tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del declarante y la naturaleza del delito, podrá autorizar que, siempre en su presencia, redacte una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar o consulte apuntes o notas.

Cuando el acusado rehúse contestar o se finja loco, sordo o mudo, se le advertirá que, no obstante su silencio y su simulada enfermedad, continuará el proceso.

Si no supiere el idioma español, o fuere sordomudo, se nombrará un intérprete. En tal sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de todo acusado “a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia” (artículo 6.3.e). También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 3. f). En dicho interrogatorio, resultará útil el ir traduciendo o interpretando cada pregunta formulada y cada respuesta obtenida; de ese modo se facilita una mejor comprensión por parte de los asistentes, así como la redacción del acta.

No se le harán cargos ni reconvenciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus declaraciones anteriores.

En cuanto a la declaración de varios coacusados, lo razonable será que, tal como acontece con los testigos, no estén presentes en la sala los que aún están pendientes de declarar, para que no se oigan entre sí y la declaración de los anteriores no influya en las suyas. Terminada la declaración de cada uno, el tribunal deberá informarles de modo resumido del desarrollo de la sesión en su ausencia, en la que en todo momento habrá estado presente su defensa.

1.3. Derecho a no declarar

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (artículo 14. 3. g).

Por su parte, la Constitución española reconoce el derecho de todas las personas (sean españoles o extranjeros) a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpables (artículo 24.2). El acusado ni siquiera puede ser obligado a declarar (artículo 17.3), pudiendo ser constitutiva de delito la infracción de dichos derechos (por ejemplo, por medio de tortura); sin embargo, en el original sistema inquisitivo, si había elementos probatorios suficientes, podía utilizarse el tormento con objeto de obtener la confesión del acusado.

Al contrario que el testigo, la negativa del acusado a declarar no conlleva sanción alguna, por lo que tiene derecho a callar; también, puede contestar a las preguntas del tribunal o de una o varias de las partes, así como solamente a algunas de las planteadas. Él decide en exclusividad si responde o no, a quién lo hace y en qué medida.

Si opta por declarar, tampoco será sancionado por el contenido de su declaración, salvo que entonces cometa delito. De ahí se desprende la afirmación, poco afortunada, de que el acusado tiene derecho a mentir. Sin duda, sorprende la dureza de la expresión, pero lo que, en síntesis, se quiere destacar es el hecho de que el acusado no será sancionado si durante su declaración incurre en patentes contradicciones o es descubierta la falsedad de sus alegaciones o coartadas. Cuestión distinta, en la práctica, es la impresión que su mentira pudiera producir en el ánimo de la acusación y del tribunal, pero bajo ningún concepto se podrá desprender de dicho comportamiento la condena del acusado.

La verdadera prueba es la que se produce en este momento, previo al enjuiciamiento y sobre cuya declaración el tribunal fundamentará su decisión. Pero, ¿y si la versión dada en el segundo momento reviste menos credibilidad que la emitida durante la investigación del delito? ¿Basta con un rechazo a la primera declaración, o con la afirmación de que fue emitida bajo coacción? Si la declaración del entonces imputado en la etapa de investigación fue revestida de todas las garantías procesales y se presenta más creíble, verosímil y lógica que la posterior, ¿puede el tribunal rechazarla por completo y admitir solamente como válida la segunda, aun cuando esta ofrezca menos visos de verosimilitud que la primera, incurriendo en flagrantes contradicciones, sin explicar las razones de tal cambio? Remitimos a lo expuesto con anterioridad en relación con la prueba preconstituida.

1.4. Reconocimiento de objetos y escritura

Al acusado se le mostrarán los objetos que constituyen el cuerpo del delito o los que el tribunal considere conveniente, a fin de que los reconozca. Se le interrogará sobre los mismos y la razón de haberlos encontrado en su poder, en su caso. En general, será interrogado sobre cualquier circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad.

Al igual que en la declaración del testigo, cabe que el tribunal considere conveniente su examen en el lugar de los hechos.

El tribunal podrá ordenar, sin emplear ningún género de coacción, que aquel escriba a su presencia algunas palabras o frases, cuando considere útil esta medida para desvanecer las dudas que surjan sobre la autenticidad de un escrito que se le atribuya. ¿Y si el acusado se niega a ello? Constituirá un indicio más.

