



# Derecho Probatorio

## Materiales docentes

Andrea Planchadell Gargallo

Ana Beltrán Montoliu

Ana Montesinos García

# Derecho Probatorio

## Materiales docentes

Andrea Planchadell Gargallo

Ana Beltrán Montoliu

Ana Montesinos García



UNIVERSITAT  
JAUME·I

LICENCIATURA EN DRET

■ Codi d'assignatura RB56

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions  
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana  
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: [publicacions@uji.es](mailto:publicacions@uji.es)

Col·lecció Sapientia, 39  
Primera edició, 2010  
[www.sapientia.uji.es](http://www.sapientia.uji.es)

ISBN: 978-84-693-4465-1



Aquest text està subjecte a una llicència Reconeixement-NoComercial-CompartirIgual de Creative Commons, que permet copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra sempre que especifique l'autor i el nom de la publicació i sense objectius comercials, i també permet crear obres derivades, sempre que siguin distribuïdes amb aquesta mateixa llicència.  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/deed.ca>

# ÍNDICE

<b>I. PROGRAMA</b> .....	6
<b>II. MATERIALES DOCENTES</b> .....	11
<b>Capítulo I</b>	
<b>Introducción a la prueba</b> .....	12
<b>Lección 1.ª Concepto y clases de prueba</b> .....	13
<i>Caso docente núm. 1. Lecturas de referencia:</i>	
1) MONTERO AROCA, J., «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en AAVV, <i>La prueba</i> , Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 15 a 66.	
2) TARUFFO, Michelle, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 2002, núm. 11, pp. 99 a 124.	
<b>Lección 2.ª Objeto, determinación y carga de la prueba</b> .....	15
<i>Caso docente núm. 2. Lectura de referencia:</i> MONTERO AROCA, Juan, «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en AAVV, <i>La prueba</i> , Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 15 a 66.	
<b>Lección 3.ª Fuentes y medios de prueba</b> .....	17
<i>Caso docente núm. 3. Lecturas de referencia:</i>	
1) MONTERO AROCA, Juan, «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en AAVV, <i>La prueba</i> , Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 15 a 66.	
2) MONTERO AROCA, Juan, «Procedimiento Probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)», en AAVV, <i>La prueba</i> , Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 281 a 314.	
3) MONTERO AROCA, Juan, «Valoración de la prueba, reglas legales y garantía y libertad en el proceso civil», <i>Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista</i> , Anuario 2007, Lima, Perú, pp. 146 a 170.	

<b>Capítulo II</b>	
<b>La prueba en el proceso civil.</b> .....	20
<b>Lección 4.<sup>a</sup> Interrogatorio de partes.</b> .....	21
<i>Caso docente núm. 4. Interrogatorio de las partes: formulación afirmativa de las preguntas: no excluye ni impide efectuar preguntas abiertas, siempre que no sugieran la respuesta, engañen al declarante o le pidan una valoración del hecho (Sentencia Audiencia Provincial de Almería –Sección 1.<sup>a</sup>– núm. 307/2002 de 3 de diciembre)</i>	
<b>Lección 5.<sup>a</sup> Pruebas documental y pericial.</b> .....	26
<i>Caso docente núm. 5. Alcance de la fe pública notarial: acredita la fecha y el hecho que motiva su otorgamiento, pero no la veracidad intrínseca de las manifestaciones de las partes, que pueden ser desvirtuadas por los demás medios probatorios (STS núm. 987/1999 –Sala de lo Civil–, de 23 de noviembre)</i>	
<i>Caso docente núm. 6. Lectura de referencia: MONTESINOS GARCÍA, A., «La intervención del perito por medio de videoconferencia», Revista de la Contratación Electrónica, n.º 98, noviembre 2008, pp. 3-34.</i>	
<b>Lección 6.<sup>a</sup> La prueba de reconocimiento judicial.</b> .....	54
<i>Caso docente núm. 7. Prueba de reconocimiento judicial: ha de tener lugar cuando se estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y fijación de los hechos (STS núm. 658/2002 –Sala de lo Civil–, de 26 de junio)</i>	
<b>Lección 7.<sup>a</sup> La prueba testifical.</b> .....	58
<i>Caso docente núm. 8. Las tachas de los testigos (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 44/2004 de 10 de febrero)</i>	
<b>Lección 8.<sup>a</sup> Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo y presunciones.</b> .....	65
<i>Caso docente núm. 9. Los instrumentos de archivo. Caso práctico</i>	
<i>Caso docente núm. 10. Las presunciones (Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 478/2002 –Sección 4.<sup>a</sup>– de 17 de julio)</i>	
<b>Lección 9.<sup>a</sup> Las diligencias finales.</b> .....	72
<i>Caso docente núm 11. Diligencias finales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén –Sección 2.<sup>a</sup>– núm. 164/2008 de 9 de junio)</i>	
<b>Capítulo III</b>	
<b>La prueba en el proceso penal.</b> .....	78
<b>Lección 10.<sup>a</sup> Particularidades probatorias.</b> .....	79
<i>Caso docente núm. 12. Lectura de referencia: VALDEÓN BADUQUE, J., «El proceso de los templarios», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.), Los grandes procesos de la Historia de España, Ed. Crítica, Barcelona 2002, pp. 46-60</i>	
<i>Caso docente núm 13. Caso del cajero automático diciembre de 2005 (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona –Sección 10–, de 5 de noviembre 2008)</i>	

<b>Lección 11.<sup>a</sup> Prueba ilícitamente obtenida</b> .....	87
<i>Caso docente núm. 14.</i> Lectura de referencia: <i>Caso Miranda v. Arizona</i> (1966), 384 US 436	
<i>Caso docente núm. 15.</i> Presunción de inocencia: prueba obtenida ilegalmente (STS núm. 829/2006 –Sala de lo Penal–, de 20 de julio)	
<i>Caso docente núm. 16:</i> Intervenciones telefónicas, prueba ilícita, sistema SITEL (STS núm. 1078, de 5 de noviembre 2009)	
<b>Lección 12.<sup>a</sup> Presunción de inocencia y actividad probatoria</b> .....	126
<i>Caso docente núm. 17.</i> Inexistencia de prueba. Absolución (STS núm. 633/2008 –Sala de lo Penal–, de 8 de octubre)	
<b>Lección 13.<sup>a</sup> Medios concretos de prueba</b> .....	133
<i>Caso docente núm. 18.</i> Pruebas incriminadoras: declaración de coencusado (STC –Sala Primera– núm. 55/2005, de 14 de marzo)	
<b>Lección 14.<sup>a</sup> Métodos probatorios y valoración</b> .....	144
<i>Caso docente núm. 19.</i> 1) Lectura de referencia: VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., <i>Investigación y Prueba en el proceso penal</i> , Ed. Colex, Madrid 2006, pp. 31-80. 2) Prueba indiciaria, STC 137/2005 (Sala Segunda) de 23 de mayo	
<i>Caso docente núm. 20.</i> Lectura de referencia: RAMOS ALONSO, J. V., «La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal», <i>Diario La Ley</i> , nº 7364, Sección Doctrina, 17 Mar 2010, Año XXXI, Editorial La Ley	
<b>III. FORMULARIOS</b> .....	158
1. Declaración testifical anticipada al juicio oral .....	159
2. Prueba civil: escrito por el que se solicita a la otra parte la exhibición de documentos .....	160
3. Prueba civil: práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial: escrito por el que se solicita la práctica sucesiva de ambas pruebas. . . .	161
4. Solicitud de prueba radiológica. Menores proceso penal .....	163
5. Prueba en el proceso civil: escrito por el que se propone la tacha de testigos. .	166
6. Prueba en el proceso civil: escrito de proposición de diligencias finales. .	169
7. Solicitud de prueba anticipada de declaración testifical antes de la iniciación del proceso. ....	171
<b>IV. CUESTIONARIO</b> .....	172
<b>V. FILMOGRAFÍA</b> .....	176
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	178

# I. PROGRAMA

## Capítulo I Introducción a la prueba

### ***Lección 1.ª Concepto y clases***

- I. La prueba: concepto de prueba y naturaleza de las normas sobre prueba
- II. Antecedentes históricos
- III. Clases de prueba

### ***Lección 2.ª Objeto, determinación y carga de la prueba***

- I. Objeto de la prueba: hechos, máximas de la experiencia, costumbre, derecho
- II. Carga de la prueba: su diferente tratamiento en los procesos civil y penal

### ***Lección 3.ª Fuentes y medios***

- I. Fuentes y medios de prueba
- II. Cuestiones generales sobre la valoración de la prueba en los procesos civil y penal; especial referencia a la valoración conjunta
- III. Procedimiento probatorio en general: Su tratamiento en los procesos civil y penal
- IV. La prueba anticipada

## Capítulo II La prueba en el proceso civil

### ***Lección 4.ª Interrogatorio de partes***

- I. La prueba: los medios de prueba en concreto; clasificación y enumeración; en especial la inútil discusión sobre el *numerus clausus* o *apertus*
- II. El interrogatorio de las partes
  - A) Antecedentes
  - B) Concepto
  - C) Clases
  - D) Las preguntas
  - E) Procedimiento probatorio
  - F) Valoración

### ***Lección 5.ª Pruebas documental y pericial***

- I. La prueba documental
  - A) Concepto
  - B) Clases

- C) Procedimiento probatorios
  - D) Exhibición de documentos
  - E) Valoración
- II. La prueba pericial**
- A) Concepto de prueba pericial
  - B) Naturaleza
  - C) Admisibilidad
  - D) Concepto de perito
  - E) Recusación y tacha del perito
  - F) Deberes y derechos del perito
  - G) Procedimiento probatorio
  - H) El caso particular del cotejo de letras
  - I) Valoración

### ***Lección 6.ª Las prueba de reconocimiento judicial***

- I. La prueba de reconocimiento judicial**
- A) Concepto y admisibilidad
  - B) Procedimiento probatorio
  - C) Documentación
  - D) Valoración

### ***Lección 7.ª La prueba testifical***

- I. La prueba testifical**
- A) Concepto, naturaleza y admisibilidad
  - B) Concepto de testigo y diferencia con figuras afines
  - C) Idoneidad para ser testigo
  - D) Tachas de los testigos
  - E) Deberes y derechos del testigo
  - F) Las preguntas
  - G) Procedimiento probatorio
  - H) Valoración

### ***Lección 8.ª Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo y presunciones***

- I. Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo**
- A) Concepto y admisibilidad
  - B) Procedimiento probatorio
  - C) Valoración
- II. Las presunciones como método de prueba**
- A) Concepto y naturaleza jurídica
  - B) Clases
  - C) Requisitos y efectos

## ***Lección 9.ª Las diligencias finales***

- I.** Las diligencias finales
  - A)** Concepto
  - B)** Admisibilidad
- II.** Adopción
- III.** Forma y efectos

### Capítulo III La prueba en el proceso penal

## ***Lección 10.ª Particularidades probatorias***

- I.** Concepto y objeto de la prueba en el proceso penal
- II.** Valoración de la prueba
- III.** Carga de la prueba y derecho a la presunción de inocencia
- IV.** Procedimiento probatorio

## ***Lección 11.ª Prueba ilícitamente obtenida***

- I.** La prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales
- II.** Supuestos
- III.** Efectos
- IV.** Especial referencia a la «exclusionary rule» del Derecho anglosajón

## ***Lección 12.ª Presunción de inocencia y actividad probatoria***

- I.** La presunción constitucional de inocencia a favor del imputado
- II.** Mínima actividad probatoria o que constituye prueba en un proceso penal
  - A)** La prueba practicada en el juicio oral
  - B)** La prueba anticipada
  - C)** Los actos de investigación del procedimiento preliminar judicial
  - D)** Los actos de investigación de la Policía Judicial, del Ministerio Fiscal y otros documentos asimilados.

## ***Lección 13.ª Medios concretos de prueba***

- I.** Los medios de prueba en particular
- II.** La declaración del acusado
- III.** La prueba testifical
- IV.** La prueba pericial
- V.** La prueba documental
- VI.** La prueba de inspección ocular

### ***Lección 14.ª Métodos probatorios y valoración***

- I.** Otros métodos probatorios para formar la convicción judicial
  - A)** Piezas de convicción y documentos
  - B)** Careo
  - C)** Presunciones-indicios
  - D)** Injerencias corporales
- II.** La valoración de la prueba; el principio de la «convicción en conciencia» del art. 741 LECR
- III.** Análisis comparado del principio en los ordenamientos procesales europeos
- IV.** Exigencias para su aplicación

### ***Lección 15.ª Práctica***

- I.** Redacción de escritos, dictámenes e informes sobre las materias explicadas en esta Disciplina optativa
- II.** Seguimiento de procesos

## II. MATERIALES DOCENTES

# Capítulo I

## Introducción a la prueba

# Lección 1.<sup>a</sup> Concepto y clases

- Concepto de prueba: actividad procesal (realizada por las partes con el juez) que tiende a lograr la certeza o convicción del juzgado respecto a los datos aportados por las partes al proceso (p. civil) o constatados por la investigación penal (p. penal).
- Antecedentes históricos: en todos los ordenamientos jurídicos más primitivos existe una noción sobre los medios dados al acusador o al demandante y al acusado o demandado para convencer al juez de la verdad de sus afirmaciones (ordalías, tormento, etc).
- Su finalidad es, por tanto, convencer al juez de los datos aportados o de los hechos investigados.
- Su función es fijar hechos.
- ¿Y la búsqueda de la verdad?
- Es prueba la practicada en el juicio oral con todas las garantías y respeto a los principios de contradicción, intermediación, oralidad, publicidad e igualdad.
- La naturaleza de las normas sobre la prueba es procesal, independientemente de su ubicación sistemática.
- Tradicionalmente han existido diversas formas de clasificar la prueba atendiendo a diferentes aspectos, si bien hoy es una clasificación algo dudosa. Atendiendo a la relación del juez con las partes (directas – indirectas), según la naturaleza del medio de prueba (personal – real), según su constitución en relación al proceso (preconstituida – casual), atendiendo a los hechos a los que se refiere y su trascendencia para el proceso (principal – contraprueba – prueba de lo contrario), su efecto sobre el juez (plena – semiplena).

## Esquema

A) Concepto de prueba

B) Antecedentes históricos

C) Finalidad y función de la prueba

D) Naturaleza

E) Clases de prueba

a) Directas – indirectas

b) Persona – real

c) Preconstituida – real

d) Principal/contraprueba – prueba de lo contrario

e) Plena – semiplena

## ***Caso docente núm. 1***

### Lectura de referencia

- 1) MONTERO AROCA, J., *Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)*, en AAVV, «La prueba», Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, páginas 15 a 66.
- 2) TARUFFO, Michelle, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 2002, núm. 11, págs. 99 a 124 (<http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1523/1/DyL-2002-VII-11-Taruffo.pdf>)

## **Cuestiones**

1. ¿Qué elementos destacan en la definición de la prueba como características de la misma?
2. ¿Por qué las normas reguladoras de la prueba tienen naturaleza procesal y no material?
3. ¿Se puede mantener en la actualidad que la función de la prueba es el descubrimiento de la verdad? De no hacerlo, ¿cuál podemos decir que hoy es su función?

## Lección 2.<sup>a</sup> Objeto, determinación y carga de la prueba

- ¿Qué puede ser objeto de la prueba? El objeto de la prueba en sentido abstracto se refiere a aquellas realidades que objetivamente, sin atender a un proceso en concreto, pueden ser probadas. El objeto de la prueba, en concreto, se refiere a las realidades que deben probarse en un proceso para que sea atendida la petición de una de las partes.
- ¿Qué puede probarse? Generalmente se afirma que el objeto de la prueba son los hechos (art. 1218 CC, 557 LEC, etc.), o mejor dicho los datos, pues la actividad probatoria se puede referir a hechos, derechos y máximas de experiencia. Lo cierto es que lo que debe probarse son las afirmaciones sobre los hechos, es decir, las alegaciones de cada una de las partes y los datos que en ellas se establecen.
- En el proceso civil la prueba se refiere a las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes (principio de aportación de parte).
- No todos los hechos deben ser probados, sino que están exentos de prueba: los hechos no controvertidos, los hechos notorios, los hechos favorecidos por una presunción (si bien esta afirmación debe matizarse).
- En cuanto a las alegaciones de Derecho, en virtud del principio *iura novit curia* el derecho no debe probarse, si bien sí que habrá de probarse la costumbre, el derecho extranjero, el derecho histórico o no vigente y el derecho estatutario.
- Las máximas de la experiencia se definen por Stein como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares por encima de los cuales pueden tener validez para otros nuevos.
- La carga de la prueba responde a la idea de quién debe probar los hechos afirmados en el proceso para que el tribunal pueda tomarlos en consideración y sobre quién recaerán las consecuencias de no lograr demostrar sus afirmaciones, teniendo una configuración distinta en el proceso civil y en el proceso penal.
- En el proceso civil, en virtud del principio de aportación, la carga de la prueba corresponde a las partes, sobre ellas recae la carga de la afirmación y prueba.
- En ocasiones es la propia ley la que establece a quién corresponde la carga de la prueba, pero en otros supuestos, ante falta de norma que lo establezca, se acude a unas reglas generales establecidas en el art. 217.2 y 3 LEC, completándose con lo establecido en el art. 217.7 LEC. Igualmente debe atenderse a la inversión de la carga de la prueba y a las reglas especiales del art. 217.6 LEC.
- En el proceso penal la carga de la prueba debe relacionarse con la presunción de inocencia.

# Esquema

## A) Objeto de la prueba

- a) Hechos
- b) Máximas de experiencia
- c) Costumbre
- d) Derecho

## B) La carga de la prueba

- a) La carga de la prueba en el proceso civil
- b) La carga de la prueba en el proceso penal

## *Caso docente núm. 2*

Lectura de referencia: MONTERO AROCA, Juan, «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en AAVV, *La prueba*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 15 a 66.

## Cuestiones

1. En un proceso concreto, ¿qué debe ser objeto de prueba?
2. ¿Para qué sirve la carga de la prueba?
3. ¿Cómo se resuelve la carga de la prueba en el proceso civil?
4. ¿En qué consiste la inversión de la carga de la prueba?

## Lección 3.<sup>a</sup> Fuentes y medios de prueba

- Fuente de prueba se refiere a elementos que existen en la realidad previa e independientemente al proceso, pero que pueden tener una utilidad de producirse éste.
- Los medios de prueba sólo existen en un proceso, surgen y se desarrollan en virtud de un proceso.
- Las fuentes de prueba se incorporan al proceso a través de los distintos medios de prueba previstos en la ley (art. 299 LEC).
- Los medios de prueba, *¿numerus clausus?*
- Los medios de prueba lo son y cumplen su función en tanto que se propongan y practiquen en la forma legalmente prevista.
- Licitud e ilicitud de las fuentes de prueba (Beling): art. 11 LOPJ y SSTC 114/1984, de 29 de noviembre y 64/1986, de 21 de mayo de 1986.
- La valoración de la prueba: la prueba debe ser valorada por el Tribunal, debiendo plasmarse en la sentencia dicha valoración (formación interna de la sentencia), ya que no es admisible la «apreciación conjunta de la prueba» (art. 120.3 CE y motivación de la sentencia).
- Los dos sistemas de valoración de la prueba son: valoración legal y valoración libre.
- La valoración legal implica que es la ley la que establece la máxima de la experiencia en que el juez debe basarse en el momento de valorar la prueba.
- La valoración libre deja al juez que aplique, conforme a su «conciencia», las máximas de experiencia que ha adquirido.
- En nuestro proceso civil rige un sistema mixto de valoración de la prueba, coexistiendo la valoración libre y legal. Concretamente, las reglas legales que rigen en nuestro proceso civil se refieren a la valoración de los documentos públicos y privados, al interrogatorio de parte y un supuesto específico en la prueba testimonial.
- En nuestro proceso penal rige el principio de libre valoración de la prueba.
- Independientemente de la regulación procedimental propia del proceso civil y penal, encontramos en materia de prueba unos aspectos comunes o coincidentes con independencia del proceso en que nos encontremos, pues es común a todos los medios de prueba:
  - a) Necesidad de que se practique prueba en el proceso (recibimiento de prueba).
  - b) La actividad probatoria debe realizarse siempre en la forma establecida legalmente.
  - c) Proposición de los medios concretos de prueba que pretenden practicarse en el juicio (diferencias entre el proceso civil y penal).
  - d) La admisión de los medios de prueba corresponde al tribunal, que deberá tomar en consideración que se refiera a hechos controvertidos, que sea pertinente, útil, idónea y, obviamente, lícita.
  - e) La práctica concreta de cada medio de prueba viene regulada legalmente, pero deberá realizarse en unidad de acto, con inmediación, contradicción,

publicidad, siguiendo el orden legalmente establecido (susceptible de alteración atendiendo a las circunstancias), debiendo documentarse necesariamente.

f) Excepción: la práctica anticipada de prueba (art. 657 III LECRIM y arts. 293 a 296 LEC) y el aseguramiento de prueba (arts. 297 y 298 LEC).

## Esquema

- A) Fuentes y medios de prueba
- B) Cuestiones generales sobre la valoración de la prueba
- C) Procedimiento probatorio
  - a) Recibimiento a prueba
  - b) Proposición
  - c) Admisión
  - d) Práctica
- D) La prueba anticipada
- E) El aseguramiento de prueba
- F) La prueba ilícita

### ***Caso docente núm. 3***

#### Lecturas de referencia

- 1) MONTERO AROCA, Juan, «Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)», en AAVV, *La prueba*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 15 a 66.
- 2) MONTERO AROCA, Juan, «Procedimiento Probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)», en AAVV, *La prueba*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. VII, 2000, pp. 281 a 314.
- 3) MONTERO AROCA, Juan, «Valoración de la prueba, reglas legales y garantía y libertad en el proceso civil», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Anuario 2007, Lima, Perú, pp. 146 a 170.

## Cuestiones

1. ¿Qué diferencia existe entre medios y fuentes de prueba? Ponga un ejemplo de cada uno de ellos
2. ¿Tiene sentido limitar los medios de prueba? ¿Y las fuentes de prueba?
3. ¿Qué caracteriza al sistema de libre valoración de la prueba? ¿Cómo debe interpretarse la libertad del juzgador en su valoración? ¿Tiene algún límite?
4. ¿Qué caracteriza al sistema de valoración legal de la prueba?
5. ¿Cuál es el sistema español en materia de valoración de la prueba?
6. ¿Qué crítica se puede hacer a la valoración conjunta de la prueba?
7. ¿En qué sentido la prueba anticipada es una excepción al procedimiento probatorio general?
8. ¿Qué efectos produce la declaración de una prueba como ilícita?

# Capítulo II

## La prueba en el proceso civil

## Lección 4.<sup>a</sup> Interrogatorio de partes

- El interrogatorio de las partes sustituye a la anterior prueba de confesión.
- Consiste en la declaración de las partes o, en supuestos concretos, de terceros que versa sobre hechos y circunstancias de los que tienen noticia y que están relacionados con el objeto del juicio, relevantes para la resolución del mismo.
- Las preguntas pueden versar sobre hechos personales de las mismas, pero también sobre hechos no personales, en cuyo caso deben responder las partes de acuerdo a sus conocimientos, explicando el origen de los mismos.
- El interrogatorio se realiza mediante un intercambio de preguntas y respuestas. Las preguntas se formulan oralmente en la vista, en sentido afirmativo, con claridad y precisión, no pudiéndose incluir valoraciones o calificaciones. Las preguntas no deben ser capciosas o engañosas ni sugestivas y deben recaer sobre los hechos respecto a los que se admitió el interrogatorio.
- El interrogado debe comparecer, para lo que deberá ser correctamente citado, declarar y hacerlo correctamente, y responder de forma categórica y concluyente.
- El interrogatorio de las partes presenta un doble sistema de valoración, pues se valora legalmente en determinados casos expresamente previstos en la ley, mientras que en los demás casos se valora libremente, acorde a las reglas de la sana crítica.

### Esquema

A) Antecedentes: la confesión

B) Concepto: declaración que efectúan las partes o los terceros, sobre hechos y circunstancias de los que se tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio.

C) Clases

a) Interrogatorio de personas físicas

- 1) Declaración de parte contraria
- 2) Declaración de parte colitigante
- 3) Declaración de tercero

b) Interrogatorio de personas jurídicas

- 1) Declaración de una Administración
- 2) Declaración de una persona jurídica o ente sin personalidad

D) Las preguntas

a) Verbales

b) Prohibido incluir valoraciones

- c) Hechos para los que ha sido admitido el interrogatorio
- d) Declaradas admisibles por el juez
- e) Posibilidad de impugnación

#### E) Procedimiento probatorio

- a) Solicitud
- b) Facultades del juez
- c) Lugar
  - 1) Regla general
  - 2) Excepciones
- d) Cargas del declarante
  - 1) Comparecer
  - 2) Declarar
  - 3) Responder
- e) Interrogatorio cruzado
- f) Modo de responder al interrogatorio
- g) Incomunicación de los declarantes

#### F) Valoración

- a) Las reglas legales de valoración
  - 1) Hechos perjudiciales reconocidos por una parte
  - 2) No comparecencia
  - 3) Negativa a declarar
- b) Valoración libre

***Caso docente núm. 4. Interrogatorio de las partes: formulación afirmativa de las preguntas: no excluye ni impide efectuar preguntas abiertas, siempre que no sugieran la respuesta, engañen al declarante o le pidan una valoración del hecho***  
(Sentencia Audiencia Provincial de Almería –Sección 1.ª–  
núm. 307/2002 de 3 de diciembre)

En la ciudad de Almería a tres de Diciembre de dos mil dos.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo nº 89 de 2002 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería seguidos con el nº 499 de 2001 sobre reclamación de cantidad en juicio ordinario entre partes, de una como actora D<sup>a</sup>. Dolores G. F. y de otra como demandada D. Juan G. R. cuyas demás circunstancias constan en la sentencia apelada, la primera representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Isabel S. R. y dirigida por la Letrada D<sup>a</sup>. María José C. T. y la segunda representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores L. C. y dirigida por el Letrado D. Abelardo C. L..

ANTECEDENTES DE HECHO

....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La actora, propietaria del vehículo ..., promovió demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción dimanante de culpa extracontractual del art. 1902, frente a D. Juan G. R., interesando su condena al pago de la cantidad de 2.099.867 ptas., en concepto de daños y perjuicios sufridos en aquél vehículo como consecuencia de un accidente de tráfico originado, según entiende, por la existencia en la calzada de agua procedente de las instalaciones del demandado.

La sentencia de primera instancia desestima la pretensión de la actora D<sup>a</sup> Dolores G. F. al no estar acreditado el nexo causal.

SEGUNDO

Se alega como primer extremo del recurso que se ha infringido normas o garantía procesales y el derecho a un proceso con todas las garantías causantes de indefensión. La recurrente entiende que se han infringido los artículos 302 y 368 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto se ha vulnerado por el letrado de la parte demandada las prescripciones legales referentes al interrogatorio de las partes y testigos al permitírsele que las preguntas formuladas se hieran no en sentido afirmativo y sin incluir valoraciones ni calificaciones, lo que debe acarrear la nulidad de las preguntas formuladas por el letrado de la demandada en sentido interrogativo.

Ciertamente que la ley procesal advierte que las preguntas a las partes y testigos han de ser hechos en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir en las mismas valoraciones ni calificaciones, sin embargo ello no significa que el requisito de la formulación afirmativa excluya e impida efectuar preguntas abiertas, siempre que no sugieran la respuesta, engañen al declarante o le pidan una valoración del hecho.

En el presente caso, el examen de los interrogatorios efectuados por el Sr Letrado de la parte demandada, tal como se refleja en el soporte gráfico aportado a los autos, no acredita que la formulación de las preguntas a uno y otros en términos generales, que incumplan los preceptos legales denunciados por la recurrente, pues ninguna diferencia se advierte en preguntar en sentido afirmativo o preguntar en sentido interrogativo, además de ser contrario a la lógica

gramatical formular preguntas como «Declare ser cierto o verdad a que hora vio usted el accidente»; o «Declare ser cierto la forma de ocurrir el accidente». Solamente se observa una pregunta que puede ser entendida como valorativa y es cuando se le pregunta a la actora cual creía que era la causa del accidente, pregunta por otro lado carente de relevancia en el resultado del pleito.

Por tanto, esta primera cuestión debe ser rechazada puesto que además ninguna indefensión se causó a la parte desde el momento en que no formuló en el acto queja alguna como expresamente le sugieren los arts. 303 y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni hizo constar en acta su protesta.

### TERCERO

Alega en segundo lugar la recurrente que la sentencia de primera instancia ha valorado erróneamente la prueba practicada, al omitir hechos que han quedado probados y acreditar como probados otros que no lo han sido.

Dicho alegato está íntimamente unido al siguiente, referente a la falta de prueba del nexo causal entre la existencia de agua en la calzada y la producción del daño en el vehículo de la actora y que era conducido el día 27 de agosto de 2000 por su hijo. A este respecto, la recurrente afirma en su escrito de recurso que muestra su conformidad con los hechos que la sentencia recurrida declara probados, relativos a los datos referidos al día, hora, lugar del accidente y la existencia de agua en la calzada rechazando expresamente la manifestación relativa a que no resulta probado que la causa de la pérdida del control del vehículo fuere el agua existente en la calzada.

Uno de los elementos que integran la culpa extracontractual del art. 1902 del Código Civil, es el relativo a la existencia de la adecuada relación de causalidad entre la acción u omisión culposa y al daño producido.

La jurisprudencia tiene declarado (STS 25 de febrero de 1992) que es necesaria una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivización de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, se observa que falta una actividad probatoria suficiente en orden a como se produjo la pérdida de control del vehículo que conducía el hijo de la actora y el porqué se produjo el accidente, y así, el examen conjunto de las pruebas practicadas, testifical y documental, lleva a este Tribunal a la misma conclusión que se expone en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia, en el sentido de no constar acreditado que el reguero de agua que invadía la calzada fuera la causa determinante y adecuada que provocase la pérdida del control del vehículo, pues como recoge dicha resolución, la escasa dimensión del reguero de agua (según declaraciones de la Guardia Civil) que atravesaba la carretera, carecía de efectividad suficiente para impregnar en lo suficiente los neumáticos para que se produjera el deslizamiento del vehículo.

La actora afirma en su demanda que el vehículo que conducía su hijo vio cortada su trayectoria por un impresionante caudal de agua que ocasionó el deslizamiento del vehículo, colisionando con una isleta existente a la izquierda, según el sentido de su marcha, choque que a su vez provocó el desplazamiento del vehículo y su posterior vuelco (hecho segundo de la demanda), sin embargo, las pruebas practicadas, según se ha indicado, no han acreditado ni ese caudal impresionante de agua (como se ha indicado, por la Guardia Civil refiere una anchura entre 10 y 15 centímetros) ni tampoco que el agua fuera la causante del accidente; téngase en cuenta

que con anterioridad a atravesar el reguero de agua existente en la calzada, el vehículo se salió de la calzada chocando su rueda derecha con un bordillo e invasión de terrenos mojados situados fuera de la calzada.

#### CUARTO

El último extremo del recurso interesa se modifique el pronunciamiento de costas de primera instancia, considerando que al existir dudas de derecho no debe hacerse pronunciamiento condenatorio de costas, criterio que no es asumido en el presente caso pues la cuestión debatida ni resulta de extremada complejidad ni supone o presenta serias dudas de derecho que aconsejen la no imposición de costas.

#### QUINTO

En razón a lo expuesto procede desestimar el recurso entablado confirmar la sentencia recurrida y todo ello con imposición a los recurrentes de las costas de esta alzada (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

**VISTAS** las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación,

#### FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación deducido por contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2001 por la Ilma Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería sobre reclamación de cantidad en juicio ordinario de los que deriva la presente alzada, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución, y todo ello con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firma.

## Cuestiones:

1. ¿Pueden incluir las preguntas del interrogatorio valoraciones o calificaciones?
2. ¿Cómo deben formularse las preguntas en el interrogatorio de parte?
3. ¿Cómo se valora el interrogatorio de parte?

# *Lección 5.ª Pruebas documental y pericial*

## Prueba documental

- La regulación de la prueba documental, al contrario que los otros medios de prueba, no sólo la encontramos en la LEC, sino también en el Código Civil, Código de Comercio, la Ley del Notariado y en el Reglamento Notarial.
- Debe distinguirse entre documentos públicos –aquellos que reúnen las solemnidades referidas a la forma y sujeto que lo autoriza– y privados, que carece de ellas.
- La práctica de la prueba documental es sencilla pues, en general, supone la presentación del documento por la parte que lo tiene en su poder, procediéndose a la exhibición cuando no se dispone del mismo. El documento, salvadas algunas excepciones, se acompaña a la demanda y a la contestación a la misma, no pudiendo presentarse en un momento posterior.
- Coexiste el sistema de libre valoración y legal:
  - a) Los documentos públicos: su valor probatorio viene determinado o fijado por la ley, aunque no siempre es así ni lo es de forma ilimitada.
  - b) Los documentos privados hacen prueba plena en el proceso si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen. Fuera de estos supuestos, los documentos privados se valoran libremente.

## Prueba pericial

- Medio de prueba en virtud del cual una tercera persona, poseedora de unos conocimientos especializados –técnicos, científicos, artísticos o prácticos– de los que carece el juzgador, los aporta al proceso para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos relevantes para resolver el asunto o adquirir certeza sobre ellos.
- El perito al elaborar el dictamen debe ser objetivo e imparcial, lo que se garantiza mediante el derecho de las partes de recusar a los peritos, siempre y cuando no sea el propio perito el que se abstenga. Sin embargo, si el perito es nombrado por las partes, no puede ser recusado, y para garantizar su objetividad, se puede intentar cualquiera de las tachas previstas en el LEC, mediante las cuales, si bien no se puede evitar que se preste el dictamen, sí se puede hacer notar al tribunal que existe una circunstancia que hace dudar de la imparcialidad del perito, para que lo tenga en cuenta en la valoración del mismo.
- En principio, son las partes quienes llevan los peritos o su informe al proceso, siendo sólo alternativamente nombrados por el juez, cuando así se lo soliciten las partes o éste lo considere estrictamente necesario.
- Los dictámenes periciales se valoran libremente por el juez, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

# Esquema

## La prueba documental

### A) Concepto

Documento: objeto en que se deja constancia escrita de una declaración de voluntad, la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia.

### B) Clases

- a) Documentos públicos: enumeración en el art. 317 LEC
- b) Documentos públicos extranjeros
- c) Documentos privados
- d) Documentos electrónicos

### C) Procedimiento probatorio

- a) Momento de la presentación
  - 1) Regla general
  - 2) Excepciones
- b) Forma de aportación de los documentos
  - 1) Documentos públicos
  - 2) Documentos privados
- c) Impugnación de la autenticidad del documento
  - 1) Documentos públicos
  - 2) Documentos privados

### D) Exhibición de documentos

- a) Por las partes
  - 1) Exhibir el documento
  - 2) No exhibirlo sin justificación alguna
  - 3) No exhibirlo pero justificadamente
- b) Por terceros
  - 1) Personas privadas
  - 2) Entes públicos

### E) Valoración

- a) Documentos públicos
  - 1) Prueba tasada
  - 2) Límites
- b) Documentos privados: hacen prueba plena si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen.

## La prueba pericial

### A) Concepto

Medio de prueba, en virtud del cual una tercera persona, poseedora de unos conocimientos especializados –técnicos, científicos, artísticos o prácticos– de los que carece el juzgador, los aporta al proceso para que el órgano jurisdiccional pueda

valorar mejor los hechos relevantes para resolver el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

B) Naturaleza

- a) Auxiliar del órgano jurisdiccional
- b) Sujeto de medio de prueba

C) Admisibilidad

D) Concepto de perito

- a) Tercero procesal
- b) Conocimientos especializados
- c) Voluntariamente acepta aportar tales conocimientos al proceso

E) Recusación y tacha de perito

- a) Abstención: art. 219 LOPJ + art. 124.3 LEC
- b) Recusación: art. 219 LOPJ + art. 124.3 LEC
- c) Tacha: art. 343 LEC

F) Deberes y derechos del perito

- a) Derechos
  - 1) Cobrar unos honorarios
  - 2) Solicitar provisión de fondos
- b) Deberes
  - 1) Elaborar el dictamen
  - 2) Comparecer en juicio
  - 3) Jurar o prometer decir la verdad

G) Procedimiento probatorio

- a) Dictamen de perito designado por la parte
  - 1) Con la demanda o contestación
  - 2) Excepciones:
    - Antes de la audiencia previa
    - En función de actuaciones posteriores a la demanda, antes del juicio
- b) Dictamen de perito designado por el Tribunal
  - 1) Asistencia jurídica gratuita
  - 2) A propuesta de las partes
  - 3) De oficio por el Tribunal
- c) Designación y nombramiento de perito
- d) Elaboración del dictamen
- e) Intervención en el juicio
- f) El caso particular del cotejo de letras

H) Valoración

- a) Los dictámenes de peritos se valoran libremente por el juez, teniendo especial cuidado en los casos en que se procedió a la tacha del perito.
- b) Aparente contradicción

***Caso docente núm. 5. Alcance de la fe pública notarial: acredita la fecha y el hecho que motiva su otorgamiento, pero no la veracidad intrínseca de las manifestaciones de las partes, que pueden ser desvirtuadas por los demás medios probatorios (STS núm. 987/1999 –Sala de lo Civil–, de 23 de noviembre)***

En la Villa de Madrid, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 17 de febrero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, con el núm. 682/1993 sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso ha sido interpuesto por don José Pedro Pablo B. C., representado por el procurador don Santos de Gandarillas Carmona; siendo parte recurrida don Juan Carlos R. F. y don José María R. F., representados por la procuradora de los Tribunales doña Isabel Julia Corujo.

ANTECEDENTES DE HECHO

....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hermanos, don José María y don Juan Carlos R. F. promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los cónyuges, doña Natividad A. y don José Pedro P. B. C., interesando la condena a los demandados al pago de cuatro millones de pesetas, pendientes de abono por la compra del cincuenta por ciento del local donde se encuentra ubicado el bar «Titanic», al pago de la cantidad en que fue escriturada la finca rústica sita en el barrio de la Olla, parroquia de Deva, por un importe de dos millones doscientas cincuenta mil y otros extremos.

Comparecidos los demandados, se opusieron a la demanda y formularon reconvencción, reclamando a los actores la cantidad de cinco millones doscientas cuarenta y seis mil cuatrocientas veinticuatro pesetas y pago de daños a determinar en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al pago a los actores de la suma de dos millones quinientas mil pesetas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y asimismo al pago a aquéllos de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas más los intereses legales desde el 22 de diciembre de 1992 hasta la interposición de la demanda y a otros puntos. Desestimó íntegramente la reconvencción promovida.

Interpuesta apelación por el señor B. C., la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias desestimó íntegramente el recurso.

Contra el fallo de la Audiencia Provincial confirmatorio de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón, se ha interpuesto recurso de casación articulado en tres motivos amparados en el núm. 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ya el Ministerio Fiscal en su informe estimó que no debía ser admitido el recurso, ya que todo él no es otra cosa sino una valoración parcial y personal de la prueba, tratando de convertir

el recurso en una tercera instancia. El Auto de esta Sala de 19 de enero de 1996, admitió el recurso, sin perjuicio de que en fase de plenario se puedan tener en cuenta las razones aducidas por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia infracción por aplicación incorrecta de los artículos 1091 y 1256 del Código Civil. Entiende que las partes realizaron tres contratos de compraventa, el primero en documento privado el 9 de mayo de 1992, en que vendieron a la demandada doña María Natividad A. el 50% del local del núm. ... de la avenida Castilla de Gijón por precio de ocho millones de pesetas, declarando los vendedores haber recibido con anterioridad a la firma, la cantidad de cuatro millones. Se añade que posteriormente se escrituró un documento público el 18 de agosto de dicho año de 1992, la venta del citado 50% y declararon los actores tener recibida la totalidad del precio. Con anterioridad, el 15 de mayo de dicho año el señor B. abonó como pago parcial del total de ocho millones la cantidad de cinco millones quinientas mil pesetas para levantar un embargo que pesaba sobre el local.

Finalmente, el 15 de octubre de 1992, don Juan Carlos R. F. vendió su participación a doña María Natividad A. por un precio de un millón trescientas mil pesetas.

Combate la tesis coincidente de ambas Sentencias de primero y segundo grado, relativa a que sólo resultan pagadas por los compradores la cantidad de cinco millones quinientas mil pesetas de liberación de embargo y no consta justificada cantidad alguna hasta los ocho millones pagados por la actora.

Vuelve a insistir el motivo que antes de la firma del documento privado los vendedores han recibido de los compradores la cantidad de cuatro millones de pesetas y antes de otorgarse la escritura la totalidad del precio estipulado de venta.

El motivo tiene que perecer, porque sin argumento, ni razón alguna, salvo una mera cita de los artículos 1091 y 1256 del Código Civil, pretende alterar los hechos probados en los que se encuentran conformes las resoluciones de ambas instancias.

Olvida la parte recurrente que la doctrina de esta Sala relativa a que los documentos públicos, respecto a las manifestaciones que contienen, sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad -Sentencia de 8 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6220) y no presentan un valor superior a las demás probanzas, dado el sistema de apreciación libre en que se inspiran nuestras leyes y, si es cierto que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas, no es menos cierto, que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad, pudiendo ser desvirtuadas por los demás medios probatorios -Sentencia de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988\9479)- y el valor del documento público no se extiende al contenido del mismo o de las declaraciones que en él hagan los otorgantes -Sentencia de 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\2037)- y no presentan prevalencia sobre otras pruebas -Sentencia de 14 de junio de 1989 (RJ 1989\4635). Incluso específicamente, la Sentencia de 25 de febrero de 1990 (RJ 1990\715), recoge que la declaración de haber recibido el precio los vendedores carece de sentido vinculante, pues al margen que suele aparecer en los documentos públicos con algún sentido que otro afín a una cláusula de estilo, en el plano sustantivo, no presupone efecto liberatorio si se le contrapone con otra verdad acreditada.

En cuanto a los documentos privados reconocidos, como señaló ya la añeja Sentencia de 21 de junio de 1945 (RJ 1945\863), no tienen siempre una fuerza probatoria igual y coincidente, pues sobre tal medio probatorio ejerce su inferencia la apreciación global de las pruebas y así, como recoge la Sentencia de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\705), el documento privado se puede apreciar en unión con otros elementos de juicio y su valor puede ser atribuido por la Sala sentenciadora, en unión de otros que lo corroboran -Sentencia de 12 de julio de 1988 (RJ 1988\5685).

Mas, con independencia de dicha doctrina jurisprudencial, omite el motivo que la escritura pública señala como precio de la compraventa el de dos millones quinientas veinte mil pesetas, que es el que confiesan los vendedores tener recibido con anterioridad y que choca frontalmente con el documento privado y reconocido de 9 de mayo de 1992 en que venden «una proporción equivalente al cincuenta por ciento de la finca por el precio de ocho millones de pesetas» y la parte vendedora confiesa tener recibidos cuatro millones de pesetas. El motivo tiene que perecer por ello.

TERCERO.- El segundo motivo denuncia inaplicación del art. 1218 del Código Civil y sostiene que el 18 de agosto se elevó a escritura pública y se hacía constar que el precio estipulado ya había sido recibido por los vendedores.

El motivo resulta una mera reiteración del anterior y a la contestación al mismo se remite este Tribunal para evitar innecesarias repeticiones.

CUARTO.- El motivo tercero y último aduce infracción por inaplicación del art. 1281 del Código Civil. Hace referencia al documento privado de 8 de mayo de 1992 en el que el recurrente, ejercitando la opción de compra establecida en tal contrato, adquirió por setecientas mil pesetas la finca sita en el barrio de la Olla, parroquia de Deva, mientras que la Sentencia recurrida entiende en su fundamento jurídico cuarto que tal opción no fue ejercitada, pese a que con la firma de los contratantes se acuerde el pago al contado y en el momento de la firma «del precio estipulado», tal como establece la cláusula III del referido contrato.

El fundamento jurídico cuarto de la Sentencia recurrida afirma que la escritura de apoderamiento de 18 de agosto de 1992 se otorgó para la efectividad de lo convenido en el citado contrato privado y se estableció que la señora podría venderla a quien tuviera por conveniente y por precio y condiciones que estimase oportunos, pero tales efectos, entiende el motivo, que no pueden producirse en quienes no han sido parte en el contrato inicial y el documento privado se suscribió entre los actores y el señor B. y el apoderamiento se otorga a doña María Natividad A.