2. La prueba testifical

Su importancia y frecuencia en la práctica judicial es notoriamente conocida. Su regulación general suele ser coincidente en gran parte de los ordenamientos jurídicos. Nos detendremos en algunas cuestiones de interés:

2.1. Aspectos generales

Los testigos serán examinados por el orden con el que figuren sus nombres en las listas presentadas por las partes. Sin embargo, el tribunal podrá alterar el orden de su declaración cuando lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

Además, no pueden ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas. Sin embargo, pensamos que si debe admitirse un testigo del que, al ser incluido en la lista, se ha confundido parte del nombre o un apellido, pero del que constan sus datos en las actuaciones y sobre cuya identidad las partes y el Tribunal no albergan duda alguna.

2.2. Personas exentas de declarar y/o de concurrir

En general, el testigo tiene las obligaciones de comparecer, declarar y aclarar cuantas preguntas se le formulen. No obstante, la ley contempla excepciones: menores, incapacitados, abogado del acusado, determinados familiares, funcionarios civiles o militares (por razón de obediencia debida u obligación al secreto), personal diplomático extranjero conforme a la Convención de Viena, etcétera.

Además de los casos citados, los ordenamientos jurídicos contemplan diversos supuestos (a veces, de modo exagerado) de autoridades civiles, judiciales, o militares, que están exentas de la obligación de comparecer a declarar ante los tribunales, gozando de un privilegio procesal. Tácitamente, con ello se está reconociendo una quiebra en el funcionamiento del sistema de justicia, que puede afectar al principio de igualdad.

2.3. Práctica

El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de todo acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” (artículo 6.3.d). En similares términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14. 3. e).

Si es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estimamos que para su identificación debe bastar con el número de registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito. Al testigo se le dejará narrar los hechos, de viva voz (con posibilidad de intérprete, incluso de signos), sin interrupción, pero se le puede exigir explicaciones complementarias, así como dirigirle preguntas. Puede dictar las respuestas, no pudiendo leer declaración escrita, aunque sí consultar apuntes con datos difíciles de recordar (operaciones contables, agenda,...). Las preguntas no pueden ser capciosas, ni sugestivas, ni se empleará coacción o engaño para inducirle a declarar.

Habrà de valorarse debidamente la actitud y el comportamiento del testigo. En efecto, el tartamudeo, el sonrojo, el sudor de manos, el continuo movimiento de pies, etcétera, pueden indicar un nerviosismo de quien declara (motivado por la impresión que le produce la solemnidad del acto, el lugar, la autoridad presente o cualquier otra circunstancia), pero no constituye necesariamente un signo de su implicación en el hecho delictivo.

Nada impide que un testigo (también, un perito) de nuevo pueda ser llamado a declarar en el mismo juicio oral. Se corre el riesgo de que, tras su primera declaración, haya permanecido en sala y presenciado las declaraciones de los restantes testigos; a pesar de ello, en ocasiones, puede resultar conveniente que declare otra vez.

2.4. El testigo menor de edad

A fin de evitar una segunda victimización (en el supuesto de ser víctima) o la hipotética influencia en el ánimo del menor, en el momento de su declaración en el juicio oral, debe evitarse la confrontación visual de este con el acusado; para ello, se recurrirá a cualquier medio técnico: mampara, cortina,... Igualmente, como se afirmó con anterioridad, es aconsejable su práctica como prueba anticipada.

También, una modalidad de creciente utilización en nuestros días la constituye la declaración a través de videoconferencia u otro sistema que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Ello se explica por razones de utilidad, seguridad o de orden público.

La declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia de las partes. Cabe la presencia de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que el tribunal acuerde lo contrario. Puede grabarse su declaración. Tal vez resultara conveniente regular el interrogatorio del menor solamente por parte del tribunal, sin que las partes pudieran dirigirse directamente a él, aunque sí estar presentes como se dijo más arriba; de ese modo se facilitará su declaración, especialmente cuando ha sido víctima del delito.

2.5. El abogado como testigo

A) En general, en un proceso penal es posible la declaración testifical de un abogado que no interviene en el mismo defendiendo los intereses de una de las partes. Se trata de una situación similar a la de cualquier otra persona.

B) Sin embargo, el problema se puede plantear con la declaración del profesional que interviene como letrado en dicho proceso penal. A tal efecto, hay que tener presentes varios aspectos:

- En primer lugar, el abogado está dispensado de la obligación de declarar en el supuesto de que él mismo sea el acusado y ostente su propia defensa;
- Tampoco podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante a la persona o a la fortuna de sus parientes más directos;
- No tendrá obligación de hacerlo respecto a los hechos que el acusado le haya confiado como secreto profesional. Si hubiere varios acusados y el abogado solamente defendiera a uno o varios de ellos, podrá declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a sus defendidos; dicha prohibición subsiste aunque no intervenga como profesional en el citado proceso y la declaración se solicite sobre hechos anteriores, de los que tuvo conocimiento como abogado;
- El letrado puede negarse a la conminación del Juez para que declare, si considera que se encuentra dispensado de dicha obligación; si se procediera penalmente contra él, en el correspondiente proceso reiterará la explicación de su negativa;
- Si, a pesar de lo expuesto, el abogado declara, además de la correspondiente responsabilidad en que incurra, no se deberá tener en cuenta el contenido de la declaración, pues ello afectaría al derecho fundamental de su cliente a la defensa;
- En cuanto a la forma, se someterá a las preguntas de los demás interrogadores (otros letrados, Fiscal y tribunal); no así en lo relativo a su propio turno, que deberá consistir en una declaración general y no en un planteamiento de cuestiones y respuestas, pues no resulta admisible que él mismo se pregunte y se responda;
- Respecto al momento, ha de hacerlo antes de los restantes testigos, aunque haya de alterarse el orden de intervención, con objeto de que no los haya oído previamente, protegiéndose de este modo su debida objetividad;
- Si se trata de abogado-víctima, ejerciente de la acusación particular, también procede su declaración, con las características expuestas.

2.6. El Juez o Magistrado como testigo

Por consideración a su rango, durante la instrucción, si la autoridad judicial que hubiere de recibir la declaración de un Juez o Magistrado fuere de categoría inferior, acudirá al despacho oficial de este, previo aviso, señalándose día y hora. En cuanto a su declaración como testigo en un juicio oral, no debe admitirse privilegio alguno, salvo que se contemple la prueba anticipada, no siempre justificada a nuestro juicio.

2.7. El testigo protegido

En determinadas causas penales, la experiencia pone de manifiesto las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de justicia, ante el temor a sufrir represalias.

Estimamos que las garantías establecidas en favor de los testigos protegidos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. Además de las posibles medidas a adoptar sobre un testigo durante la etapa de investigación, el verdadero problema procesal se plantea en orden a si el acusado tiene derecho a conocer la identidad del testigo de la acusación, especialmente si es de cargo. Recuérdese el derecho del acusado a interrogar a los testigos, reconocido en diversos Instrumentos internacionales.

Así se regula en el ordenamiento procesal español, en el que se contempla la petición de cualquiera de las partes de conocer la identidad de los testigos protegidos propuestos y admitidos. En ese caso, el tribunal que haya de conocer y fallar, al mismo tiempo que declara la pertinencia de la prueba propuesta, *deberá* (la cursiva es nuestra) facilitar el nombre y los apellidos de aquellos, respetando las restantes medidas adoptadas sobre los mismos de acuerdo a la normativa de protección de testigos. Posteriormente, se podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

Lo afirmado se sustenta en el respeto al derecho de defensa, máxime en un proceso penal de carácter acusatorio. Si no se puede interrogar con pleno conocimiento y libertad a un testigo propuesto por la acusación, difícilmente se podrá ejercer con acierto la defensa. Aún consciente del riesgo que ello comporta, lo contrario sería atribuir al Estado una incontrolada capacidad de actuación en la lucha contra el crimen.

Por otra parte, las declaraciones que hayan sido objeto de protección durante la fase de instrucción solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral por quien las prestó; si se consideran de imposible reproducción, habrán de ser ratificadas mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidas a contradicción por las partes, aunque no es este el caso.

2.8. El agente encubierto o infiltrado

Las nuevas formas de funcionamiento de la delincuencia, que se manifiestan con especial gravedad en la criminalidad organizada, exigen también nuevos sistemas para combatirla. La sociedad, además de continuar sirviéndose para ello de los procedimientos y técnicas, tradicionales y modernos, empleados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha ido paulatinamente implantando otros métodos y mecanismos de indiscutible eficacia.

También aquí se plantea la cuestión procesal sobre la preservación o no de la identidad del agente encubierto durante el juicio oral. Dando por reproducidos los argumentos expuestos más arriba en relación con el testigo protegido, nos

pronunciamos igualmente a favor de la exigencia de que en un sistema acusatorio el acusado conozca la identidad de todo testigo, especialmente si es de cargo, aunque se trate de un agente encubierto.

3. El careo

En realidad no es un medio propio de prueba, pero sí una modalidad de declaración de suma utilidad en ocasiones, aunque su práctica judicial no es frecuente.

Según el diccionario de la RAE, carear es poner a una o varias personas en presencia de otra u otras, con objeto de apurar la verdad de dichos o hechos; por su parte, careo es la acción y efecto de carear o carearse.