Nuevamente intenta la parte recurrente hacer una nueva valoración de la prueba, con lamentable olvido que no se permite en este cauce casacional y pretendiendo ignorar que tanto el señor B., firmante del sedicente contrato de opción de compra, como su esposa y codemandada con aquél a cuyo favor se otorgó el poder, han reconocido que retuvieron la suma de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas que fue entregada por los compradores a doña María Natividad A. y la ingresaron en beneficio de la comunidad conyugal. Por ello resulta fuera de toda lógica y sentido que se intente sostener que aceptó la opción de compra y entregó las setecientas mil pesetas señaladas, cuando reconoce que, junto con su esposa, apoderada para la venta de tal bien, retuvo en el beneficio de su sociedad conyugal la cantidad de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas, precio de la venta del bien a que se refería tal opción.

El motivo tiene que ser desestimado.

QUINTO.- La desestimación de todos los motivos del recurso produce la de éste en su integridad y con la preceptiva secuela respecto a las costas señalada en el art. 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procurador de los Tribunales, don Santos Gandarillas Carmona, en nombre y representación de don José Pedro Pablo B. C., contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 17 de febrero de 1995, condenando al recurrente al pago de las costas causadas y comuníquese esta resolución a la referida Audiencia con devolución de autos y rollo remitidos en su día.

## Cuestiones

1. Alcance de la fe pública notarial
2. Valor de los documentos públicos
3. Valor de los documentos privados reconocidos

## ***Caso docente núm. 6. La intervención del perito por medio de videoconferencia***

ANA MONTESINOS GARCÍA, «La intervención del perito por medio de videoconferencia», *Revista de la Contratación Electrónica*, n.º 98, noviembre 2008, pp. 3-34

Palabras clave: videoconferencia–prueba pericial–proceso judicial

Resumen: el empleo de la videoconferencia a la hora de practicar algunos medios probatorios es ya posible en nuestro ordenamiento jurídico bajo determinados requisitos y presupuestos legalmente previstos y siempre que se respeten los principios fundamentales sobre los que se basa el proceso judicial. Entre los diferentes medios probatorios, es justamente la prueba pericial la más idónea y paradigmática en aras a llevarse a cabo a través de este nuevo medio tecnológico, del que ya disponen nuestros Tribunales.

Índice: 1. Breves notas introductorias 2. La videoconferencia en el proceso judicial español 3. La intervención de los peritos por videoconferencia a) Iniciativa y motivos de su empleo b) Presupuestos legales imprescindibles c) Práctica de la prueba pericial d) Posible utilización de la webcam 4. Ventajas e inconvenientes 5. Afectación de principios procesales: a) Principio de inmediación b) Principio de contradicción c) Principio de publicidad d) Principio de unidad de acto 6. Conclusión

### **1. Breves notas introductorias**

Las tecnologías de la transmisión del sonido y la imagen posibilitan que actos procesales que habrían de realizarse por medio de la comparecencia personal ante el tribunal se puedan ahora llevar a cabo a través de videoconferencia, sin necesidad de desplazamiento alguno a la sede de los juzgados. Esta posibilidad comprende múltiples opciones, que pueden ir desde las intervenciones de los fiscales en el proceso judicial hasta la práctica de los medios de prueba consistentes en la declaración del imputado, del testigo y la del perito, tanto en la fase del juicio oral como en la fase de instrucción. En el presente estudio nos centraremos en el empleo de la videoconferencia en nuestros tribunales, principalmente a la hora de llevar a cabo la práctica de la prueba pericial.

El servicio de videoconferencia es un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares.<sup>1</sup> Etimológicamente, combina la noción de transmisión de imágenes y sonido a distancia (video), y la de conversación o diálogo entre diferentes personas que se expresan alternativamente (conferencia).<sup>2</sup>

1. El Diccionario de la Real Academia Española define la videoconferencia del siguiente modo: «Conferencia mantenida mediante imágenes y sonidos transmitidos por una red de comunicaciones».

2. GARDENES, S., «El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia», *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 744.

El servicio consiste, básicamente, en interconectar mediante sesiones interactivas a un número variable de interlocutores, de forma que todos puedan verse y hablar entre sí, lo que implica comunicación verbal, visual y auditiva, acompañada en ocasiones de un intercambio de datos. En cada punto de conexión se emplea un equipo compuesto por un televisor o monitor de alta resolución capaz de reproducir la imagen y el sonido, y un equipo de transmisión, estableciéndose entre los distintos participantes una comunicación bidireccional plena en tiempo real de un acto al que acuden personas ubicadas en diferentes lugares, como si se encontraran en la misma sala.<sup>3</sup>

La comunicación a través de la videoconferencia se caracteriza por tres notas fundamentales:<sup>4</sup> *a*) es integral, ya que permite el envío de imagen (presentaciones powerpoint, video, multimedia, etc.), sonido (voz de alta calidad, música, multimedia, etc.) y datos (ficheros automáticos, bases de datos, web, etc.), *b*) es interactiva, pues permite una comunicación bidireccional en todo momento y por último, *c*) Es sincrónica, es decir, funciona en tiempo real, pues se transmite en vivo y en directo desde un punto a otro o incluso entre varios puntos a la vez.

Como todos sabemos, el dictamen de los peritos se aportará al proceso cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, bien para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, bien para adquirir certeza sobre ellos.<sup>5</sup> Vamos a ver en las líneas que prosiguen, cómo la videoconferencia permite a los peritos intervenir en las actuaciones judiciales, principalmente a la hora de ratificar en juicio oral su informe o dictamen, a través de este nuevo instrumento, aumentando así su productividad, pues es innegable que la reducción de los tiempos de desplazamiento y espera redundará en su óptimo beneficio. Consecuencia de ello, podemos decir que será más factible, a partir de ahora, el acudir a peritos de otras localidades o incluso de otros países, siempre y cuando resulte necesario.

## 2. La videoconferencia en el proceso judicial español

En nuestro Derecho, como punto de partida, nos encontramos con el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>6</sup> (en adelante, LOPJ), disposición genérica prevista tanto para el proceso penal como para el civil, que permite la utilización de cualesquiera medios técnicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de la actividad y ejercicio de las funciones de los Jueces y Tribunales.<sup>7</sup> Este precepto

3. Además, nos encontramos con la posibilidad de colocar en cada punto de conexión un mando a distancia para manejar la cámara situada en la sala, o bien establecer en uno solo de los puntos un mando a distancia capaz de dirigir remotamente las cámaras situadas en los otros puntos de conexión. ORTIZ PRADILLO, J. C., «El uso de la videoconferencia en el proceso penal español», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, núm. 67, julio-agosto 2007, ed. Revista dos Tribunais, Brasil, pp. 164 -212.

4. REUNA (Portal de la Red Universitaria Chilena), «Tecnologías y aplicaciones» en [http://reuna.cl/central\\_apunte/apuntes/video.html](http://reuna.cl/central_apunte/apuntes/video.html), (fecha de consulta: 14/2/2006).

5. Vid. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 339.

6. Introducido por LO 16/1994, de 8 de noviembre.

7. Con las limitaciones que el empleo de tales medios establece la LO 5/1992 de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y demás leyes que resulten de aplicación. Ley derogada por la LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, ley que a su vez ha sido desarrollada por el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo.

viene estrechamente entrelazado con el artículo 45 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo que comenzó, aunque tímidamente, a introducir las nuevas tecnologías en los procedimientos administrativos, al obligar a las Administraciones Públicas a impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que del empleo de tales medios instauran la Constitución y las leyes.<sup>8</sup>

En el contexto del proceso penal y a pesar de los dos preceptos anteriormente mencionados, se publicó la Instrucción 1/2002 de la Fiscalía General del Estado («Acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia»), que supuso un freno a la implantación de la videoconferencia, al oponerse a la celebración de juicios orales utilizando el sistema de videoconferencia, declarando que los principios procesales fundamentales se ven sin duda afectados por la celebración de un juicio oral a través de esta técnica.<sup>9</sup>

Tan solo unas semanas más tarde,<sup>10</sup> vino a solventar el problema la Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado de 1 de marzo de 2002 («Actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia»), que reconoció expresamente la posibilidad de realizar determinados actos procesales a través del sistema de videoconferencia, describiendo sistemáticamente pero de una manera abierta, los supuestos en los que cabe la utilización de este sistema.<sup>11</sup> Además, aclaró que

8. Precepto que ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, sobre utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado y posteriormente, del Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero «por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos».

9. Debemos tener presente que dicha Instrucción estuvo plenamente condicionada por un supuesto muy concreto como fue el pronunciamiento de un Tribunal de una zona insular española y de su intención de realizar los juicios orales constituidos en la sede del Tribunal, mientras que el fiscal y demás acusaciones, el acusado, su defensa, los testigos y peritos se encontrarían en otra sede diferente a la del propio Tribunal (concretamente en otra de las islas de la misma demarcación), con el objetivo de evitar sus propios traslados a otras localidades de la provincia insular trayendo a su sede virtualmente a las diferentes personas que debían intervenir en el proceso y, con ello, obviar las molestias que tales desplazamientos suelen conllevar. Por tanto, de lo que se trató fue de paliar la posible generalización de tales prácticas cuyos fines no se dirigían a garantizar la tutela judicial efectiva.

10. La Instrucción 1/2002 es dictada el 7 de febrero de 2002, mientras que la Instrucción 3/2002, lo fue el 1 de marzo de ese mismo año.

11. Dicha Instrucción, sin ánimo exhaustivo alguno, señaló algunas de las principales utilidades procesales de la videoconferencia dentro del marco jurídico vigente y que exponemos a renglón seguido:

- «1. Complemento del auxilio judicial, nacional e internacional: la aplicación de la videoconferencia puede contribuir a agilizar la tramitación del proceso porque permite la eliminación de las dilaciones originadas por la utilización del auxilio judicial, nacional o internacional, cuando la persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional. De hecho la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie personalmente la práctica de la prueba.
2. Declaración de testigos y peritos: podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.  
De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio.
3. Protección de la libre y espontánea declaración de personas: la videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Si bien esta utilidad se proyecta sobre todos los órdenes jurisdiccionales, resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones

la anterior Instrucción (1/2000) respondió a un supuesto muy concreto y fue dictada por la preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual.

Visto lo anterior, podríamos pensar que con la sola existencia del artículo 230 LOPJ ya podría justificarse el empleo de la videoconferencia en nuestro ordenamiento pues, al fin y al cabo, se trata de una habilitación general para la utilización de cualquier medio técnico, electrónico, informático y telemático que surja o pueda surgir en el futuro, en cualquier procedimiento judicial. Sin embargo, tal carácter general provocó que se cuestionara su viabilidad y generó dudas respecto a su aplicación en el proceso, reflejándose la necesidad de dictar normas sobre esta materia.<sup>12</sup>

Precisamente, la norma procesal penal específica que reguló por primera vez el empleo de la videoconferencia, fue la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley que reformó los artículos 448 y 707 LECrim, según los cuales el menor de edad testigo, atendiendo a sus circunstancias personales y a la naturaleza del delito y previo informe pericial, podrá declarar a través de cualquier medio técnico o audiovisual en aras a evitar la confrontación visual con el acusado. Sin embargo, este tímido reconocimiento al empleo de la videoconferencia, se refirió únicamente a la prueba testifical y muy concretamente al supuesto concreto en el que el testigo fuera menor de edad; exigiéndose además, el preceptivo informe pericial que valorara la situación personal del testigo así como una resolución judicial motivada que acordara su uso.<sup>13</sup>

Aunque no debemos olvidar la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, cuyo artículo 2.º, aunque sin

---

de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los arts. 9.1 y 11.2 d) de la LO 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad. Por otra parte, recordemos que en el proceso penal, el último párrafo del art. 448 lecrim dispone que ... cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba...; y el art. 707 segundo párrafo lecrim contiene idéntica redacción.

Asimismo, la videoconferencia se convierte en un instrumento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la LO 19/1994, de 23 de diciembre, en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

4. Disminución de traslados desde Centros penitenciarios: la videoconferencia aporta indudables beneficios cuando la persona que debe comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un Centro Penitenciario. En primer lugar, la eliminación del traslado de un órgano a otro incrementa la seguridad, disminuyendo el riesgo de fuga. Por otra parte, se reducen considerablemente los costes en medios materiales y personales derivados del empleo de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar las conducciones».

12. ENCINAR DEL POZO, M. A., «La utilización de la videoconferencia en el proceso penal. Especial referencia a las declaraciones de menores de edad», *Revista del poder judicial*, núm. 77, 2005, p. 224.

13. En dicho momento se efectuaron declaraciones y comparecencias a través de videoconferencia; muestra de ello fueron las sentencias siguientes: SAP Sevilla de 5 de febrero de 2002 (JUR 2002/88888), SAP Madrid de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/124743), SAP Navarra de 6 de febrero de 2003 (ARP 2003/627).

referirse expresamente a los nuevos medios tecnológicos, ya reconoció con anterioridad la posibilidad de comparecencia en un proceso penal para la práctica de cualquier diligencia, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

La aceptación de la videoconferencia se demostró aún con mayor claridad, cuando desde la Dirección General de Modernización de la Administración se promovió la reforma de la LOPJ y de la LECrim, de tal manera que a través de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional se modificaron los artículos 306 y 325 LECrim, se introdujo un nuevo precepto: el artículo 731 *bis* LECrim, y se añadió un nuevo párrafo al artículo 229 LOPJ.

Abordamos en primer lugar la trascendencia de esta reforma por este último precepto, el artículo 229 LOPJ, el cual declara: «1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación<sup>14</sup>. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley».<sup>15</sup>

Siendo a través de la Disposición adicional única de la Ley 13/2003 que venimos comentando, que se añadió un tercer párrafo a dicho artículo, por medio del cual se permitió expresamente el recurso a la videoconferencia en todas aquellas diligencias previstas en el párrafo anterior, es decir, en las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas; quedando redactado de la siguiente manera: «3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».

Siguiendo con la reforma operada por la Ley 13/2003 y en lo que a la LECrim atañe, se introdujeron tres cambios fundamentales. En primer lugar, su artículo 4 añadió un nuevo párrafo (IV) al artículo 306 LECrim, disponiendo que cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505 LECrim, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. En segundo lugar, se añadió el artículo 731 *bis* LECrim, que recientemente ha sido modificado

14. Este párrafo se ha mantenido intacto desde 1985.

15. Redactado este segundo apartado según la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

por la LO 8/2006, de reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del menor y a través del cual se permite que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, y por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor, pueda acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Por último y en una línea muy semejante, se modificó el artículo 325 LECrim, esta vez referido a la fase de instrucción, –y no a la de juicio oral como hace el artículo anterior (art. 731 *bis*).

En lo que al proceso civil respecta, si bien no existe ninguna disposición específica que contemple expresamente el empleo de la videoconferencia, son muchas las referencias a las nuevas tecnologías en la Ley de Enjuiciamiento Civil, quien ya en su Exposición de Motivos señala que la misma, atenta al presente y previsora del futuro, abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes. Entre otras, destacamos la previsión referente a la documentación de las actuaciones civiles mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido (art. 147 LEC); el artículo 162 LEC referente a los actos de comunicación electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, el artículo 135.5 LEC que propone el envío y recepción de escritos y documentos por medios técnicos entre los tribunales y los sujetos intervinientes; los artículos 172 y 175 LEC, que contemplan la posible remisión y devolución de los exhortos al órgano exhortado por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción o los dos nuevos medios de prueba: la prueba por medios audiovisuales y la prueba por instrumentos de archivo (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), etc.

### 3. La intervención de los peritos por videoconferencia

La pericia realizada a través de videoconferencia ha sido denominada por URBANO CASTRILLO, «prueba pericial videográfica», quien la ha definido expresamente del siguiente modo: «Aquella modalidad de pericia que se practica en un punto determinado, distinto de la Sala de Vistas del Juzgado o Tribunal, ante la cual se visualiza, mediante una comunicación en tiempo real de imagen y sonido, permitiendo participar a las partes procesales».<sup>16</sup>

16. Manifiesta este autor que la prueba pericial videográfica participa de una doble naturaleza, porque es a la vez, pericia y prueba tecnológica. Como pericia, es prueba personal, en cuanto constituye una declaración del conocimiento del perito tendente a suministrar al juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (art. 456 LECrim) de los que carece el juez, pero por su modo de plasmación, es una prueba tecnológica, prevista en los artículos 299.2 y 382.2 LEC, cuya naturaleza es documental, en cuanto se corporeiza a través de un soporte material cual es el documento electrónico. De la conjunción de ambos elementos – pericial y tecnológico- la prueba videográfica resulta ser una clase específica de medio probatorio, a la cual es de aplicación la formativa y jurisprudencia existente sobre dichas modalidades de prueba, en tanto no se vaya conformando un cuerpo de doctrina propio que la individualice. URBANO CASTRILLO, E., «La prueba pericial videográfica», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 4, abril 2004, p. 8.

La intervención del perito en el juicio por medio de videoconferencia viene contemplada expresamente en el artículo 731 *bis* LECrim, al señalar que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que la actuación del perito se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.

### a) Iniciativa y motivos de su empleo

En primer lugar y como punto de partida, debemos aclarar de quién debe o puede provenir la iniciativa de decidir el empleo de esta tecnología y al respecto, manifestamos que el empleo de la videoconferencia puede acordarse tanto de oficio por el propio órgano judicial —cuando por diversas razones de distinta índole lo considere apropiado—, como a solicitud de cualquiera de las partes o incluso de aquellos que deben intervenir en el proceso en calidad de peritos, testigos, etc. En definitiva, consideramos que nada impide que sea el propio perito quien solicite al órgano judicial dicha práctica.

Partiendo del artículo 731 *bis* LECrim son fundamentalmente tres los motivos por los que se admite la utilización de la videoconferencia en el proceso judicial, éstos son: a) de seguridad u orden público, b) de oportunidad y por último, c) de utilidad.

#### a) De seguridad u orden público

El empleo de la videoconferencia en un proceso suprime los traslados de los presos a la sala de juicio, al permitir que éstos declaren a través de este medio incluso desde el mismo centro penitenciario en el que se encuentran reclutados; con ello se evitan los eventuales percances o situaciones peligrosas que podrían provocarse en la sala ante una posible alteración del orden. Además, se puede evitar el riesgo de fuga que conlleva su transporte a los tribunales, reforzando la seguridad de los procesos, así como mermando posibles perturbaciones. Por tanto, debemos reconocer que especialmente idónea resultará su utilización en los denominados macro juicios en los que intervienen un número alto de testigos, imputados, peritos, etc.

#### b) De oportunidad

Nos referimos con este motivo, principalmente, a aquellos casos en los que la comparecencia del sujeto que deba intervenir en el juicio pueda resultarle especialmente gravosa o perjudicial. En este sentido y en primer lugar, aquellos que deban presentar su declaración en el proceso, bien sean testigos, peritos o incluso el mismo imputado, y residan fuera de la sede física del Juzgado (alejados de ésta o incluso en otros país) resultándoles difícil o gravoso comparecer ante él, podrán hacerlo a través de este nuevo medio tecnológico, que permite su no-desplazamiento. Tal y como ocurrió, a título de ejemplo, en el Auto del TS de 23 de noviembre de 2006,<sup>17</sup> en donde se consideró razón suficiente, la declaración por

17. JUR 2007/7576.

videoconferencia de los médicos peritos, a la vista de la gran distancia entre ambos puntos de la geografía española, con el objeto de que éstos no descuidaran sus atenciones como médicos de asistencia primaria en sus respectivas localidades.

Por tanto, podemos incardinar dentro de este motivo, las comparecencias mediante videoconferencia de aquellos peritos que colaboran con asiduidad con la Administración de Justicia, como son aquellos del Instituto Nacional de Toxicología,<sup>18</sup> los Médicos Forenses<sup>19</sup> y las Unidades especializadas de Policía Científica. Consiguiendo con ello, además de una agilización en el proceso y en la práctica de determinadas diligencias, una mayor eficiencia en las tareas de dichos organismos, quienes gracias a esta tecnología, evitarán continuos desplazamientos a la sede judicial, empleándolo en una mejora de sus servicios.

### c) De utilidad

Debemos reconocer que este último motivo puede llegar a convertirse en una especie de cajón de sastre que merecidamente por su indeterminación, pensamos, debe ser considerado con mayor cautela.<sup>20</sup>

Nos hallamos ante aquellos motivos que se fundamentan en la peligrosidad que puede conllevar para la persona, la concurrencia en la sala el día del juicio. Nos estamos refiriendo fundamentalmente a los testigos y peritos protegidos, supuestos en los que consideramos especialmente idóneo el empleo de la videoconferencia. Se trata, al fin y al cabo, de situaciones que ya venían expresamente recogidas en nuestra ley procesal penal, así como en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales,<sup>21</sup> como ocurría con el testigo impedido físicamente (art. 10 LECrim) o que reside en el extranjero (art. 242 LECrim), el imposibilitado de concurrir (art. 448 LECrim), etc., pero que a partir de ahora pueden encontrar una solución eficaz con el empleo de esta nueva tecnología.

Dentro de este motivo también nos encontramos con aquellos supuestos en los que de lo que se trata es de proteger a la víctima en el juicio oral y evitar las posibles victimizaciones secundarias<sup>22</sup> que pueden originarse en el sujeto ofendido por el delito, pudiendo protegerse en mayor medida los derechos de quienes han de participar en el proceso a través de la videoconferencia y su consecuente factibilidad de evitar la confrontación física de, entre otros, víctima y acusado.

18. Vid. la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/3038), en donde declaran por videoconferencia tres peritos técnicos del Instituto Nacional de Toxicología de Madrid.

19. Vid. la STS de 15 de abril de 2005 (RJ 2005/5056).

20. En sentido similar, MEDRANO I MOLINA, J. M., *Diligencias de investigación y tecnologías de la información y de la comunicación*. Trabajo de investigación inédito, Valencia, 2004, p. 41.

21. La misma Exposición de Motivos de la Ley 19/1994, manifiesta que es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

22. Constituye ya una constante la afirmación relativa a que el contacto de la víctima con la Administración de Justicia produce a ésta un segundo efecto victimizador. Tan extendida está la opinión de que la relación de la víctima con el sistema jurídico penal produce a ésta una segunda experiencia fundamentalmente de signo negativo que para referirla se ha acuñado la expresión «victimización secundaria». Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, p. 266.