Su conocida naturaleza consistente en el enfrentamiento verbal (nada impide que, con el empleo de los medios oportunos, puedan participar sordomudos) entre las personas que discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese en la investigación, sean acusados o testigos, faculta al tribunal, de oficio o a instancia de parte, para celebrar un careo entre los que estuvieren discordes.

Para su acuerdo, hay que atender a las siguientes consideraciones:

A) Que, por regla general, esta diligencia tenga lugar solamente entre dos personas a la vez; es de suponer que, además de para evitar un posible alboroto, buscando la obtención de un mejor resultado,

B) que se acuda a su práctica solo cuando sea estrictamente necesario; esto es, cuando no hubiere otro modo de comprobar la existencia del delito (no procede, pues, en caso infracciones leves) o la culpabilidad de alguno de los imputados;

C) tampoco es recomendable su práctica con testigos que sean menores de edad, salvo que el tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de los mismos, previo informe pericial.

Por lo que respecta a su práctica, debe tenerse presente:

A) su realización ante el tribunal y las partes. Se leerá a las personas entre las que se vaya a celebrar el careo las declaraciones que hubiesen prestado; se manifestarán las contradicciones que resulten de las declaraciones y se invitará a los careados para que se pongan de acuerdo entre sí;

B) el tribunal no debe permitir que los careados se insulten o amenacen;

C) además de la conveniente grabación del acto, el fedatario judicial dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo y de las preguntas, contestaciones y reconveniones que mutuamente se hicieren los careados, así como de lo que se observare en su actitud durante el acto (por ejemplo: silencio o injurias).

4. El informe pericial

4.1. Concepto y fundamento

En numerosas ocasiones, el juzgador se enfrenta a una situación para cuya adecuada valoración son necesarios unos conocimientos especializados. La complejidad del

momento histórico presente –con grandes avances en los campos de la ciencia, la técnica, el arte o el oficio– impiden que una persona posea una formación suficiente en todas sus ramas. El tribunal acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante, fuesen necesarios o convenientes unos especiales conocimientos científicos o artísticos.

4.2. El perito

Lo razonable es que la pericial se haga por dos peritos, salvo que no hubiese más que uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro.

En cuanto a la función del perito, este ha de limitarse exclusivamente a su tarea, por lo que no puede actuar como tal y, simultáneamente, desempeñar otra función en el proceso. A tal efecto, si se trata de un funcionario del Servicio de Inspección de Hacienda, o de otro servicio oficial, que ha intervenido en un expediente administrativo, no será imparcial para intervenir más tarde en el correspondiente proceso penal. A esto último se debe el perito, colaborando para descubrir la verdad de los hechos. Lógicamente, un profesional no puede denunciar un delito y participar como perito en la investigación del mismo.

4.3. Práctica

Nada impide que el peritaje se realice durante el juicio oral, al no haber tenido lugar antes. También, puede realizarse fuera de la sede del órgano judicial (sobre personas, objetos o lugares), por lo que habría que suspender el juicio oral, para que las partes puedan concurrir al mismo, haciendo las observaciones pertinentes que se harán constar en acta.

Cuando los peritos expongan sus conclusiones, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, hacerles las preguntas pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias. Las contestaciones serán consideradas como parte de su informe.

Si los peritos no coincidieran en su informe y su número fuera par, el Juez nombrará otro perito dirimente. Si fuera posible, con la intervención del nuevo se repetirán las operaciones practicadas con anterioridad, ejecutándose además las que parecieren oportunas. Si no pudieren repetirse las operaciones ni practicarse otras nuevas, el nuevo perito nombrado se limitará a deliberar con los demás, a la vista de las diligencias de reconocimiento practicadas, y a formular luego sus conclusiones motivadas (con quien estuviere conforme, o separadamente si no lo estuviese con ninguno).

En cuanto a determinadas periciales, hay que atender a la seguridad de la cadena de custodia, con la presentación de los correspondientes documentos. Además, puede declarar mediante videoconferencia.

4.4. El perito protegido

Al igual que el testigo, en determinados supuestos, el perito puede adquirir la condición de protegido. Pero, también, su identidad puede ser conocida por la defensa.

5. La prueba documental

Los textos procesales penales suelen dedicar escasa atención a los documentos durante el juicio oral, a diferencia de lo que ocurre en materia civil.

También llamada prueba instrumental, consiste en la utilización de documentos públicos o privados para la prueba del delito. Se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Pueden considerarse incluidas las grabaciones, videos y filmaciones de imagen y sonido, en general. A tal efecto, será conveniente someterlas a inmediación y contradicción en el juicio oral, más el testimonio de quienes las realizaron y, en su caso, una pericial *ad hoc*.