## b) Presupuestos legales imprescindibles

La resolución por la que el juez o tribunal decide acudir a la videoconferencia adoptará la forma de auto, y se comunicará a las partes y a los sujetos interesados, –en nuestro caso a los peritos– para que tengan conocimiento de ello. Esta resolución vendrá condicionada por el cumplimiento de cuatro presupuestos legales imprescindibles: legalidad, excepcionalidad, proporcionalidad y especial motivación; a cada uno de ellos vamos a referirnos a continuación.

### 1. Legalidad

En primer lugar, debemos tener claro que el empleo de la videoconferencia debe encontrarse previsto legalmente. Hemos ido contemplando a lo largo del presente trabajo, que la videoconferencia ha sido regulada en nuestro ordenamiento jurídico en diferentes preceptos, por tanto, no podemos negar que este instrumento ostenta el debido respaldo en nuestro Derecho (art. 229 LOPJ, arts.306, 325 y 731 bis LECrim, etc.).

### 2. Excepcionalidad

La regla general debe ser la presencia física del perito en la sala del juicio; sin embargo, se permite excepcionalmente el empleo de la videoconferencia cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Por tanto, hemos de aceptar que las normas reguladoras del uso de la videoconferencia deben ser de aplicación excepcional y por ello la resolución que adopte el juez en la que se acuerde que la diligencia se desarrollará mediante este nuevo medio deberá ser motivada. En este sentido, la Instrucción 3/2002 FGE se refiere a la «posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia» y no a su obligatoriedad, por lo que en ningún caso tal opción podrá ser forzosa. La excepcionalidad del empleo de la videoconferencia en el proceso penal ha quedado claramente reflejada en los artículos 325 y 731 bis LEC.

### 3. Proporcionalidad

El empleo de la videoconferencia debe resultar proporcional e idóneo en aras a conseguir el fin pretendido. Por tanto, el Tribunal deberá rechazar su utilización cuando conlleve una afcción de los intereses de las partes, debiendo valorar en cada caso, la proporcionalidad existente entre el sacrificio que supone la no presencia en el acto del juicio del perito en cuestión y aquellos motivos que justifiquen su ausencia.<sup>23</sup>

Los estándares de proporcionalidad pueden variar, por lo que se debe tener en cuenta la naturaleza del acto en cuestión y el momento procesal en que la diligencia se va a llevar a cabo. Desde luego, el recurso a este medio tecnológico será especialmente idóneo cuando no existan otras opciones o medidas que puedan acarrear idénticos resultados o consecuencias, mostrándose la videoconferencia como la alternativa menos gravosa, y más práctica, eficaz e idónea.

23. En sentido similar se pronuncia MUÑOZ CUESTA en «Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2005, BIB 2005, 2180, cit., p. 1.

#### 4. Especial motivación

El juez que acuerde acudir a la videoconferencia deberá motivarlo expresamente en la resolución en la que adopte tal medida, razonando debidamente los motivos decisivos que han sido considerados a la hora de utilizar este medio sobre la base de los acontecimientos producidos y las normas implicadas; lo que además deberá reflejarse con claridad en la sentencia que posteriormente vaya a dictarse.

La motivación permite el futuro control de la decisión adoptada ante la posible conculcación de alguno de los principios procesales que deben respetarse. Al respecto, la Instrucción 3/2002 FGE señala que la exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de la videoconferencia constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales. De ahí que la resolución por la que se acuerde la práctica de un acto de investigación o prueba, habrá de expresar las razones que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes en los casos en que puedan verse afectados.

#### c) Práctica de la prueba pericial

Debemos recordar en este momento, que toda pericia se compone principalmente de dos fases, una primera que consiste en la emisión del dictamen pericial (que podrá ser oral o escrito) y, una segunda que se constituye con la comparecencia del perito/s en sede jurisdiccional en aras a su posterior ratificación.

Viene siendo doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada la que establece que las pruebas periciales practicadas en fase de instrucción, si son llevadas a cabo por técnicos integrados en organismos oficiales podrán surtir eficacia probatoria sin necesidad de ratificación de los mismos por sus autores en el juicio oral siempre que no sean impugnados por la defensa del acusado, ello como consecuencia de la propia naturaleza oficial de tales organismos, de la especial cualificación que los técnicos de los mismos han de acreditar para poder entrar a formar parte de su personal y de las características de los procedimientos de análisis empleados. Ahora bien, caso de que medie impugnación por la defensa, la prueba, como ocurrirá con cualquier otra, deberá practicarse en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes hubieren materializado los análisis o peritajes en fase de instrucción (SAP Barcelona de 14 de julio de 2004).<sup>24</sup>

Debemos, por tanto, distinguir los supuestos en los que nos encontramos ante una pericia oficial frente aquellos en los que la pericia es particular, es decir, presentada por una de las partes del proceso o incluso por ambas. La pericia oficial podrá ser impugnada, accediendo de tal modo al plenario, en el supuesto en el que alguna

24. RJ 2004/218292.

de las partes así lo solicite.<sup>25</sup> En tal caso, tanto cuando se trate de la ratificación y sometimiento a la contradicción procesal de un dictamen obrante en actuaciones, como de la emisión del informe pericial, la LECrim permite la intervención del perito mediante videoconferencia, siempre que así se acuerde por el juez o Tribunal. Lo mismo dice la LECrim respecto de los peritos particulares, pero en estos casos en los que el perito no es conocido, parte de la doctrina ha considerado que la vía de la videoconferencia debe contemplarse de un modo más restrictivo.<sup>26</sup>

Desde luego, no podemos negar que el recurso a este nuevo instrumento tecnológico resultará sumamente ventajoso para aquellos peritos que colaboran con asiduidad con la Administración de Justicia, como son los médicos forenses, policía científica, aquellos del Instituto Nacional de Toxicología, etc., que ya no tendrán que desplazarse a otros destinos diferentes a los de su localidad para ratificar su informe pericial, pudiendo invertir el tiempo de tales desplazamientos en una mejora en sus labores, siempre que no se precisen diligencias que requieran ineludiblemente la presencia física del perito para su normal desarrollo, como puede ocurrir, por ejemplo, con una diligencia de auscultación.<sup>27</sup>

Además, si bien ambas fases pueden llevarse a cabo por medio de videoconferencia, consideramos que esta nueva tecnología se convierte en un excelente instrumento, principalmente, para la ratificación en el juicio oral de los informes periciales y, muy especialmente, en aquellos supuestos en los que su comparecencia en el acto del juicio pueda considerarse gravosa para los peritos, por razones tales como la dificultad de desplazamiento, o cualquier condición o circunstancia personal del perito, como puede ser una enfermedad o una mera cuestión de seguridad.<sup>28</sup>

Para que se practique debidamente la prueba pericial, deberá asegurarse la correcta identidad del perito encargado de realizar el informe, lo que podrá realizarse tanto mediante la previa remisión o la exhibición directa de la documentación pertinente, como por conocimiento personal<sup>29</sup> o por cualquier otro medio procesal idóneo, tal y como señala el artículo 229.3 LOPJ. Es por tanto el secretario judicial

25. Esta pericia, tal y como dispone el artículo 788.2 LECrim, en la redacción otorgada por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores, en el procedimiento abreviado tendrá carácter de prueba documental cuando se trate de informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

26. En este sentido se ha pronunciado, URBANO CASTRILLO, E., en *La prueba pericial videográfica*, cit., p. 12.

27. Vid. la STS de 29 de junio de 2007 (RJ 2007/3968), en donde el perito ratifica su informe por este medio. Vid. asimismo la STS de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2007/361504), en donde el funcionario de la policía en cuestión, emite su informe pericial por videoconferencia desde donde estaba destinado en el momento de realizar su informe; la STS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9562), en donde la perito declaró sobre su informe en el juicio oral también por este medio y la SAP de Madrid de 5 de octubre de 2006 (ARP 2006/722).

28. Manifiesta ÚBEDA DE LOS COBOS, que debe darse una interpretación muy favorable a que los peritos declaren por videoconferencia, especialmente si se quiere evitar aquellas situaciones, comunes en la práctica, en las que la parte únicamente impugna el dictamen pericial con la finalidad de conseguir la ineficacia de la prueba si los peritos no comparecen al plenario (recuerda este autor, que la asistencia de los peritos al plenario suele tener por único fundamento la prevención del Ministerio Fiscal por si su resultado es impugnado en los escritos de defensa). «Videograbación y videoconferencia», *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la videovigilancia*, AAVV, (coord. VELASCO NÚÑEZ, E.), Ed. CGPJ, 2007, p. 344.

29. De esta modalidad, MAGRO SERVET predica su dificultad, salvo que se trate de peritos responsables del Instituto de Toxicología o de otra institución, que ya hayan intervenido en otras ocasiones y que tras su identificación en el juicio sean conocidos por el secretario judicial, por lo que el secretario haría constar en el acta, que lo identifica por conocimiento personal. «Las Nuevas tecnologías en el proceso penal. En particular, el uso de la videoconferencia», *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. 58, 2004, p. 204.

quien llevará a cabo los trámites necesarios a la hora de acreditar la identidad de los declarantes; acreditación que podrá realizarse bien antes del juicio, mostrando los correspondientes documentos identificativos de la persona (DNI, pasaporte, etc.), como durante la propia comunicación por videoconferencia, exhibiendo el documento necesario a través de este mismo medio.

Además, el mismo secretario será quien, previamente a su puesta en marcha, realizará las actividades oportunas y necesarias para garantizar y asegurar la viabilidad y condiciones técnicas de la comunicación, tratando de controlar durante el curso del proceso, las posibles incidencias que puedan aparecer en el desarrollo de la práctica de la prueba, así como atender a las posibles peticiones del juez relativas a una mejora en la visualización, detenimiento en un plano concreto, corrección en el sonido, etc. En todo momento, la videoconferencia deberá avalar la calidad de sonido e imagen necesaria para que la intervención del perito pueda apreciarse adecuadamente, y al mismo tiempo éste pueda mostrar los documentos pertinentes, siendo posible una comunicación bidireccional en el sentido de que el juez y las partes puedan realizarle las preguntas, observaciones y aclaraciones requeridas en el supuesto concreto.<sup>30</sup>

Ejemplo de prueba pericial practicada a través de videoconferencia lo hallamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 6 de febrero de 2003,<sup>31</sup> donde se aceptó que este medio probatorio se practicase a través de esta tecnología, permitiendo que los peritos emitiesen su informe desde la Audiencia de Barcelona, en presencia de secretario judicial, quien dio fe de la identidad de los peritos y del acto de emisión de su informe que tuvo lugar durante la celebración del propio juicio, y fue apreciado en tiempo real por el Tribunal, acusación, defensas, acusados y público en general, pudiendo tanto la acusación como la defensa, sin merma alguna en los principios de inmediación y contradicción real, interrogar a los peritos.<sup>32</sup>

#### d) Posible utilización de la webcam

Consideramos oportuno reflexionar, aunque se trate de unas escuetas pinceladas, acerca de la posibilidad del empleo de la webcam en lugar de la videoconferencia en los juzgados.

Una cámara web o webcam es una pequeña cámara digital conectada a un ordenador que puede capturar imágenes y transmitir las a través de Internet en directo;<sup>33</sup> normalmente están formadas por una lente, un sensor de imagen y la circuitería necesaria para manejarlos.

30. El rendimiento obtenido dependerá enormemente de la calidad de la tarjeta de video, de su configuración y, muy especialmente, del módem y del tipo de línea que se utilice para su transmisión.

31. JUR 2003/84464.

32. Hace igualmente referencia a la ratificación de los informes periciales por videoconferencia, la SAP de Burgos de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002/193078).

33. Las webcams requieren un ordenador para transmitir las imágenes. Sin embargo, existen otras cámaras autónomas que tan sólo necesitan un punto de acceso a la red informática, bien sea ethernet o inalámbrico; para diferenciarlas de la webcam o cámaras de web se las denomina netcam o cámaras de red.

Como hemos podido observar en repetidas ocasiones, nuestro sistema legislativo permite el empleo de otros medios similares a la videoconferencia, entre los que podríamos tal vez incluir el de esta tecnología. Así lo hace, a título de ejemplo, el artículo 306 LEC cuando dispone: «... mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido», y en idéntico sentido se proclama el artículo 229.3 LOPJ.

Autores como MAGRO SERVET, no ven impedimento alguno al empleo de la webcam, considerando perfectamente reconocida la viabilidad legal de su utilización en la práctica de pruebas, con tal de que se garantice la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupo de personas geográficamente distantes, asegurando la contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, lo que queda garantizado ya que la interlocución es perfectamente posible.<sup>34</sup>

Si bien es cierto lo mencionado en el párrafo anterior, nuestra posición no es tan atrevida como la del autor anteriormente mencionado, quien considera que el sistema de la utilización de la webcam para recibir declaración a cualquier persona que ante un órgano judicial tenga que deponer, puede realizarse desde su propio domicilio o lugar de trabajo si previamente se ha acordado en el procedimiento judicial mediante la oportuna resolución judicial que autorice la declaración con base en el artículo 299.3 LOPJ y las partes conozcan esta forma de efectuarse la declaración.

Desde luego, con este sistema se produciría un ahorro de costes, pues la tecnología es considerablemente más barata que la requerida para la videoconferencia –unos treinta euros. Sin embargo, consideramos que la Administración de Justicia debe tratar de garantizar una comunicación de alta definición, que capte los diferentes planos que requiere una visualización correcta que pueda identificarse con la realidad y, por tanto, debe asegurar la calidad de los equipos técnicos, que en nuestra opinión, serán más complejos que los de una webcam.

Tal vez en el único supuesto en el que podríamos llegar a aceptar el empleo de las webcam, sería justamente en la práctica de determinadas pruebas periciales y con respecto a aquellos peritos que colaboran con asiduidad con los órganos jurisdiccionales, como pueden ser los médicos forenses, quienes están obligados a desplazarse continuamente a los juzgados, y a través de esta tecnología podrían verse sumamente beneficiados. Nos referimos a aquellos supuestos en los que no resulta crucial su presencia en el juicio, y la calidad de la imagen no sea extremadamente importante.

---

34. MAGRO SERVET, V., «Nuevas tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales», *Diario La Ley*, año xxv, núm. 6132, 22 de noviembre de 2004, p. 3.

## 4. Ventajas e inconvenientes

Son muchas las ventajas que conlleva la utilización de la videoconferencia en la práctica diaria de los juzgados, y entre ellas, siguiendo en parte el listado llevado a cabo por el Ministerio de Justicia, destacamos las siguientes:<sup>35</sup>

a) Agilización de la actividad de los juzgados: la videoconferencia permite que se lleven a cabo diversas actuaciones distantes en el tiempo y en el espacio de la sede judicial, que de hacerse presencialmente tardarían días o incluso meses.

b) Reducción de los desplazamientos: mediante esta tecnología pueden intervenir en el proceso, peritos, testigos y partes con domicilio o residencia fuera del partido judicial donde se realice el juicio, lo que resultará sumamente conveniente en aquellos supuestos en los que el sujeto que deba intervenir, como puede ser el perito, resida en el extranjero.

Además, con tal reducción de desplazamientos se evitarán en muchas ocasiones las posibles suspensiones por incomparecencia de aquellas personas que deban intervenir en el acto del juicio, o incluso el que se llegue a celebrar un juicio, a pesar de la incomparecencia del perito, dictándose una sentencia que podría calificarse de injusta, precisamente por la falta de una prueba esencial como era la pericial, produciéndose de este modo un fracaso en el sistema judicial.

c) Mayor seguridad: en estrecha relación con el punto anterior, podemos afirmar con rotundidad, que con el empleo de las nuevas tecnologías se mejoran las condiciones de seguridad, al evitarse los traslados de reclusos y presos a las instancias judiciales, disminuyendo en gran medida los eventuales riesgos de fugas, principalmente en aquellos macro juicios en los que pueden llegar a concurrir en la sala del juicio un gran número de detenidos, lo que conlleva la necesaria adopción de numerosas medidas de seguridad.

Asimismo, con esta tecnología se impide la comunicación de unos testigos con otros, que difícilmente es cumplida en los pasillos de nuestros órganos judiciales, evitando posibles situaciones de intimidación o simplemente de contacto con carácter previo a su declaración.<sup>36</sup>

d) Reducción de costes: si bien en un inicio puede resultar costosa la compra, instalación y mantenimiento de la videoconferencia, con el transcurso del tiempo su empleo y su consecuente reducción de desplazamientos evita, o al menos disminuye en una medida considerable, el pago de dietas de peritos y testigos además de otros muchos gastos, como pueden ser los de custodia y traslado de presos, o los del personal de seguridad y penitenciario necesario para dichos traslados que podrán destinarse a partir de ahora a otras actividades o partidas.

35. MINISTERIO DE JUSTICIA, «Sistema de Videoconferencia en la Administración de Justicia», en <http://www.mju.es>, (fecha consulta: 02/10/2005).

36. MAGRO SERVET, V., *Nuevas tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales*, cit, p. 8.

- e) Mejor organización del trabajo en los órganos judiciales: al evitar demoras o aplazamientos en los señalamientos de las diferentes actuaciones judiciales por, entre otras, razones de distancia física, se establecen y configuran de una manera más organizada y favorable las tareas de los órganos judiciales. Todo ello repercute, obviamente, en una mejora en la optimización de los recursos que se encuentran a disposición de los juzgados.
- f) Evita el contacto físico víctima–agresor: la videoconferencia presenta grandes ventajas al evitar el contacto físico de la víctima con su agresor que podría resultar perjudicial en el conflicto. Con ello se puede evitar en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, obviando las posibles rememoraciones de los hechos y sufrimientos padecidos, pudiéndose en estos casos utilizar un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido, de la sala virtual al declarante situado en otra sala), o incluso nuevas aplicaciones tecnológicas como puede ser el sombreado parcial de la imagen impidiendo la confrontación visual entre la víctima y su agresor, etc. De esta manera, parece ser que se protege en mayor medida la espontánea declaración de las personas, y por ende, una mayor probabilidad de éxito en sus declaraciones.
- g) Mejora las condiciones de acceso a la Justicia: podemos incluso afirmar que gracias al empleo de esta tecnología se facilitan las condiciones de acceso a la Justicia, principalmente con respecto a las poblaciones rurales donde se observa una dificultad de desplazamiento.
- h) Permite el seguimiento de un juicio oral: la videoconferencia posibilita la escucha y visionado del juicio oral por un mayor número de personas, fundamentalmente en aquellos supuestos en los que el proceso pueda reportar relevante interés social. Los medios de comunicación o incluso el propio público en general, podrán presenciar la vista desde una sala distinta a la del juicio en donde se ubicará una pantalla que transmitirá la imagen y el sonido, manteniendo un mayor silencio y orden en la sala del juicio, al concurrir consecuentemente menos personas en ella.

En definitiva, consideramos que la videoconferencia se presenta como un instrumento procesal con un inmenso potencial que posibilita acortar las distancias que conspiran contra un modelo procesal eficiente. Sin embargo, a pesar de todas estas ventajas, su creación y establecimiento en el ordenamiento jurídico procesal penal no ha estado exento de numerosos ataques y reticencias. Por ello, debemos reconocer que también podemos encontrar algunos inconvenientes en su empleo, aunque en nuestra opinión, éstos son escasos y pueden ser rebatidos, pues presenta muchas más ventajas que desventajas. Los inconvenientes podemos resumirlos en las líneas siguientes:

- a) En primer lugar, y como uno de los principales inconvenientes de la videoconferencia, destacamos que el contacto «cara a cara» es particularmente importante para muchas personas. En la videoconferencia la pérdida de los componentes

físicos y visuales de la comunicación en la persona es evidente, la comunicación no verbal decae en gran medida. Esta tecnología no puede reemplazar el contacto personal en la sala de vistas, que permite una más nítida interrelación entre los jueces y aquellos que deben intervenir en el proceso. Por tanto, debemos tener en cuenta que la videoconferencia es un método que resultará idóneo para aquellos asuntos en los que, justamente, ese contacto no sea crítico,<sup>37</sup> como puede ocurrir con los peritos, quienes a diferencia de los imputados o los testigos, se limitan a ratificar su informe sin que los componentes no verbales de la comunicación adquieran relevancia.

Al respecto, Úbeda de los Cobos, considera que la prueba pericial es el paradigma de la videoconferencia, pues habitualmente en el interrogatorio de peritos, únicamente se intenta obtener una explicación de carácter técnico sobre puntos concretos de su dictamen, por tanto, importará más lo que dicen que el cómo lo dicen, perdiendo en consecuencia relevancia la posibilidad de que por el uso de esta tecnología se pierdan determinados matices (gestos especialmente), en la apreciación de la forma de responder a las preguntas que se le formulen.<sup>38</sup>

Pero además, podemos exponer otra contra argumentación a tales manifestaciones, pues la videoconferencia en un futuro cercano con sus enormes desarrollos tecnológicos, puede conseguir una alta definición y responder a una óptima calidad, pudiendo representar la realidad equiparablemente a la presencia física; además, podemos incluso afirmar que gracias a ella podrán percibirse determinadas realidades con una mayor exactitud en el sentido de que se pueden obtener primeros planos, detener la imagen y obtener detalles que en presencia física podrían desapercibirse. Nuestros tribunales todavía carecen de tal alta definición en sus videoconferencias, pero esperamos que en pocos años los sistemas avancen.

- b) No podemos olvidar tampoco el coste de los requerimientos informáticos necesarios para su buen funcionamiento, pues desgraciadamente el poder gozar de una conexión de banda ancha y un equipo que permita su utilización en nuestro contexto todavía no está al alcance de todos. Sin embargo, debemos tener presente que el coste de este sistema, una vez amortizado el gasto de adquisición, será muy inferior al que pudiera corresponder a los traslados de las partes, testigos, etc., si se encontrasen en lugares muy distantes.<sup>39</sup> Por tanto, a la larga, reportará grandes beneficios, a pesar de que su implantación conlleve un gasto considerable, pero –recordamos– esta inversión inicial contribuirá eficazmente a una pronta mejora en la organización de la Justicia.
- c) Desde luego, debemos reconocer que determinadas personas son reacias a enfrentarse a las cámaras o que simplemente «no son los mismos» con una cámara frente a ellos; igualmente podemos encontrarnos con aquéllos que por timidez o des-

37. DE LA MATA AMAYA, J., «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», *Actualidad Penal*, v. 3, núm. 47 – 48, octubre 2002, p. 1277.

38. *Videograbación y videoconferencia*, cit., p. 344.

39. El Pacto de Estado de la Justicia, en su artículo 14 realiza una clara asociación entre nuevas tecnologías y abaratamiento de costes en el proceso.

conocimiento tampoco se atreven a interactuar con la otra parte a través de este medio tecnológico.

- d) Otros posibles inconvenientes de la práctica de diligencias procesales mediante videoconferencia en un proceso judicial, son aquéllos que se derivan de los eventuales desperfectos o averías técnicas, comunes en el empleo de las nuevas tecnologías. Para ello, se debe tratar de utilizar los soportes técnicos más avanzados, y cumplir con el necesario mantenimiento que dichos equipos requieren.

Será probable que surjan averías y deficiencias técnicas, que cuando suceden en pleno juicio pueden conllevar consecuencias muy desventajosas. Además, no disponemos de ninguna reglamentación técnica que regule las pautas mínimas de la grabación o del equipo técnico a emplear, por lo que como ha planteado Urbano Castillo, sería conveniente la elaboración de un reglamento técnico para la aplicación de la videoconferencia a las diligencias, actos y pruebas judiciales, que regulase determinados estándares mínimos de calidad, integridad e imparcialidad de la grabación, que deban observarse.<sup>40</sup>

## 5. Afectación de principios procesales

El ineludible consentimiento de las nuevas tecnologías en el proceso judicial va a exigir una reacomodación de principios hasta ahora inamovibles, que debemos desafiar, conjugando los manifiestos beneficios que conlleva su utilización, con la necesidad de salvaguardar garantías irrenunciables, que se encuentran en la base de todo sistema democrático de Justicia. Especial cuidado debe prestarse a aquellos supuestos en que estas tecnologías no constituyen un mero sistema de gestión, sino que inciden especialmente en el desarrollo del juicio oral, estableciendo nuevas formas de llevar a cabo la práctica de la prueba, como es el caso que nos ocupa.<sup>41</sup>

Sin embargo, debemos plantearnos si la utilización de la videoconferencia conlleva una afeción de los principios procesales de contradicción, intermediación, concentración y publicidad –principios de inexcusable observancia en los procesos judiciales. Tal reflexión no debe inducirnos a proclamar apriorísticamente la conculcación de los mismos, sino que estudiando cada uno de estos principios para verificar su grado de afectación, llegaremos a la conclusión de que en muchos casos, ésta será prácticamente inexistente y en otros muchos, puede llegarse a soluciones conciliadoras.<sup>42</sup>

40. DE URBANO CASTRILLO, E., «Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad», *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial XIX, 2006.

41. ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., «Videograbación y videoconferencia», *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la videovigilancia*, AAVV, (coord. VELASCO NÚÑEZ, E.), Ed. CGPJ, 2007, p. 303.

42. MEDRANO I MOLINA, J. M., *Diligencias de investigación...*, cit., p. 22.

## a) Principio de inmediación

El principio que plantea, sin lugar a dudas, más debate es el de inmediación pues los nuevos instrumentos tecnológicos y, en especial, la videoconferencia, conllevan una necesaria reformulación de los conceptos que definen dicho principio, entendido éste como contacto personal y directo, comunicación sin intermediarios, proximidad, presencia. Resulta necesario revisar el marco conceptual de este principio con el objeto de estudiar si el contacto audiovisual entre el tribunal y los peritos que pueden verse y oírse recíprocamente como si se encontraran en la misma sala a pesar de hallarse a miles de kilómetros de distancia, se inscribe o no dentro del concepto legal de inmediación procesal. Estamos ante uno de los principios rectores de la práctica de la prueba e implica la realización de ésta ante el juez que posteriormente dictará la sentencia, es decir, los jueces que estén conociendo de un asunto deben presenciar la realización de la prueba.<sup>43</sup>

En nuestra opinión, en nada empece ni se ve afectado este principio por el mero hecho de la utilización de medios tecnológicos en el proceso; la comunicación a través de videoconferencia no perjudica el marco normativo exigido por el principio de inmediación procesal ya que, como hemos dicho, ésta posibilita la comunicación recíproca entre las partes conectadas a kilómetros de distancia, no se obstaculiza la percepción sensorial y además, tampoco nos encontramos con intermediarios en esta comunicación, consiguiendo así un diálogo entre los sujetos conectados indudablemente directo, pues –reiteramos– con la videoconferencia se puede llegar a percibir todo lo necesario sin restricciones sensoriales relevantes.<sup>44</sup>

Tanto el perito como el tribunal podrán realizar los actos de intervención oportunos en las mismas condiciones de comunicación que si se llevaran a cabo de modo presencial, aunque desde luego, debemos tener en cuenta que la fluidez de la comunicación dependerá de la calidad técnica de la conexión y el principio de inmediación puede depender de que dicha fluidez se produzca con las garantías adecuadas y se respeten los principios de contradicción y audiencia.<sup>45</sup>

43. No se trata tan sólo de una presencia judicial en la práctica de la prueba sino de la presencia del mismo juez que luego vaya a dictar la sentencia.

En esta línea, el artículo 741 LECrim señala: «El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley».

44. En este mismo sentido se pronuncian LANDONI SOSA, A., en «Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y las comunicaciones procesales», *XIII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, septiembre 2002, pp. 677-787 y CARNELUTTI, cuando señalan que la idea del potencial de la videoconferencia de «acortar las distancias» se encuentra en la base del concepto de inmediación procesal, (refiriéndose a la «distancia espiritual y no meramente física»), apreciación que viene señalada en CARDENES, S., «El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia», *XVIII Jornadas iberoamericanas...*, cit., p. 743.

45. VELASCO NÚÑEZ, E., *Videoconferencia y Administración de Justicia*, cit., p. 1779.

Vid. la STC de 2 de marzo de 2000 (RTC 2000/59), que proclama expresamente: «Sólo se puede saber si un testigo o un perito, o el mismo acusado, mienten o dicen la verdad mirándoles a los ojos, oyendo el tono de su voz y observando sus gestos. Esto es lo que en el lenguaje forense se conoce por inmediación y pone de relieve el carácter presencial de los medios de prueba más importantes y frecuentes (el testimonio, la pericia y la inspección ocular) practicados ante Jueces profesionales con suficiente experiencia bajo el fuego graneado del interrogatorio cruzado y la crítica del testimonio, propios aquél y ésta del principio de contradicción». Por tanto, únicamente se estará respetando este principio, cuando a través de esta tecnología, ciertamente se pueda observar con una calidad óptima paragonable a la presencia física, todos estos extremos.

La jurisprudencia ha defendido dicho principio en el empleo de la videoconferencia en diversas sentencias, destacando entre ellas, la STS 5 octubre de 2001,<sup>46</sup> que declara que la utilización de esta tecnología satisface el principio de inmediación y, la SAP Navarra de 6 de febrero de 2003, que señala expresamente: «La no presencia física de los mismos peritos en la Sala del Tribunal, ninguna merma generó en la práctica de la misma ni en su apreciación, permitiéndose mantener los principios de una inmediación, si no física, si real por existir una observación y apreciación directa y con contradicción de la prueba, sin merma por tanto de los principios de inmediación, entendido en su sentido funcional, y de contradicción».<sup>47</sup>

## b) Principio de contradicción

El principio de contradicción o audiencia bilateral, inherente al derecho de defensa, por el que nadie puede ser condenado sin tener previamente la posibilidad de defenderse, es otro de los principios esenciales que deben gobernar la práctica de las pruebas, y por tanto, de la prueba pericial. Consiste esencialmente en permitir y dotar de los instrumentos necesarios a las partes para contradecir la prueba de cargo.

De nuevo consideramos que el empleo de la videoconferencia no merma la contradicción necesaria que debe existir en todo proceso, pues a pesar de que el perito no se halle físicamente en la sala del juicio, la posibilidad de contradicción resulta enteramente respetada con todas sus garantías, al permitirse, aunque sea a través de un nuevo medio tecnológico, que éste concurra e intervenga en el juicio, realizando las actividades pertinentes, respondiendo a las preguntas que le formulen, manifestando las precisiones o aclaraciones oportunas, etc. Desde luego, podemos afirmar que el modo de comunicación poco importa si se garantiza la contradicción.

## c) Principio de publicidad

El principio de publicidad, contemplado en sede constitucional en su artículo 120.1 CE, implica que los debates del juicio oral sean públicos, bajo pena de nulidad, pudiendo no obstante, el Presidente del Tribunal mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia. Consideramos que este principio se entenderá cumplido siempre y cuando se otorgue la posibilidad a las partes o al público en general de acceder a la sala del juicio, no viéndose por tanto, este principio afectado por el mero hecho del empleo de dicha tecnología.

46. RJ 2001/9045.

47. JUR 2003/84464. Vid. en esta misma línea, la Sentencia de la AP Madrid de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2002/179886). Sin embargo, nos encontramos con la SAP de La Rioja de 16 de junio de 2003 (JUR 2003/211788) que, a diferencia de las anteriores, sí manifiesta las dificultades que se provocan en cuanto a la percepción concreta en las expresiones corporales de la declarante, calificándolas de inferiores a las que se pudieran percibir de encontrarse físicamente ante el tribunal.

Podemos incluso llegar a afirmar que a través de la videoconferencia se garantiza en mayor medida la publicidad, pues a través de ella, un mayor número de personas podrán acceder a las actuaciones judiciales, mejorándose en gran medida las condiciones de acceso de los medios de comunicación, pues la videoconferencia permite el seguimiento del juicio oral en otra sala distinta a la sala de vistas en aquellos supuestos en los que su amplitud no permite a todos los visitantes permanecer en ella, como suele ocurrir en los macro juicios. De esta manera, puede habilitarse otra sala contigua, donde el público pueda acceder a contemplar el juicio a través de la pantalla, asegurando el correcto visionado de la imagen y la calidad del sonido necesario.

#### d) Principio de unidad de acto

Abierto el juicio oral, éste continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, tal y como señala el artículo 744 LECrim, tratando con ello de evitar posibles suspensiones o dilaciones temporales. En lo que respecta a la práctica de la prueba pericial, la ley prevé su realización en unidad de acto; este principio de concentración proclamado en el artículo 788.1 LECrim y que es consecuencia del principio de oralidad, pretende que la prueba pericial se realice en el juicio, lo que implicará que las partes, los testigos y los peritos concurren en la sede del órgano para el día del juicio. Nada impide que mediante videoconferencia el perito se halle interconectado a la hora de practicar dicha prueba.

Este principio no se verá limitado por el mero hecho de llevar a cabo la práctica de la prueba por videoconferencia, pues las actuaciones que se realizan por esta tecnología se hacen en tiempo real. Pero además, podemos decir que puede verse potenciado dicho principio, en el sentido de que determinadas declaraciones, diligencias, pruebas, etc., que de llevarse a cabo de forma tradicional, es decir, con la presencia física de las partes, provocarían la suspensión de las actuaciones ante la imposibilidad de su práctica (por ejemplo, perito que no puede desplazarse), gracias a la videoconferencia podrá realizarse en el momento oportuno, sin la necesidad de la suspensión del juicio.

## 6. Conclusión

Demostrada y superada la discusión sobre la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento jurídico de la videoconferencia debemos centrarnos en que su implementación sea lo más adecuada al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales que exige todo proceso, pero teniendo en cuenta que la videoconferencia *per se* no afecta directamente a tales derechos ni supone una limitación de los principios rectores del proceso judicial; cuestión distinta será que la prueba se practique lesionando tales premisas.

Nos encontramos ante un recurso extremadamente útil al servicio de la Justicia, pero que debemos emplear con las cautelas debidas. No podemos negar los beneficios

que nos brindan las nuevas tecnologías, ni debemos anclarnos en el pasado, pero pensar que por medio de ellas pueda sustituirse de manera generalizada la forma de desarrollarse la actividad judicial, celebrándose ordinariamente toda clase de actuaciones sin la presencia física de las partes, sería igualmente erróneo. La solución radica en armonizar las formas tradicionales del proceso con el uso de aquellos mecanismos que representen o supongan una avance y, siempre, respetando las garantías fundamentales de nuestro Derecho.<sup>48</sup>

Son todavía muchos los detractores de este instrumento tecnológico, quienes consideran las declaraciones a distancia como una amenaza contra nuestro sistema judicial. La base de la puesta en práctica de la videoconferencia reside en el cambio cultural que tiene que operar en los profesionales y prácticos del Derecho para acostumbrarse a utilizar procedimientos informáticos que antes no se utilizaban porque no estaban a nuestra disposición o alcance. Pero lo que no podemos es cerrar los ojos a los nuevos avances y ser testigos de cómo se emplea de forma normalizada en la esfera privada esta tecnología.<sup>49</sup>

A modo de conclusión, afirmamos con rotundidad que es justamente la prueba pericial, de entre todas las pruebas procesales, la que consideramos más idónea y paradigmática en aras a practicarse a través de este nuevo medio tecnológico, pues todos aquellos matices que se pierden con la comunicación a distancia no son extremadamente esenciales en este tipo de pruebas donde el perito se limita a aportar sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos, sin importar que decaiga en una medida considerable la comunicación no verbal (gestos, expresiones faciales, matices, etc.). Y, muy especialmente, en el caso de los peritos que colaboran con asiduidad y reiteración con la Justicia.

## Cuestiones

1. Motivos que justifican el empleo de la videoconferencia en nuestros juzgados
2. ¿Se ve afectado el principio de inmediación con la utilización de la videoconferencia?
3. Ventajas e inconvenientes de la videoconferencia

48. MUÑOZ CUESTA, «Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 20, 2005, BIB 2005, 2180.

49. MAGRO SERVET, V., *Nuevas tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales*, cit., pág. 4.

# *Lección 6.ª La prueba de reconocimiento judicial*

- El reconocimiento judicial es la percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba.
- Procede cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el juez examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.
- Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y formular verbalmente al juez las observaciones que estimen oportunas
- La Ley permite la realización del reconocimiento como prueba que se practique de modo único pero también que se practique combinada con la práctica de otras pruebas.
- El reconocimiento se documenta especialmente, pues de lo reconocido y actuado se levantará un acta por el secretario, que será detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del juez, así como las observaciones hechas por las partes.
- No existe en la LEC norma alguna que alude al sistema de valoración de la prueba, y es lógico que así sea.

## Esquema

### A) Concepto y admisibilidad

- a) Percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba
- b) Rasgos definitorios
  - 1) Parca regulación legal
  - 2) Resistencia de los jueces a acordarla
  - 3) Único medio de prueba directo
- a) Admisibilidad
- b) Objeto
  - 1) Lugares y sitios
  - 2) Todo lo que no sea documento escrito
  - 3) La persona
  - 4) Los bienes muebles e inmuebles en general

### B) Procedimiento probatorio

- a) La solicitan las partes
- b) Se admite su práctica por medio de auxilio judicial
- c) Puede practicarse:
  - 1) Como prueba única
    - El juez acordará cualesquiera medidas sean necesarias
    - Las partes podrán concurrir al reconocimiento
    - El reconocimiento de personas se practica a través de un interrogatorio

- 2) Conjuntamente con otra prueba
- Con la prueba pericial
  - Con la prueba testifical
  - Con la prueba de interrogatorio de parte

C) Documentación

- a) De lo reconocido y actuado se levantará acta por el secretario, que será detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del juez, así como las observaciones hechas por las partes y demás intervinientes
- b) Posibilidad de empleo de medios técnicos de grabación de la imagen o del sonido

D) Valoración

No existe en la LEC norma alguna.

- a) Dos supuestos
- 1) Que el juez que ha reconocido dicte sentencia
  - 2) Que el juez que dicte sentencia sea otro distinto
- b) Dos clases de elementos
- 1) Objetivos
  - 2) Subjetivos

***Caso docente núm 7. Prueba de reconocimiento judicial: ha de tener lugar cuando se estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y fijación de los hechos*** (STS núm. 658/2002 –Sala de lo Civil–, de 26 de junio)

En la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil dos.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen, el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección decimosexta–, en fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía, sobre denegación de prueba de reconocimiento judicial en trámite de apelación tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número doce, cuyo recurso fue interpuesto por don Jordi S. S., representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro V. G., en el que es recurrido don Fernando M. A., representado por el Procurador don José Manuel D. A.

ANTECEDENTES DE HECHO

....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO El único motivo que integra el recurso, residenciado en el número tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción de sus artículos 567, 578, 633, 634, 635, 707 y 862, así como el 1215 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), toda vez que habiendo solicitado el recurrente, tanto en primera instancia, como en el trámite de apelación, la prueba de reconocimiento judicial le fue denegada.

La referida prueba, que el Código Civil refiere como inspección personal del Juez (artículos 1215, 1240 y 1241), no obstante la conveniencia de su práctica, como destacan las sentencias de 4 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7454) y 7 de julio de 1995 (RJ 1995, 5568), sobre todo en cuestiones territoriales, no es imperativamente obligatoria y el Juez tenga que decidir su práctica siempre, ya que ha de tener lugar cuando se estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y fijación de los hechos sometidos al debate procesal y este criterio es el que fue seguido por el Tribunal de Instancia al no acceder a la misma, toda vez que se habían practicado pruebas suficientes referentes a las cuestiones que se intentaban demostrar mediante dicha prueba, lo que autoriza el artículo 566.

La historia procesal pone de manifiesto que el recurrente solicitó ante el Juez la práctica de reconocimiento judicial de la finca litigiosa, que fue denegada por providencia de 26 de octubre de 1993 y por Auto desestimatorio se resolvió el recurso de reposición promovido, de fecha 29 de noviembre de 1993.

Reproducida la prueba en la segunda instancia, la Audiencia no accedió a la misma, habiendo dictado Auto en tal sentido en fecha 29 de septiembre de 1995 y dicha resolución quedó firme, ya que no se recurrió.

La solicitud de dicha prueba en alzada cuenta con apoyo legal, ya que la autorizan los artículos 707, 860 y 862 de la Ley Procesal Civil y en el caso de denegación, como es el supuesto que nos ocupa, procede el recurso de súplica, pues así lo autoriza el artículo 867, en relación al 899, sin que el recurrente lo hubiera planteado, por lo que de este modo se conformó y acató con la resolución que decretó no haber lugar al recibimiento a prueba interesado.

Por lo expuesto ha de tenerse en cuenta el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto exige que para poder acusar indefensión es preciso haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia donde se hubiera cometido, con proyección tanto respecto a la primera como a la segunda, lo que imponía al recurrente haber utilizado los recursos que la ley ponía a su disposición (Sentencias de 30-5-1991 [RJ 1991, 3944], 19 y 27-1992, 22-3-1993 [RJ 1993, 2528], 21-7-1993 [RJ 1993, 6174], 4-11-1995 y 31-10-1996 [RJ 1996, 7438], entre otras muy numerosas).

Al no haberse planteado recurso de súplica, el recurrente quedó inhabilitado para alegar quebrantamiento de las formas del juicio y, con ello indefensión, ya que consintió la resolución denegatoria de prueba y así lo ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en supuestos análogos (Sentencias de 19-10-1992, [RJ 1992, 8084], 9-10-1993, 28-7-1994 [RJ 1994, 7242] y 20-9-1995 [RJ 1995, 6493]).

El motivo parece, con lo que el recurso no procede, lo que determina la imposición en costas conforme al artículo 1715 de la Ley Procesal Civil y pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso que fue formalizado por don Jordi S. S. contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección decimosexta-, en fecha doce de noviembre de 1996, en el proceso al que el recurso se refiere.

Se imponen a dicho recurrente las costas de casación y se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino que legalmente le corresponde.

Expídase testimonio de esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo de Sala, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Alfonso Villagómez Rodil.-Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.-José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.-Rubricar y firmar.

## Cuestiones

1. ¿Es obligatoria para el juez la práctica de la prueba de reconocimiento judicial cuando lo solicita alguna de las partes?
2. ¿Cuándo ha de tener lugar el reconocimiento judicial?
3. En este supuesto en concreto, ¿considera necesario el reconocimiento judicial?

# Lección 7.<sup>a</sup> La prueba testifical

- La prueba testifical es un medio concreto de prueba en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados (vistos u oídos) por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso.
- Al ser el testigo una persona física que va a declarar sobre un hecho que conoce, la regla general es que podrán ser testigos todas las personas, salvo que se encuentren en alguna de estas dos circunstancias: que se hallen permanentemente privadas de razón y que estén privados del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.
- Los testigos también podrán ser tachados.
- El llamado a testificar, sea nacional o extranjero, debe comparecer, jurar, declarar y decir la verdad.
- El juez es libre a la hora de apreciar y valorar los resultados producidos por las declaraciones de los testigos.

## Esquema

### A) Concepto, naturaleza y admisibilidad

- a) Medio de prueba, en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso.
- b) Naturaleza: personal
- c) Requisitos de admisibilidad
  - 1) En cuanto a las personas
  - 2) En cuanto al objeto

### B) Concepto de testigo y diferencia con otras figuras afines

- a) El testigo es un tercero, es decir, persona ajena al proceso, que aporta al mismo, declarando sobre ello, unos hechos que ha presenciado, o que le han contado.
- b) Características
- c) Diferencia con otras figuras afines
- d) Figura del testigo-perito

### C) Idoneidad para ser testigo

- a) Todas las personas, salvo que se encuentren en alguna de las circunstancias del artículo 361 LEC.
- b) Los menores de 14 años: si a juicio del Tribunal, poseen el discernimiento necesario.

- D) Tachas de los testigos
  - a) Circunstancias: art. 377 LEC
  - b) Procedimiento
  
- E) Deberes y derechos del testigo
  - a) Derechos: reclamar la indemnización de gastos y perjuicios
  - b) Deberes
    - 1) Comparecer
    - 2) Prestar testimonio bajo juramento o promesa
    - 3) Declarar
    - 4) Deber de veracidad
  
- F) Preguntas
  - a) Generales art. 367 LEC
  - b) Verdadero interrogatorio
    - 1) Oralmente
    - 2) Sentido afirmativo
    - 3) Claridad y precisión
    - 4) No incluir valoraciones
    - 5) Admisibles
    - 6) Posibilidad impugnación
  
- G) Procedimiento probatorio
  - a) Proposición y admisión
  - b) Práctica
    - 1) Juramento
    - 2) Preguntas generales
    - 3) Primero pregunta quién ha propuesto al testigo
    - 4) Después los abogados de las demás partes
  - c) Careo
  - d) Documentación por medio de acta
  
- H) Valoración
  - a) Regla general: el juez es libre a la hora de apreciar y valorar los resultados producidos por las declaraciones de los testigos (art. 376 LEC)
  - b) Excepción (art. 51 CDC)

## **Caso docente núm. 8. Las tachas de los testigos (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 44/2004 de 10 de febrero)**

En la Villa de Madrid, a diez de febrero de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicado, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dieciséis, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y uno de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. María Consuelo, representada por el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona; siendo parte recurrida D. Jose Manuel, representado por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto.