No resulta admisible hoy día, a la luz del sistema acusatorio vigente en esta parte del proceso penal, la antigua práctica de remitirse, en los informes orales de las partes (especialmente, de la acusación), al término del juicio oral, a considerar reproducido todo el contenido de las diligencias practicadas durante la instrucción. El desarrollo de una defensa eficaz exige que la acusación haya detallado, expresa y previamente en su intervención, aquella parte escrita que le interesa (con mención de folio, número, párrafo, etcétera) y no una remisión general. Además, en ocasiones, por las grandes dimensiones del documento o por la duración de la grabación, habrá que limitarse solamente a una parte del mismo o a la reproducción parcial de la segunda, sin que ello exima de la presentación del documento original en su totalidad, con las excepciones correspondientes (por ejemplo: que sea excesivamente extenso, en cuyo caso basta con un resumen oficial del mismo).

Si fuera necesario, habrá que proceder a la traducción de los documentos y de las grabaciones que estuvieran en un idioma distinto al propio.

Mención especial merecen los modernos medios electrónicos y tecnológicos, con el nacimiento de una nueva criminalidad en Internet, los instrumentos para detectar la alcoholemia (con el ticket resultante), la presencia de estupefacientes o sustancia psicotrópica en el conductor (necesitado de posterior análisis), etcétera.

6. La inspección ocular

Se trata de una de las diligencias propias de la inicial investigación de un delito; pero, nada impide que se pueda practicar durante el juicio oral, aunque no sea frecuente dada la finalidad perseguida por la misma (recogida de vestigios e información). En gran número de supuestos, el mero transcurso del tiempo hace innecesaria esta diligencia una vez abierto el juicio oral.

No obstante, si se considera necesaria su práctica, para un mejor conocimiento del lugar o cualquier otra circunstancia de interés, resultará obligada la suspensión del juicio oral, con objeto de que el tribunal y las partes puedan desplazarse.

En su práctica habrá de actuarse conforme a lo establecido para la misma durante la etapa de investigación, pero teniendo en cuenta también las singularidades propias del juicio oral. El fedatario judicial extenderá diligencia en la que expresará el lugar o

el objeto inspeccionado, haciendo constar las observaciones realizadas por las partes e, incluso, a nuestro juicio, por el propio tribunal.

7. Los indicios

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la prueba de indicios, indiciaria (de circunstancias, indirecta, o de presunciones, añadimos) es la que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho, generalmente criminal, que se pretende esclarecer. El mismo texto explica que indicio es un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido (por ejemplo, la fuga del sospechoso es un indicio de su culpa). En su acepción jurídica, indicios son aquellos que mueven de tal modo a creer algo, que ellos solos equivalen a prueba semiplena.

Podemos decir que equivalen a la razonable y verosímil conjetura o juicio del hecho, que se forma de las cosas o sucesos por meras deducciones u observaciones; es decir, el resultado que se obtiene de señales, presunciones o palabras que, aunque no demuestran plenamente la verdad, coadyuvan al conocimiento de unos hechos y de sus autores; por ello, hace varios siglos se hablaba de semiplena probanza. En realidad, más que de medio de prueba hay que hablar de valoración de determinados hechos.

Ha de obrarse con cautela ante la apreciación de un solo indicio, pues ello podría conducir a una conclusión errónea; por ejemplo, el nerviosismo de una persona al ser interrogada sobre algún asunto, no implica necesariamente su culpabilidad.

La práctica forense enseña la dificultad de obtener siempre una prueba plena, indubitada, para dictar una sentencia de condena. Puede resultar más factible la coincidencia de indicios.

En la actualidad, el Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal, sentencia de 2 de diciembre de 2008, entre otras) establece una serie de requisitos para que, por medio de indicios, se pueda probar la participación del acusado en el hecho punible que se le imputa; así:

- A)** De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados; b) que la sentencia explicita el razonamiento mediante el cual, partiendo de los indicios, se llega a la convicción del acaecimiento del hecho punible y a la participación en el mismo del acusado.
- B)** De carácter material: a) que los indicios estén plenamente acreditados; b) que sean de inequívoca naturaleza acusatoria; c) que sean varios y, si es único, que posea una singular potencia acreditativa; d) que sean concomitantes con el hecho que se trate de probar; e) si son varios, que estén interrelacionados entre sí; f) que la deducción sea razonable, no arbitraria, absurda e infundada, respondiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia; y g) que exista una relación directa lógica entre los hechos base acreditados y el dato que se precisa acreditar.