### ANTECEDENTES DE HECHO

....

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

Por Dña. María Consuelo se dedujo demanda contra el médico-oftalmólogo D. José Manuel reclamándole la indemnización de veintidós millones de pesetas, como consecuencia del defectuoso resultado y secuelas derivadas de una operación efectuada por el demandado en noviembre de 1992 para corregir la miopía estable que padecía la actora de siete con cinco dioptrías en el ojo izquierdo y ocho en el derecho. Se imputa al demandado haber elegido y utilizado una técnica –fotoqueratectomía refractiva mediante rayo láser– que comportaba importantes riesgos, que no se informó debidamente de éstos a la paciente por lo que no se obtuvo el consentimiento informado pese a tratarse de una técnica experimental con riesgos y posibilidades de fracaso, y que la intervención no se realizó correctamente al excederse el operador en la utilización del láser efectuando un excesivo raspado que se tradujo en las secuelas de la actora. En el escrito de contestación se afirma que la técnica es útil y eficaz, que la intervención fue realizada correctamente y que la paciente fue debidamente informada. En cuanto al estado de la Sra. María Consuelo afirma que en la actualidad tiene tres dioptrías en el ojo derecho y cuatro en el izquierdo y además no padece miopía progresiva, ni tampoco leucoma corneal, siendo aquel resultado reoperable por lo que no puede estimarse que la actual situación de la paciente sea definitiva. Y, finalmente, alega que dicho resultado no fue a consecuencia de la operación sino al rechazo de la actora a seguir el tratamiento farmacológico postoperatorio; en concreto, indica que se produjo una regresión del efecto beneficioso de la intervención motivado por la no administración de la medicación prescrita.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de Barcelona de 16 de abril de 1996, recaída en los autos de juicio de menor cuantía 949 de 1994, desestimó la demanda, y fue confirmada en apelación por la Sentencia de la Sección Décimosexta de la Audiencia Provincial de 5 de enero de 1998 –[Rollo 978/1996 \( AC 1998, 4 \)](#).

Contra esta última resolución se interpuso por Dña. María Consuelo recurso de casación articulado en seis motivos en cuyos enunciados alega, al amparo del núm. 4º del art. 1692 [LECIV \(LEG 1881, 1\)](#), infracción del art. 1256 [CC \( LEG 1889, 27 \)](#) en relación con las [Sentencias de 27 de febrero de 1997 \( RJ 1997, 1333 \)](#) y [26 de diciembre de 1991 \( RJ 1991, 9603 \)](#) (primero); del art. 1.098.2, en relación con el art. 1101, ambos del CC, por inaplicación (segundo); también por inaplicación, de los números 5 y 6 del art. 10 de la [Ley 14/1986, de 25 de abril \( RCL 1986, 1316 \)](#), en relación con el art. 28.2 de la [Ley de Consumidores y Usuarios \( RCL 1984, 1906 \)](#), y jurisprudencia aplicable a dichos preceptos (tercero); del art. 1253 CC (cuarto); del artículo 1243 en relación al 1247.1 y 1248 del propio texto y art. 659 de la LECIV, y doctrina jurisprudencial aplicable al precepto indicado (quinto), y del art. 1214 CC (sexto).

## SEGUNDO

El asunto litigioso plantea tres cuestiones: si la intervención médica fue correcta, si la paciente siguió el tratamiento prescrito, y si la Sra. María Consuelo prestó el consentimiento informado.

Respecto de la primera cuestión se afirma en la Sentencia recurrida, con base en las pruebas obrantes en las actuaciones y singularmente las periciales médicas, que, la intervención practicada a la actora, consistente en fotoqueratectomía refractiva con láser de excimer, así como el tratamiento postoperatorio señalado, fueron técnicamente correctos.

Para impugnar esta apreciación se formularon los motivos primero y segundo del recurso, en los que se denuncia la infracción de preceptos sustantivos (arts. 1256, 1098.2 y 1101 [CC \[LEG 1889, 27\]](#) ), y ninguno de carácter probatorio, por lo que deviene incólume y vinculante para este Tribunal la apreciación fáctica de la instancia. Como respuesta concreta a los motivos procede indicar que carecen de consistencia para desvirtuar la conclusión de la resolución impugnada. La inconsistencia del primer motivo, en el que se acusa infracción del art. 1256 CC, resulta no solo de su carácter genérico, y, sobre todo de la falta de un soporte fáctico coherente con su contenido, pues no hay relación entre éste y el planteamiento efectuado en el cuerpo del motivo, sino, especialmente, porque en absoluto cabe entender que se ha dejado por el juzgador de instancia el cumplimiento del contrato sanitario al arbitrio del médico demandado, sin que sea cuestionable con base en el precepto del art. 1256 CC si por el médico se cumplió o no, adecuadamente, la prestación a que venía obligado. A lo que debe añadirse que la sentencia recurrida explícitamente declara que «no hay prueba alguna en autos que induzca a pensar que por el Dr. José Manuel se garantizara el resultado», por lo que resulta inane, en casación, la mera afirmación en sentido distinto efectuada por la parte recurrente, resultando [aquí] estéril la polémica acerca de si la operación de autos corresponde a medicina satisfactiva o a curativa, o a una obligación de medios o de resultado, porque habida cuenta la atribución causal que se efectúa [en la Sentencia recurrida] del resultado deficiente producido, cualquiera que fuere la postura adoptada no cabría hacer recaer sobre el médico consecuencias ajenas a su actuación. En el segundo motivo se hace supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación, pues no se ha desvirtuado la base fáctica de las conclusiones de la Sala de instancia en las que se niega la existencia de incumplimiento o prestación defectuosa, resultado garantizado e incorrección de la intervención realizada. Y la afirmación del recurso de que esta incorrección se prueba por el propio resultado de la misma no es aceptable porque la resolución recurrida explica amplia y razonablemente las circunstancias determinantes de dicho resultado.

## TERCERO

La segunda cuestión que presenta el litigio se centra en si la paciente siguió el tratamiento prescrito. Respecto a este punto es igualmente diáfana la resolución recurrida. El resultado defectuoso producido consistente en una clara regresión del efecto corrector conseguido inicialmente, por lo demás sin carácter irreversible porque puede ser tratada satisfactoriamente mediante una nueva aplicación del láser de Excimer, que, asimismo, podría corregir el defecto de refracción de la visión, se debió a una deficiente cicatrización corneal derivada según dictamen médico de «una complicación siempre posible y clínicamente inevitable no correlacionable con defecto de praxis quirúrgica, sino con las características inherentes del método quirúrgico y la idiosincrasia del ojo tratado», y, además, en una parte considerable, de la falta de seguimiento de la paciente del tratamiento postoperatorio que le fue correctamente indicado. Para combatir esta última apreciación se formula el motivo quinto en el que se acusa la infracción del art. 1243 en relación con los arts. 1247.1 y 1248, todos ellos del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) , y el art. 659 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( LEG 1881, 1\)](#) , y doctrina jurisprudencial aplicable al precepto indicado. En el cuerpo del motivo se razona que para llegar a la conclusión [sentada en la Sentencia objeto de recurso] de que la actora Sra. María Consuelo no siguió el tratamiento médico prescrito, el juzgador se apoya en las declaraciones de testigos aportados por la parte demandada, todos ellos miembros del equipo del Dr. Jose Manuel y, que por tal circunstancia, tienen interés directo en el pleito.

El motivo se desestima porque, con independencia de no haberse planteado adecuadamente la hipotética causa de inhabilidad para ser testigo, tanto en las dos instancias como en la

casación, habida cuenta que tal eventualidad afecta a la admisibilidad de la prueba ( [ss. 23 noviembre 1990 \[ RJ 1990, 9043\]](#) y 2 abril 2001 SIC), por lo que no se trata estrictamente de un problema de valoración probatoria sino de quebrantamiento de forma ( [S. 28 mayo 1992 \[ RJ 1992, 4389\]](#) ), en cualquier caso, tecnicismo procesal aparte, aunque –en el régimen jurídico entonces aplicable– es preciso distinguir entre las causas de inhabilidad –como el interés «directo» en el «propio» pleito, que es a la que se refiere el art. 1247.1º CC– y las tachas –como el interés directo en otro pleito, o el indirecto en el propio o en otro, que es el supuesto a que queda circunscrito el art. 660.3ª LECiv/1881–, de tal modo que la tacha, a diferencia de la inhabilidad, no impide la valoración del testimonio, funcionando únicamente como una advertencia de sospecha de parcialidad (ss., entre otras, [20-7-95 \[ RJ 1995, 6194\]](#) ; [19 \[ RJ 1998, 9561\]](#) y [21-12-98 \[ RJ 1998, 9562\]](#) ; [11-10-2000 \[ RJ 2000, 9193\]](#) ; 19-12-2003), en el caso, sucede que no concurre la causa de «interés directo en el propio pleito» pues no la integra la condición de empleados del demandado, ni la circunstancia de que estén o puedan estar interesados por tal calidad en la repercusión del resultado del pleito en la economía de la empresa, y así resulta del criterio seguido por la doctrina de esta Sala, tanto con carácter general, pues se entiende por «interés directo» resultar afectado en su persona, bienes o intereses por el fallo o los efectos de la cosa juzgada ( [ss. 30 noviembre 1991 \[ RJ 1991, 8582\]](#) y [15 noviembre 2001 \[ RJ 2002, 349\]](#) ), como con carácter concreto ( S. 14 junio 1957). Por otra parte, es reiterada la doctrina de la Sala de que la valoración de la prueba testifical, incluso si concurren tachas en los testigos, corresponde a la función soberana del juzgador de instancia (ss., entre otras, de 2 de abril SIC y [15 de noviembre 2001 \[ RJ 2002, 349\]](#) y 19 de diciembre de 2003); conclusión que también es aplicable, en lo que le atañe, a la tercera cuestión que se examina seguidamente.

#### CUARTO

La tercera vertiente del asunto hace referencia a la información –consentimiento informado. La Sentencia recurrida entiende que hay datos suficientes para presumir al menos que la Sra. María Consuelo se hallaba perfectamente informada acerca de los riesgos del tratamiento al que, sin duda, voluntaria y conscientemente se sometió. Argumenta esta convicción en que, «aun prescindiendo de que consta en la historia clínica aportada a los autos, en anotación practicada en fecha 14-10-92 (folio 117 vuelto), que se informó a la aquí demandante de los riesgos de la intervención quirúrgica, prestando su consentimiento», «fundamentalmente [porque] no se trata de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo, ya que desarrollaba su trabajo como tal en el Hospital de Manresa, y, precisamente, del Servicio de Oftalmología de dicho Centro, tras ser convenientemente examinada (historia clínica unida al folio 19), se le remitió al aquí demandado como especialista en el tipo de intervenciones de que se trata»; añadiéndose al anterior discurso otras reflexiones para corroborar la apreciación efectuada.

La Sentencia de instancia no desconoce la necesidad de una información y de que sea explícita, veraz, clara y concluyente, sino que establece que la misma tuvo lugar, por lo que no inaplicó la normativa de los números 5 y 6 del art. 10 de la [Ley 14/1986, de 25 de abril \( RCL 1986, 1316\)](#) , en relación con el art. 28.2 de la [Ley de Consumidores y Usuarios \( RCL 1984, 1906\)](#) y jurisprudencia aplicable a dichos preceptos.

No obstan a esta apreciación las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, pues, con independencia de que no cabe considerar la operación de corrección de miopía como meramente satisfactoria, dada su evidente incidencia curativa, y menos todavía cuando tiene la entidad de la de autos, y aparte, también, que la adecuación, y consiguiente suficiencia o insuficiencia, de la información y formalización del consentimiento debe ponerse en relación con el padecimiento, la operación médica, grado de riesgos y condiciones personales del paciente, la doctrina de esta Sala ha admitido la práctica en forma verbal –lo que habrá de ponerse en relación con las circunstancias del caso– aunque, dice la [Sentencia de 29 de mayo de 2003 \( RJ 2003, 3916\)](#) , «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige [actualmente] la [Ley de 14 de noviembre de 2002 \( RCL 2002, 2650\)](#) ; lo que en el caso no aparece contradicho.

También se aduce para combatir la resolución recurrida, en el motivo cuarto, la vulneración, por aplicación indebida, del art. 1215 en relación con el art. 1253, del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) y jurisprudencia aplicable a este precepto. Se alega que entre el hecho cierto de que la demandante era de profesión enfermera y el hecho deducido en la Sentencia de que por razón de su profesión la demandante era suficientemente conocedora de la técnica a emplear, de sus riesgos e inconvenientes y que prestó el consentimiento para la intervención realizada, no existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para su apreciación ( [STS 25 noviembre 1996 \[ RJ 1996, 8074\]](#), Sala 3ª).

El motivo se desestima porque, con independencia de que no se cita ninguna jurisprudencia sino solamente una sentencia y que no corresponde al orden jurisdiccional civil, y de que en el cuerpo del motivo se vierten reflexiones sobre la supuesta manipulación de la nota manuscrita obrante en la historia clínica y la garantía del resultado de la intervención desprovistas ambas de soporte fáctico para su consideración casacional, en tanto que, además, ajenas al planteamiento concreto del motivo, que debe circunscribirse a la apreciación probatoria de presunciones, ocurre, por una parte, que el motivo omite que el razonamiento impugnado no se limita únicamente a que la demandante fuera enfermera, sino que, además, toma en cuenta otras circunstancias fácticas relevantes para configurar el supuesto básico del que infiere la conclusión, como el hecho de haber sido examinada en el Servicio de Oftalmología del propio Centro Médico en el que trabajaba que le remitió al demandado como especialista con un informe en el que explícitamente se hace constar que «la paciente desea que se le practique intervención quirúrgica de su miopía», y, por otra parte, [también debe tenerse en cuenta] que el art. 1253 [CC \( LEG 1889, 27\)](#) sólo se conculca a efectos casacionales cuando la inferencia sentada no es conforme a la lógica, por lo que no cabe someter a la verificación de este Tribunal el mayor o menor grado de logicidad, sino exclusivamente si es contraria a las reglas del buen sentido del raciocinio humano; y en el caso no se da esta contradicción, siendo razonables las diversas apreciaciones que con base en los hechos declarados probados se sientan en la resolución recurrida.

#### QUINTO

En el motivo sexto se acusa como infringido el art. 1214 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) . El motivo se desestima porque no se produce su infracción cuando los hechos se declaran probados, y en el particular específico en que se apreció falta de prueba –compromiso específico de garantía del resultado positivo de la operación– no hay alteración de las reglas del «onus probandi» porque la carga le incumbía a la actora como hecho constitutivo o que forma parte del supuesto de hecho de la norma que en su favor invoca.

#### SEXTO

La desestimación de todos los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso y la condena en las costas causadas en el recurso para su caso, pues la recurrente litiga con el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Dn. Santos de Gandarillas Carmona en representación procesal de Dña. María Consuelo contra la [Sentencia dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 5 de enero de 1998, en el Rollo 978/96 \( AC 1998, 4\)](#) , en la que se confirma, desestimando el recurso de apelación, la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de los de Barcelona en los autos de juicio de menor cuantía 949/94, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas, para su caso pues la misma litigó con justicia gratuita. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

...

## Cuestiones

1. ¿Qué son las tachas de los testigos?
2. ¿Qué tachas contempla nuestra Ley de Enjuiciamiento civil?
3. Distinguir entre causas de inhabilidad y tachas
4. ¿Puede el juez entrar a valorar la declaración de un testigo en el que concurre una tacha?

# *Lección 8.ª Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo y presunciones*

## Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo

- Con la promulgación de la LEC de 2000, se hace por primera vez referencia a dos nuevos medios de prueba: la prueba por medios audiovisuales y la prueba por instrumentos de archivo (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC).
- Medios audiovisuales son: los magnetófonos, casetes, cintas de vídeos, discos, DVD, dictáfonos, CD Rom, etc., mientras que los instrumentos de archivos, son los programas de ordenador, archivos informáticos, pen-drives, bases de datos, disquetes, etc.
- No compartimos el enfoque del legislador a la hora de regular estos nuevos medios probatorios, y no compartimos por dos razones.
- En primer lugar, la distinción entre instrumentos de archivo y medios audiovisuales. Consideramos que esta división carece de sentido, pues los instrumentos de archivo pueden ser medios de reproducción de imagen y palabras, y viceversa.
- Hubiera sido más conveniente que las pruebas por soportes informáticos se hubieran incardinado dentro de la regulación de la prueba documental y no como medios con entidad propia diferente.
- Por las particularidades de su propia naturaleza, así como por las dificultades que en ocasiones conlleva su práctica, estas pruebas exigen un régimen especial de garantías de tal manera que se han establecido una serie de especialidades en la LEC. Concretamente tres particularidades:
  - 1) Se faculta la transcripción de las palabras contenidas en el soporte de que se trate.
  - 2) Se otorga la posibilidad a la partes de aportar junto a la prueba los medios técnicos pertinentes para que el tribunal pueda proceder a su correcto examen.
  - 3) Se proporciona a las partes la posibilidad de que, junto a la práctica de estas pruebas, puedan aportarse dictámenes y otros medios de prueba instrumentales con la finalidad de verificar o desvirtuar el contenido de éstas.
- Valoración: tanto los medios audiovisuales como los instrumentos de archivo se valoran según las reglas de la sana crítica.

## Las presunciones

- Son un método probatorio, no una actividad probatoria.
- La presunción, entiende Montero, consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a

la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos.

- La presunción está compuesta estructuralmente de una afirmación, hecho base o indicio, de una afirmación o hecho presumido y de un enlace.
- En unos casos la presunción viene fijada por la ley; en otros se forma directamente por el juez.
- Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Se invierte, por tanto, la carga de la prueba.

## Esquema

### Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo

#### A) Concepto y admisibilidad

a) Concepto: instrumentos o medios que sirven para la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y aquéllos que sirven para archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (art. 299.2 LEC).

#### b) Modalidades

1) Medios audiovisuales: arts. 382 y 383 LEC

2) Instrumentos de archivo: art. 384 LEC

c) Art. 299.3 LEC

#### B) Procedimiento probatorio

##### a) Medios audiovisuales:

1) Reproducción ante el tribunal de imágenes y de sonidos captados mediante instrumentos de filmación y otros semejantes

2) Posibilidad de acompañar:

a) La transcripción escrita

b) Pruebas instrumentales

3) Documentado por medio de acta

4) Conservación del material por parte del tribunal

##### b) Instrumentos de archivo

1) Conocimiento o reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas

2) Requisitos:

a) Relevantes para el proceso

b) Llevados a cabo con fines contables o de otra clase

3) Posibilidad aportar medios técnicos necesarios

4) Posibilidad de acompañar pruebas instrumentales

#### C) Valoración

El juez valorará las reproducciones de la palabra, el sonido y la imagen obtenidas mediante filmación, grabación y otros, así como los instrumentos que permiten el archivo, conocimiento o reproducción de datos relevantes para el proceso, según las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3).

## *Caso docente núm. 9. Los instrumentos de archivo. Caso práctico*

### Supuesto de hecho

Marío Garcia es estudiante de informática en la Universidad Jaume I de Castellón. Recientemente ha sido contratado por la empresa BOWTIE S.A para que diseñe e instale un programa informático determinado que proteja el sistema informático de la empresa ante los numerosos ataques recibidos por parte de ésta en los últimos meses.

Tras los esfuerzos y trabajos oportunos, el 1 de febrero pasado Marío Garcia finaliza el diseño del mismo y lo entrega en el formato acordado. Sin embargo, la empresa BOWTIE S.A. considera que no ha realizado su trabajo correctamente, pues el programa informático presenta múltiples vulnerabilidades.

Marío Garcia reclama ante el órgano jurisdiccional competente; demanda que es admitida a trámite. Durante la fase probatoria del proceso judicial, se solicita que sea examinado el programa informático diseñado por Marío Garcia.

## Cuestiones

1. ¿Qué medio probatorio debe practicarse para introducir en el proceso el programa informático diseñado por Mario?
2. ¿Puede Mario acompañar al programa informático la transcripción escrita del mismo?
4. ¿Podrá además aportar un medio de prueba instrumental que demuestre que el programa informático cumple con los mínimos pactados?, ¿Qué medio procesal instrumental sería el oportuno?
5. Si el tribunal no dispone de los medios técnicos necesarios para examinar el programa informático, ¿qué puede hacer Mario?

## ***Caso docente núm. 10. Las presunciones***

(Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 478/2002 –Sección 4.<sup>a</sup>– de 17 de julio)

En Palma de Mallorca, a diecisiete de julio de dos mil dos.

Vistos en fase de apelación por los Ilmos. Sres. referidos los autos de juicio declarativo verbal sobre reclamación de cantidad –artículos 250 y 437 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)–, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante-apelante doña María José L. C., y en su representación el Procurador de los Tribunales don Santiago B. C., y defendida por el Letrado señor Carlos H. G., y como parte demandada-apelada La Caixa, y en su representación la Procuradora de los Tribunales doña Catalina S. S., y defendida por el Letrado don Salvador P. M.; ha sido dictada en esta segunda instancia la presente resolución, judicial.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Alvaro Artola Fernández.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma en fecha 8 de noviembre de 2001 en los presentes autos de juicio declarativo verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, seguidos con el número 307/2001, de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su Fallo:

«Que desestimando la demanda promovida por la representación procesal de doña M<sup>a</sup> José L. C. contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, «La Caixa», debo absolver y absuelvo a ésta de todas las pretensiones contenidas en el escrito de demanda.

Se condena a la parte actora al pago de las costas causadas».

SEGUNDO Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la Oficina correspondiente.

TERCERO El referido recurso de apelación fue interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, sin que fuera propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, siguiéndose el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), quedando el rollo de apelación conclusivo para dictar sentencia en esta alzada tras la aportación de los correspondientes escritos de parte, de apelación y de oposición a la apelación, cuyos argumentos serán objeto de resumen en el fundamento de derecho primero de la presente resolución.

CUARTO En la tramitación antedicha se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO En la demanda instauradora de los presentes autos, seguidos por el trámite de juicio declarativo verbal sobre reclamación de cantidad, la defensa de la parte demandante, doña

María José L. C., sostenía la responsabilidad de la entidad demandada, La Caixa, derivada de las operaciones realizadas con la tarjeta Visa núm. ... el día 19-8-2000, de las que se extrajeron 28.000 pesetas con cargo a la cuenta y 96.000 pesetas con cargo a la citada tarjeta de crédito, la cual le fue sustraída a la demandante tras olvidar el bolso en el mostrador de recepción del hospital Son Dureta de Palma, al que acudió alrededor sobre de las 16.00 horas a fin de recibir tratamiento médico por una crisis de ansiedad.

La entidad demandada se opuso a la pretensión actora alegando que ésta incurrió en falta de diligencia en la custodia de la tarjeta y del número de seguridad, número PIN, lo que constituye un incumplimiento de obligaciones contractuales denunciadas en la condición general 5ª del contrato de tarjeta, desprendiéndose ello del hecho de que el citado número PIN fue introducido correctamente al primer intento y sin error alguno, por lo que es de aplicación la excepción al límite de responsabilidad previsto en el condición 6ª del contrato, es decir, que la actora debe responder, no sólo del importe de 20.000 pesetas, sino del importe total de la defraudación.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a La Caixa y condenando en costas a la parte actora. Tal resolución se fundó en la consideración de que de la redacción de la cláusula 6ª del contrato, que establece «La responsabilidad del contratante para las operaciones fraudulentas realizadas por terceros, durante las 24 horas anteriores a la notificación a la Caixa se establece en 20.000 pesetas, a menos que se haya actuado fraudulentamente, intencionadamente, negligentemente o no se hayan respetado las condiciones establecidas en el presente contrato concretamente en los apartados 4 y 5», se deriva que la actuación negligente exime a La Caixa de todo pago, y dicha actuación negligente concurrió, como se desprende del hecho de que se olvidara el bolso la actora en el mostrador del hospital Son Dureta a las 16 horas del 19-8-2001, derivándose del diario electrónico del cajero automático de La Caixa que las operaciones litigiosas se realizaron entre las 17.32 y 17.35 horas del día 19-8-2001, es decir, a escaso tiempo de la pérdida, por lo que tales operaciones no se debieron a la utilización de artilugios ópticos o electrónicos que le permitieran conocer el número PIN y realizar una estafa, sino de la propia sustracción de la tarjeta de bolso extraviado, ya que la actora declaró ante la Policía que en el bolso se hallaba la tarjeta de crédito, habiéndolo ratificado en el escrito de demanda, lo que, unido a que la posibilidad de averiguar el número PIN exige un margen de tiempo mayor –a fin de que la banda magnética pueda examinarse a través de diferentes técnicas informáticas por auténticos profesionales y conseguir descifrar el número clave–, le llevó a la Magistrado-Juez de instancia a la conclusión de que el número PIN debía estar anotado en la tarjeta o en algún otro documento que pudiera encontrarse junto a la misma, incumpliendo así la demandante el deber de secreto que determina la condición contractual 5ª de las Condiciones Generales. En consecuencia, y al tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva atenuada de la entidad de crédito, la prueba de presunciones permite considerar acreditado que la mala diligencia en la custodia del número secreto fue la que propició la posibilidad de extracción rápida del dinero del cajero automático.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, cuya defensa cuestiona la pretendida negligencia de su cliente, tanto en la custodia del bolso, olvidado al asistir al centro hospitalario por una crisis nerviosa, como del número PIN, pues es notorio que se pueden efectuar operaciones mediante una copia de la banda magnética. Sostiene que la carga de la prueba corresponde a las entidades bancarias, bajo cuyo control están los aspectos tecnológicos, y concluye diciendo que el Banco sólo ha proporcionado documentación de tres de las trece operaciones de retirada en efectivo que se realizaron.

Frente al citado recurso se presentó escrito de oposición por la contraparte, cuya defensa hace propios los motivos de la sentencia de instancia y alega que en el caso de autos concurrió clara falta de diligencia por la actora en la custodia de la tarjeta y de su número PIN. Considera que su cliente ha acreditado el carácter aleatorio y fortuito de la posibilidad de acertar la combinación, si no es porque la usuaria la ha dado de algún modo a conocer. Por ello, relativizando

la alegación, realizada de contrario, de la acreditación del número de operaciones concretas que se pudieron realizar aquella tarde, pues en todas ellas la clave fue correctamente tecleada, solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO Las normas relativas a la prueba de presunciones, actualmente residenciadas en los artículos 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), regulando este último precepto las presunciones judiciales -aplicadas en primera instancia al presente caso- y estableciendo en su número 1º «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», conducen a este Tribunal a la misma conclusión ya alcanzada por la Magistrada de instancia.

En efecto, partiendo del hecho, pacífico en autos al haber sido así narrado en la denuncia policial realizada por la actora e igualmente descrito en la demanda por su representación procesal, sin ser discutido de contrario, que aquella extravió sobre las 16 horas del día 19-8-2001 su bolso en el mostrador de recepción del hospital de Son Dureta, siéndole después sustraída su tarjeta Visa, y habida cuenta de que resulta también acreditado en autos, y no cuestionado propiamente en la alzada, que el mismo día, aproximadamente una hora y media después, se realizaron plurales operaciones de reintegro en un cajero automático con la tarjeta sustraída, Visa núm. ..., en las que se extrajeron 28.000 pesetas con cargo a la cuenta y 96.000 pesetas con cargo a la citada tarjeta de crédito, tales premisas probatorias, interpretadas a la luz de las reglas de la lógica del conocimiento humano, conducen a pensar que como quiera que el acceso a dicha tarjeta de crédito, por parte de la persona que realizó el posterior fraude en su uso, estuvo provocado por una pérdida accidental del bolso, y habida cuenta de que el infractor estuvo en condiciones de acceder al número secreto de la tarjeta, número PIN, en un máximo de una hora y media desde su obtención, la conclusión que se infiere de los hechos es que el número PIN que daba acceso a la cuenta de la demandante se hallaba dentro del bolso extraviado. No puede, en buena lógica, alcanzarse conclusión distinta ante las circunstancias fortuitas en que acontecieron los hechos, unidas al escaso margen de tiempo con que contó el infractor, lo que conduce a entender que no existió posibilidad técnica de que éste accediera al número PIN por otros medios distintos al de la propia presencia del número en el interior del bolso, por cuanto que el acceso a tales claves en similar tiempo exigiría unos conocimientos, unos medios técnicos y un tiempo de dedicación que no podían razonablemente concurrir en el caso de autos, en el que además acontece -tampoco lo discute propiamente la parte actora en esta alzada- que el tecleado del número correcto se produjo, como alegó la parte demandada y recoge la sentencia de instancia, al primer intento.

Así las cosas, hay que convenir que la parte demandante incurrió en negligencia, derivada no propiamente del extravío del bolso, sino de la presencia dentro de éste del número PIN que informaba el uso de la tarjeta Visa también contenida entre los enseres guardados en el bolso perdido. En este sentido, no cabe hacer llamamientos desmerecedores de la normativa incorporada al contrato de adhesión a los efectos de relativizar la responsabilidad de la pérdida de tarjeta junto a su número secreto, pues hoy en día cualquier usuario de este producto bancario, absolutamente generalizado en la actualidad, es conocedor de la trascendencia de mantener el secreto del número PIN, y, especialmente, de no acompañarlo a la tarjeta de la que constituye llave de acceso, por lo que tan extendido conocimiento no puede pretenderse devaluar por las teorías que sostienen la eficacia relativa de las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión.

En consecuencia, la redacción de la cláusula 6ª del contrato otorgado entre las partes, que establece «La responsabilidad del contratante para las operaciones fraudulentas realizadas por terceros, durante las 24 horas anteriores a la notificación a la Caixa se establece en 20.000 pesetas, a menos que se haya actuado fraudulentamente, intencionadamente, negligentemente o no se hayan respetado las condiciones establecidas en el presente contrato concretamente en los

apartados 4 y 5», puesta en relación con el número «2e» de la cláusula 5ª, que refiere como obligación del contratante «Mantener el secreto el número de identificación personal (PIN), sin anotar en la tarjeta ni en ningún otro documento que pudiera encontrarse con la tarjeta», ponen en evidencia la falta de adecuada diligencia en la conducta de la parte actora, justificando la desestimación de la demanda, sin poder aquí, en virtud de lo ya expuesto en el párrafo anterior, tachar de adhesivas dichas cláusulas contractuales.

TERCERO Pese a desestimarse el recurso de apelación en cuanto a los motivos de fondo, la presencia en el caso de autos, especialmente «a priori» –antes de la aportación por parte de la entidad de crédito de la totalidad de la documentación e información probatoria relacionada con la causa–, de serias dudas de hecho o de derecho, consideradas por el Legislador como eventualmente justificadoras de la no imposición de costas en la redacción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues nos hallamos dentro de un marco jurídico incierto a raíz de la existencia de precedentes jurisprudenciales dispares y de matices de hecho de difícil conocimiento previo al desenvolvimiento de la prueba, conduce al Tribunal a considerar que la presente causa no es merecedora de imposición en primera instancia de costas a la parte demandante, a cuyo favor concurre también el hecho de que su actuación, según se desprende de la causa, no es susceptible de reproche de mala fe alguno, el cual, de hecho, no ha sido nunca denunciado de contrario.

La alteración de la sentencia de instancia, aunque sólo afecte a la no imposición de costas, determina la consecuente omisión también de pronunciamiento respecto de las devengadas en esta alzada –artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que desestimando, salvo en lo relativo a las costas, el recurso de apelación interpuesto por doña María José L. C., y en su representación el Procurador de los Tribunales don Santiago B. C., contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Palma en fecha 8 de noviembre de 2001 en los presentes autos de juicio declarativo verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, seguidos con el número 307/2001, de los que trae causa el presente rollo de apelación, debemos acordar y recordamos:

- 1 Confirmar la sentencia de instancia en cuanto a su pronunciamiento de fondo.
- 2 Dejar sin efecto la imposición a la parte actora de las costas devengadas en la primera instancia, acordando en su lugar no hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en dicha fase procesal.
- 3 No ha lugar tampoco a pronunciarse sobre las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

## Cuestiones

1. ¿Sobre qué parte debe recaer la carga de la prueba de la negligencia en el uso de la tarjeta de crédito?
2. ¿Pueden considerarse las presunciones como medios de prueba?
3. Valora la presunción del presente caso

## Lección 9.<sup>a</sup> Las diligencias finales

- Las diligencias finales son actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez o de las partes, con la finalidad de formar su convicción acerca del material del proceso.
- Las diligencias finales se encuadran entre las facultades de dirección material del juez.
- Las diligencias finales pueden llevar a actividad probatoria en los cuatro casos siguientes:
  - 1.º) Se pueden practicar los medios de prueba que por causa ajenas a la parte que lo hubiese propuesto, no se hubiese practicado.
  - 2.º) Se pueden practicar las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia.
  - 3.º) Excepcionalmente, el juez podrá acordar de oficio, o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, mediante auto detalladamente motivado, cuando de su práctica, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, no se hubieran deducido resultados probatorios claros y,
  - 4.º) En el supuesto previsto en el art. 309.2, con ocasión del interrogatorio del representante de una persona jurídica que da razón de quién ha intervenido en los hechos en su nombre.
- Han de acordarse dentro del plazo (impropio) para dictar sentencia.

### Esquema

#### A) Concepto y admisibilidad

- a) Las diligencias finales son actos de instrucción, probatorios, con la finalidad de formar la convicción del juez acerca del material del proceso.
- b) Se regulan en los arts. 434.2, 435 y 436 LEC.
- c) Antecedente: diligencias para mejor proveer
- d) Función directora del juez:
  - 1) Ordenación formal o procesal
  - 2) Ordenación material: diligencias finales. Máxima concesión al principio de investigación oficial
- e) Sólo si las partes lo piden como regla general, y excepcionalmente de oficio
- f) No se permiten:
  - 1) Cuando la parte pudo haberlas propuesto como prueba en tiempo y forma.
  - 2) Ni cuando actuó de manera poco diligente.
- g) Pueden llevar a actividad probatoria en cuatro casos:
  - 1) El medio de prueba que por causas ajenas a la parte que lo hubiese propuesto, no se hubiese practicado.
  - 2) Las pruebas que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia.

- 3) Cuando de su práctica, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, no se hubieran deducido resultados probatorios claros.
- 4) Art. 309.2 LEC

B) Adopción, formas y efectos

- a) Han de acordarse dentro del plazo para dictar sentencia (art. 434.2 LEC).
- b) Principio de contradicción
- c) Forma: conforme a sus propias normas
- d) Efectos: los propios de la prueba

**Caso docente núm. 11. Diligencias finales** (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén –Sección 2.<sup>a</sup>– núm. 164/2008 de 9 de junio

En la Ciudad de Jaén, a Nueve de Junio de dos mil ocho.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial los Autos de Juicio Ordinario, seguidos en primera instancia con el número 214/2007, por el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Martos, rollo de apelación de esta Audiencia número 199/2008, a instancia de D. Mariano , representado en la instancia por el Procurador D. Antonio Luque Fernández y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Nieves Saavedra Pérez y defendido por el Letrado D. Felipe Pérez Morente, contra ZURICH SEGUROS, representada en la instancia por el Procurador D. Juan Ángel Jiménez Cózar y en esta alzada por el Procurador D. José Jiménez Cózar y defendida por la Letrada D<sup>a</sup>. Gloria Madueño Jiménez.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº Dos de Martos, con fecha 24 de marzo de 2008.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

....

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

Estimada en parte la demanda en la que se ejercitaba la acción directa del perjudicado contra la Aseguradora del vehículo al que se imputaba el daño constituido por la muerte de un potro de raza española al ser golpeado con aquél, se recurre por dicha demandada la sentencia alegando como cuestión previa de orden procesal la nulidad de la prueba de interrogatorio del actor practicada como Diligencia Final por el Juzgador de instancia, sin que hubiera sido propuesta por la parte demandada.

Tal alegación y nulidad de dicha prueba debe acogerse, pues efectivamente con su práctica el Juzgador infringe el principio dispositivo y de rogación de parte, asumiendo funciones que la ley procesal no le otorga. La prueba que puede practicarse en los procedimientos civiles, a salvo de supuestos excepcionales que en el caso no concurren, es la propuesta por las partes, y si a la parte demandada no le interesa la práctica del interrogatorio del actor, está en su legítimo derecho de no proponerla; sin que el Juzgador pueda acordarla como Diligencia Final, pues el artículo 435 de la LEC ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , relativo a las mismas no ampara un supuesto como el de autos. De hecho en el apartado 1 se expresa claramente que sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar la práctica de actuaciones de prueba y conforme a las reglas siguientes, entre las que se encuentra la primera que expresamente dispone que no se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes.

Y tampoco autoriza su práctica el apartado segundo del precepto pues también expresamente establece que sería excepcionalmente posible acordar de oficio nuevas pruebas si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes. De hecho, ni siquiera haciendo uso de la excepcional facultad que confiere al Juzgador el artículo 429 de la LEC, sobre la insuficiencia de medios probatorios, si no lo solicitan las partes únicas legitimadas para la

proposición de prueba en la forma que la ley procesal establece, es factible la práctica de las no propuestas.

Así las cosas, dicha prueba resulta ilegal y consecuentemente no podrá tenerse en cuenta para la resolución del conflicto.

## SEGUNDO

Dicho lo cual habrá que examinar si el resto de las pruebas practicadas acredita la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda prosperar la pretensión de la demanda, teniendo en cuenta que se cuestiona desde la titularidad del animal que hubo de sacrificarse por las heridas sufridas, hasta la forma en que se produjo el siniestro, si fue responsabilidad del conductor del vehículo asegurado, y finalmente la cuantía del perjuicio; cuestiones fácticas todas ellas cuya prueba compete a la parte actora al ejercitarse la acción de responsabilidad civil extracontractual y en relación a daños materiales, y sin que opere la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba pues ambas actividades, tanto la conducción de un vehículo como en el control y manipulación de un potro, implican peligrosidad similar, al ser susceptibles de producir daños.

Dicho lo cual, de la prueba practicada, y haciendo abstracción del interrogatorio del actor que no debe tenerse en cuenta habrá que concluir que la legitimación activa cuestionada y como afirma la sentencia impugnada se ha acreditado suficientemente por la documental, constituida por el pasaporte y carta genealógica del animal cuya posesión en poder del actor ya constituye un dato de propiedad que se corrobora por la testifical del responsable de la ganadería de procedencia del potro que sin duda afirmó que el caballo que entregó a Alejandro era para Mariano, en cuya posesión además estaba; figurando a su nombre la factura del veterinario que trató al caballo. Datos todos ellos suficientes a los efectos de acreditar la legitimación activa.

En cuanto a la forma en que se produjo el siniestro, contamos con la declaración del conductor del turismo asegurado así como con el documento que la propia aseguradora presenta, al parecer redactado de común acuerdo con el asegurado según manifestó éste, en el que consta la reclamación por la muerte del potro, «en el accidente ocurrido el día 14 del presente mes en Ctra. De Arjona s/n a la altura de Vista Alegre. El Sr. Jose Ignacio se disponía a estacionar su vehículo cuando en ese momento yo salía de la cochera con mi potro, al no verlos, impactó sobre el animal, éste se asustó y cayó hacia atrás partiéndose la columna vertebral sacrificando el mismo. El potro está valorado en 4.200 euros aproximadamente».

El asegurado declaró en el juicio, si bien no pudo explicar claramente cómo se produjo el siniestro, reconociendo que bien pudo ser culpa suya el que el animal se asustara, aunque no arrojó al caballo, al que no vio hasta que estaba a muy escasa distancia, relatando que iba por el carril y al acercarse a la nave el potro se asustó, levantándose y cayendo contra el coche, golpeándose con el paragolpes y la esquina del Ranger Rover que conducía.

También se ha acreditado que el animal sufrió una parálisis total producida por un golpe en la cabeza en la zona de la nuca, según el certificando del veterinario ratificado por el mismo, teniendo que proceder a sacrificarlo.

Con esta prueba la conclusión sobre la culpabilidad del siniestro no puede ser otra que la de que efectivamente la conducta del asegurado concurre a su producción, aunque no fue la única que determina el resultado dañoso. Al acercarse a la nave, que al parecer el carril por el que circulaba rodea, debió guardar más precaución ante la posible salida no ya del potro sino de cualquier persona o vehículo. Y de otro lado, el dueño del potro, animal no domado aún y asustadizo por su poca edad, aunque no se ha acreditado que estuviera suelto, debió controlarlo mejor ante la posibilidad de que por el carril en cuestión pudieran circular vehículos, como de hecho ocurrió.

Concurren ambas conductas imprudentes a la producción del resultado dañoso, y a la hora de establecer la responsabilidad del vehículo asegurado debe tenerse en cuenta dicha concurrencia, que la Sala considera se debe distribuir en un 70% para el vehículo y un 30% para el dueño del animal, porcentaje éste en que deberá disminuirse la indemnización que se fije al deber asumirlo el propio perjudicado.

Finalmente, en relación con la cuantificación del daño, ciertamente la cantidad reclamada por el valor del animal, de 7.200 euros no se ha acreditado; pues el certificado del veterinario resulta insuficiente a tal efecto, cuando el propio veterinario en el interrogatorio afirmó al principio que el potro tenía 23 o 24 meses, y consta documentado que todavía no había cumplido los 17 meses, no siendo además experto en la tasación de tales animales. La Sentencia la cifra en 6.000 euros, en base a la prueba cuya nulidad se ha declarado.

La Sala considera que si el propio actor valoró su potro en 4.200 euros, cantidad que además coincide con las que el responsable de la ganadería de procedencia del potro manifestó podía oscilar el valor de un potro de esa edad, la conclusión no puede ser otra que fijar dicho valor en esa cifra de 4.200 euros.

De lo que, en conclusión y definitiva, se deduce por una simple operación aritmética que deberá fijarse la indemnización por este concepto en 2.940 euros, (70% de la total).

Y de otro lado, reducirse a un 70%, la cantidad reclamada por el coste de los servicios del veterinario. Todo lo que supone la cifra total de 3.127,25.

Cantidad que se incrementará conforme dispone el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) con el interés legal incrementado en un 50% desde la fecha del siniestro y durante dos años, y con el 20% a partir de los dos años.

### TERCERO

Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , no habrá de hacerse expresa imposición de las costas del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº Dos de Martos, con fecha 24 de marzo de 2008 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el número 214/2007 , debemos de revocar y revocamos en parte dicha sentencia en el sentido de fijar la indemnización que deberá abonar la aseguradora demandada en la cifra de 3.127,25 euros, cantidad que se incrementará conforme al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) desde la fecha del siniestro.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº dos de Martos, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.

## Cuestiones

1. ¿Qué son las diligencias finales?
2. ¿Cuándo deben acordarse?
3. ¿Pueden practicarse incluso cuando las partes no las han solicitado?

# Capítulo III

## La prueba en el proceso penal

# Lección 10.<sup>a</sup> Particularidades probatorias

- Concepto de prueba en el proceso penal: actividad procesal, de las partes (demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso.
- Objeto de la prueba: 1) Los hechos: *a)* Los hechos entendidos como acontecimientos de la vida individual y colectiva *b)* Cualquier otro hecho expuesto en las calificaciones y que puede venir referido al grado de participación, a la culpabilidad, a la responsabilidad, entre otros; 2) Las máximas de la experiencia siempre que sean pertinentes en relación con la materia del proceso y relevantes en la posible decisión judicial.
- Tema de la prueba: se está refiriendo a qué debe probarse en un proceso determinado y concreto.
- Valoración: en el proceso penal la prueba se valora libremente por el juzgador: 1) Ha de versar sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (salvo excepciones); 2) no puede basar su sentencia en la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; 3) se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación de razonar el resultado probatorio en la «declaración de hechos probados».
- Carga de la prueba y presunción de inocencia: el principio de investigación oficial en el proceso penal hace que la actividad de las partes a la hora de alegar hechos y aportar pruebas sea indiferente respecto al propio objeto del proceso y el contenido de la sentencia. Elementos a considerar: 1) debe existir certeza de los hechos criminales imputados y de la responsabilidad del acusado en el mismo para que se dicte una sentencia condenatoria; 2) la certeza sólo puede alcanzarse mediante medios de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, 3) si no se obtiene esta certeza se aplicará el principio *in dubio pro reo*.
- Procedimiento probatorio: 1) proposición; 2) admisión; 3) práctica; 4) introducción de pruebas de oficio; 5) valoración.

## Esquema

- A) Concepto de prueba
- B) Objeto de la prueba
  - a)* Hechos
  - b)* Máximas de la experiencia
- C) Valoración: sistema de valoración libre
- D) Carga de la prueba y presunción de inocencia
- E) Procedimiento probatorio
  - a)* Proposición
  - b)* Admisión
  - c)* Práctica
  - d)* Introducción de pruebas de oficio
  - e)* Valoración

## ***Caso docente núm. 12***

Lectura de referencia: VALDEÓN BADUQUE, J., «El proceso de los templarios», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.), *Los grandes procesos de la Historia de España*, Ed. Crítica, Barcelona 2002, págs. 46-60

### **Cuestiones**

1. ¿Cómo surge la Orden Militar del Temple?
2. ¿Cuál era su objetivo principal?
3. ¿Cuál fue su evolución?
4. ¿En qué momento histórico tuvo lugar el proceso contra los templarios?
5. ¿Cuáles fueron los motivos para que se produjeran los procesos?
6. ¿En qué fecha se produce una «detención masiva» de los templarios?
7. ¿De qué se les acusaba?
8. ¿Dónde tuvieron lugar los procesos? ¿Qué resultados tuvieron?
9. ¿Qué medios de prueba aparecen?

**Caso docente núm. 13. Caso del cajero automático diciembre de 2005** (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona –Sección 10– de 5 de noviembre 2008)

NOTICIA

EL MUNDO, Martes, 11 de noviembre de 2008

OCURRIÓ EN DICIEMBRE DE 2005

LA AUDIENCIA DE BARCELONA CONDENA A 17 AÑOS DE PRISIÓN A LOS ACUSADOS DEL CRIMEN DEL CAJERO

El juez dicta 16 años por asesinato con alevosía y uno más por los daños en el cajero. Deberán pagar 46.000 euros a la familia de la víctima y 26.719 a La Caixa. La Fiscalía pedía 28 años, mientras la defensa admitió que aceptaría entre dos y tres. La sentencia da la razón al menor, que declaró que fue Ricard quien tiró la colilla.

EVA BELMONTE

La Audiencia de Barcelona ha condenado a 17 años de prisión a los dos acusados del crimen del cajero, que en 2005 acabó con la muerte de Rosario Endrinal. Ambos han sido acusados de un delito de asesinato con alevosía, por el que deberán pasar 16 años en prisión, más otro año por los daños producidos en el cajero. Además, han sido condenados a indemnizar a La Caixa, propietaria del cajero, con 26.719 euros, y a la familia de Rosario Endrinal con 46.000 euros. A la condena se le restarán los casi tres años que ambos han permanecido en prisión provisional.

La sentencia afirma que los tres atacantes «tenían un plan a ejecutar» y que, en modo alguno, se trató de una acción improvisada. Para alcanzar esta conclusión alega que los tres sabían que el bidón que vertieron estaba lleno de disolvente, debido a su peso, su olor y las etiquetas identificativas.

La resolución judicial añade que, además de conocer el carácter inflamable del líquido, Ricard y Oriol se proveyeron de cigarrillos encendidos -tras pedir fuego a un transeúnte- con el objetivo de prender fuego a la víctima, lo que también confirma la alevosía.

«Actuaron conscientes de la altísima probabilidad de la muerte de la Señora Endrinal y no obstante actuaron en consecuencia», afirma tajante la sentencia, que recuerda que el incendio mediante uso de acelerantes del fuego es un medio «esencialmente alevoso».

Con esta sentencia se acaba un largo proceso judicial que se inició con la detención de los tres jóvenes y la causa contra Juan José M. R., que era menor en el momento de los hechos y que fue condenado a ocho años de internamiento en régimen cerrado -la pena máxima prevista por la Ley del Menor.

Según fue evolucionando el juicio, las peticiones de la defensa se rebajaron. Mientras en un primer momento pedían la absolución, en la última jornada del juicio aceptaron penas mínimas de entre dos y tres años de prisión al admitir que el crimen constituyó un homicidio imprudente.

La Fiscalía, por su parte, mantuvo desde el primer momento su petición de 28 años de cárcel por un delito de asesinato con alevosía y ensañamiento, y otro de daños. La sentencia rebaja la pena de la Fiscalía al descartar el ensañamiento, ya que considera que los acusados no tenían

el objetivo de que la muerte fuera dolorosa. Acusaciones cruzadas Durante el juicio, tanto la defensa como los dos acusados han defendido la tesis de que las acciones que acabaron con la vida de Rosario Endrinal no fueron más que una travesura que se les fue de las manos. Además, Ricard P. B. y Oriol P. S. coincidieron en acusar al menor ya condenado de verter el bidón con disolvente en el interior del cajero. Además, afirmaron no tener ni idea de dónde salió la colilla que prendió fuego al disolvente.

La declaración de Juan José M. R., que tenía 16 años en el momento de los hechos, se oponía de frente a las de los dos mayores de edad. Según el joven ya condenado, él llevaba el bidón pero se le cayó, y fue Ricard quien tiró la colilla que prendió fuego al cajero. Ambas afirmaciones han sido confirmadas por la sentencia, que le da la razón.

Ambos son coautores del asesinato La Audiencia de Barcelona no distingue, además, entre los dos acusados, aunque fuera Ricard quien ayudó a Juan José a entrar el bidón y quien, además, tiró la colilla encendida. La sentencia considera que, dado que Oriol conocía la intención de los otros dos jóvenes, se mantuvo a la entrada del cajero para evitar que la mendiga escapara o cerrara la puerta y era portador de otro cigarrillo, es coautor del asesinato. El juez apoya esta afirmación, además, en la actitud del acusado durante el crimen, que «permaneció en el interior del cajero sonriendo y riendo».

Los hechos sucedieron el 16 de diciembre de 2005, cuando presuntamente los tres jóvenes increparon, lanzaron varios objetos y quemaron a la indigente, que dormía en un cajero del barrio de Sant Gervasi. Rosario Endrinal murió 24 horas después a causa de las quemaduras de segundo y tercer grados que tenía en el 70% del cuerpo.

***Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona*** (Sección 10), de 5 noviembre 2008

Jurisdicción: Penal, Sumario núm. 2/2007.

Ponente: Ilmo. Sr. D. María Montserrat Birules Bertrán.

ASESINATO: ALEVOSÍA: existencia: quemar a la víctima, que se encontraba durmiendo en un cajero automático, rociándola con líquido inflamable; ENSAÑAMIENTO: inexistencia: ausencia de actos dirigidos al aumento del sufrimiento de la víctima: los episodios violentos previos no tenían por objeto el padecimiento para causar la muerte de la víctima; DOLO EVENTUAL: existencia; compatible con alevosía: se requiere dolo directo respecto a la indefensión, pero no así con relación al resultado de muerte.

ANTECEDENTES DE HECHO

....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Los hechos declarados probados hallan su fundamento en el conjunto de la prueba practicada a lo largo del acto del juicio oral consistente en interrogatorio de los acusados, testimonial del tercer interviniente ya mayor de edad Salvador, de los agentes de Mossos d'Esquadra y restantes testigos que en acta consta, pericial química, médico forense y del servicio de Toxicología del INT, documental con visionado de cintas y cd's conteniendo grabaciones de seguridad admitidas por todas las partes sin impugnación alguna.

En cuanto a los hechos acaecidos antes de las 4.47 hs del día 16.12.05, es decir, las diversas veces que los acusados habían entrado en el cajero automático para insultar y tirar objetos a la Sra. Valentina, han sido reconocidos por los mismos, amén de ser absolutamente visible en la

cinta de seguridad de la Caixa, examinada en el acto del juicio oral, evidenciándose una acción conjunta de las dos personas Carlos Miguel y Isidro uno proporcionando y el otro arrojando los objetos hacia su derecha donde se hallaba la Sra. Valentina. Si bien el testigo Salvador aclara que sí llegaron a darle con los objetos, según su conocimiento. Siendo asimismo sugestivos los hematomas parieto-occipitales que la fallecida presentaba según informe de autopsia ratificado en el acto del juicio.

Por lo que se refiere a haberla posteriormente asimismo golpeado directamente con los tubos, en un crescendo que aumentará a lo largo de la noche, ello es parcialmente reconocido por los acusados y es de ver claramente en la referida cinta y viene confirmado por la declaración del testigo Salvador al tiempo que los tubos fueron hallados por los agentes (M d'e NUM004).

Y ciertamente existe en el actuar de los acusados un concierto en el modo y papeles adoptados en el curso de la noche. A pesar de que Carlos Miguel afirma que iban por libre cada uno de ellos y que no sabe porqué él se quedó ante la puerta del cajero cuando sus amigos se ausentaron diciéndole que les esperara después de que el entonces menor hubiera dejado la puerta franqueable, lo que por otra parte implica una intención de retorno más o menos rápido, las pruebas practicadas a lo largo de las sesiones del juicio oral determinan lo contrario.

Así, por ejemplo, Isidro afirma que marcharon porque querían reunirse con sus amigos para ir a otro lugar, lo que carece de todo sentido pues en tal caso hubieran marchado los tres. Por otra parte conforme el visionado de la cinta de grabación de la cercana Caixa Penedés sólo transcurren cinco minutos desde que a paso ligero vuelven Isidro, delante, y el entonces menor detrás, con las manos vacías hasta que los mismos aparecen ya entrando en el cajero, portando con esfuerzo Salvador el bidón semilleno y sujetando un Carlos Miguel sonriente la puerta cuyo paso les franqueaba. El testigo Salvador ha manifestado que el bidón le pesaba mucho, que ya lo había destapado y que sabía que era disolvente porque olía mucho a tal, (extremo éste el del intenso olor que viene confirmado por la declaración del técnico Sr. Ignacio en cuanto a necesario uso de mascarilla y la de los agentes de policía en cuanto al intenso olor a tal que desprendía el cajero). En consecuencia, de modo claro se desbarata la idea de no saber qué acaecía y pensar que el bidón estaba vacío y lo iban a usar para tirárselo a la Sra. Valentina, por el contrario, se expresa una acción más o menos predeterminada y ejecutada de común acuerdo o aceptación, con suma ligereza y coordinación, desarrollando cada uno de ellos un papel o rol determinado, coincidente con lo declarado en el acto del juicio oral por Salvador en el sentido de la muy expresiva frase que le profirió Carlos Miguel «como antes no has pegado, ahora te toca a tí».

En el mismo sentido significar que, conforme documental y testifical practicada, los bidones eran todos portadores de etiquetas indicativas muy visibles del carácter sumamente tóxico y altamente inflamable de su contenido, también con ilustración y dibujo al respecto. Amén de haber manifestado el testigo Salvador en el acto del juicio oral que, además, olió el contenido del bidón una vez destapado «para saber que era eso», es decir, para tener la certeza de que el contenido se correspondía con lo advertido en las etiquetas exteriores. Así pues, tenían un plan a ejecutar en régimen de cooperación necesaria.

Igualmente es de reseñar que a pesar de los esfuerzos de las defensas para señalar desconocimiento o vertido muy escaso del contenido del bidón, de la prueba practicada se desprende claramente que los acusados conocían perfectamente que el bidón de veinticinco litros no se hallaba vacío, el acusado Isidro por haberlo escogido junto con el entonces menor Salvador, y Carlos Miguel, cuando menos, por el modo en que lo portaba con esfuerzo Salvador, sujeto con la mano derecha, el hombro alzado por el peso y la mano izquierda debajo para mayor sostén del mismo. Todo ello es de ver no sólo según la testifical del citado Salvador sino por la evidencia del visionado de la cinta de La Caixa a las 4:47 hs de la madrugada. Igualmente la cantidad de inflamable vertido tenía que ser como muy mínimo unos cinco litros por lo ya expresado respecto del peso y resto sobrante de uno o dos litros y por el hecho de que a pesar de la deflagración cuando llegaron los bomberos y primeros agentes tras airear para dar salida

a la gran cantidad de humo, pudieron comprobar que aún había llama en el interior del habitáculo, (testifical Sr. Jon) apercibiéndose entonces de la presencia de la víctima.

Amén de conocer perfectamente los acusados el carácter extremadamente peligroso del contenido del bidón, altamente inflamable y resultar que tal era su intención por cuanto ambos, Isidro y Carlos Miguel, se proveyeron de sendos cigarrillos encendidos –y dado que Carlos Miguel manifiesta que carecían de fuego y debieron pedirlo a un transeúnte, ello aún confirma el elemento finalístico de su uso. Porte igualmente acreditado en la ya tantas veces repetida grabación de la cinta de seguridad de La Caixa–, y en cuanto al bidón lo destaparon previamente, Isidro y Salvador, como así lo ha manifestado éste último y olieron el contenido, ello confirmado por el hecho de que el tapón fue hallado en el exterior incólume (M d'E NUM005 y NUM008) y fue aportado a la causa como pieza de convicción. Finalmente, según se concluye del iter reflejado en la citada cinta, Isidro esperó a tirar la colilla hasta que Salvador estuviera ya en el umbral de la puerta y obviamente él mismo en zona cercana puesto que de otro modo la deflagración le hubiera envuelto de pleno y no sólo le habría incendiado los pantalones. Pantalones que se le inflamaron en los bajos, sin llegar a quemarse conforme declaración del entonces menor en el acto del juicio y documental no impugnada en cuanto a haber la madre de Isidro procedido a lavar los referidos pantalones y declaración testifical del M d'E NUM002. Por otra parte, Isidro efectuó el encendido del líquido inflamable en concreto modo, no sobre el bidón puesto que no se produjo explosión de su contenido y al llegar la policía científica (f. 111 y declaración MM d'Esquadra NUM003 y NUM004) aún restaba una cierta cantidad, dos o tres litros, pudiendo ser posteriormente analizado, sino en el charco en zona más cercana a la Sra. Valentina la que sufrió severísimas quemaduras, incluso en zona vulvar, habiendo acreditado la pericial de los escasos restos casi carbonizados de las ropas que aquélla vestía, que el líquido le había alcanzado.

El propio Salvador ha admitido que el bidón pesaba mucho, que al verter una parte, por el peso, se le venció el bidón con vertido del resto, (y que a pesar de ello Isidro tiró la colilla) y de las citadas testificales de los agentes de policía (MM d'E Núm. NUM004, NUM005 y NUM006), se concluye que la zona donde se produjeron más daños era al fondo a la derecha, es decir, cerca del sitio donde se hallaba tendida la Sra. Valentina, junto a la máquina del tercer cajero automático. Asimismo de la inspección ocular y reportaje fotográfico, debidamente ratificado (MM d'E núm. NUM005, NUM007 y NUM006) se concluye el mismo extremo.

La acción se produjo en un continuo prácticamente sin solución de continuidad en un supuesto de progresión delictiva enmarcado en un mismo escenario fáctico, expresivo de un uso, por los acusados, de la violencia sobre tercera persona no ya meramente gratuito sino de tintes recreo, sin límites representándose por ello el resultado y aceptando no obstante las consecuencias de tal conducta.

.....

CUARTO Del definido delito son criminalmente responsables en concepto de autores los acusados Carlos Miguel y Isidro por su participación material y voluntaria en su ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 primer párrafo del Código Penal (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), participación que resulta de la prueba practicada y todo ello con fundamento en anteriores razonamientos.

Sostiene las defensas que en el momento de los hechos cada uno de los acusados actuó por su cuenta sin previo acuerdo ni concierto y específicamente la defensa de Carlos Miguel, sostiene que su presencia en el cajero sin verter el líquido ni haber tirado la colilla sobre el mismo implica una participación de índole menor e impetra, en lo que aquí interesa, una complicidad por cooperación no necesaria en delito de homicidio imprudente, delito este último que ya ha quedado excluido en pro del de asesinato según se ha razonado.

En cuanto a la opción efectuada respecto de la autoría y no de la complicidad, se significa que a tal efecto obviamente se parte del principio penal de responsabilidad personal, que exige como mínimo la realización de una acción culpable, no respondiendo nadie por las acciones de otro. Pero no es menos cierto que existe la figura de la coautoría construida a partir de la tesis

del dominio funcional del hecho. Teoría acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosa sentencias, entre ellas las de 1202.86 (RJ 1986\ 590), 24.03.86 (RJ 1986\ 1686), 15.07.88 (RJ 1988\ 6584), 8.02.91 (RJ 1991\ 921) y 4.10.94 (RJ 1994\ 7612), y según la cual, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

E igualmente el concepto de coautoría viene actualmente ya muy delimitado en el sentido antedicho bastando, por su claridad con reproducir literalmente lo mantenido en STS 207.98 (RJ 1998\ 6230), en la que se reconoció lo siguiente: «El art. 28 del CP (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777) vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinuencia –ss. 31/5/85 (RJ 1985\ 2577), 13/5/86 (RJ 1986\ 2461) entre otras– por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común».

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. TS 3.07.86 (RJ 1986\ 3878), y 20.11.81 (RJ 1981\ 4423), han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SSTS 10.02.92 [RJ 1992\ 1112], 5.10.93 [RJ 1993\ 7282] y 207.94 [RJ 1994\ 6416]) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Y de conformidad con las pruebas practicadas ello así fue en la medida en que, negado por los acusados que la total conducta desarrollada por los mismos a los largo de la noche respondiera a un acuerdo conjunto, previa y asimismo sucesivamente adoptado, afirmando actuar cada uno por su lado, ello ha devenido contradicho no sólo por el análisis conjunto de sus propios actos sino por la declaración del testigo Salvador concluyéndose que la decisión no fue instantánea ni personalísima de quien la llevó a cabo, sino que fue desarrollada con el previo conocimiento y consentimiento de todos los participantes, siendo que a mayor abundancia, en momento alguno Carlos Miguel les disuadió ni efectuó nada por impedirlo, sino que por el contrario participó en los hechos en primer lugar quedando a modo de guardia delante del cajero cuando el otro acusado acompañado del menor se ausentó, entendiéndose que el único sentido que ello tenía era el de que alguien quedara en tal función de guardia para asegurar el posterior ingreso en el cajero de todos ellos e impedir, en su caso, que la víctima aprovechara su ausencia para encerrarse. Y en segundo lugar de conformidad con las pruebas practicadas –especialmente visionado de la cinta grabada por la entidad La Caixa y declaración del testigo Salvador– el acusado Carlos Miguel franqueó el paso a sus compañeros yendo el menor cargado con el bidón y Isidro portador del cigarrillo encendido, siendo el mismo Carlos Miguel portador de otro cigarrillo asimismo ya encendido, según es de ver en la mencionada cinta, y en tercer lugar, Carlos Miguel permaneció en el interior del cajero sonriendo y riendo mientras sus compañeros actuaban en el modo declarado probado, sujetando la puerta para que se man

tuviera abierta y garantizar así la huida de todos evitando que pudieran quedar atrapados en el interior del cajero. No siendo tampoco en absoluto inocuo que conforme testifical del referido menor Carlos Miguel le «cediera» su turno de intervención bajo expresión de «como yo ya he pegado y tú no, hazlo tú, yo me quedo fuera» expresiva del actuar conjunto en tracto sucesivo, in crescendo y por turnos de los acusados según ya se ha razonado.

.....

FALLAMOS:

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación.

Que, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Carlos Miguel y a D. Isidro como criminalmente responsables en concepto de autores, de un delito de asesinato cualificado con alevosía ya referenciado en concurso medial con un delito de daños dolosos cometidos mediante incendio, por los que venían siendo acusados, sin concurrencia de circunstancias modificativas de sus respectivas responsabilidades criminales a las penas respectivamente de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el primer delito y a la de UN AÑO DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el segundo.

Les condenamos también al pago de dos tercios de las costas procesales decretando el restante tercio de oficio en los términos establecidos en el razonamiento jurídico noveno de la presente resolución.

Por vía de responsabilidad civil, ambos acusados indemnizarán, conjunta y solidariamente, a la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, «La Caixa», en la suma de veintiséis mil setecientos diecinueve (26.719 ?) euros y a D<sup>a</sup>. Nuria y D<sup>a</sup>. Trinidad en la cantidad de cuarenta y seis mil (46.000 ?) euros, en ambos supuestos con más el interés legalmente establecido «ex» art. 576 Lec (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892).

Conclúyase la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de la pena de prisión les será abonado a los acusados todo el tiempo de prisión provisional sufrido en la presente causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, ha sido publicada la anterior Sentencia el día de la fecha. Doy fe.

## Cuestiones

1. Explica cuál es el sistema de valoración de la prueba en el proceso penal. ¿Qué puede hacer la defensa si la prueba no se valora correctamente por el órgano jurisdiccional?
2. ¿Cuál ha sido el objeto de la prueba en este caso?
3. Identifica los medios de prueba que han servido de fundamento para dictar esta sentencia.

# Lección 11.<sup>a</sup> Prueba ilícitamente obtenida

- En el proceso penal para la averiguación de la verdad se hace necesario, en ocasiones, restringir o limitar determinados derechos fundamentales de forma que los actos de prueba que pudieran limitarlos, y dado que no se puede obtener la verdad a cualquier precio, deben ser sometidos a especiales requisitos y garantías que deben ser respetadas por la autoridad encargada de llevarla a cabo.
- En la limitación de los derechos fundamentales se deberán respetar una serie de requisitos, que se resumen en el respeto al principio de proporcionalidad.
- Son varios los supuestos en que se puede obtener la prueba mediando violación de derechos fundamentales: 1) se puede producir en la actividad de práctica del medio de prueba de que se trate; 2) en las actividades de recogida y búsqueda de las fuentes de prueba, violación que se transmite al medio de prueba con ella obtenido, y ello aunque éste se practique con total corrección (teoría de los frutos del árbol envenenado).
- Efectos: el art. 11.1 LOPJ establece que: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando derechos y libertades fundamentales».
- Alcance de los efectos directo y reflejo de la prueba ilícita: a) buena fe o descubrimiento inevitable; b) teoría sobre la fuente independiente; c) teoría nexo causal (atenuado)
- En el derecho anglosajón aparece la «exclusionary rule». Establecida en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, aparece concebida como una limitación del uso del material probatorio ilegalmente obtenido, que estando prevista exclusivamente para los Tribunales Federales, se va ampliando progresivamente a los Tribunales Estatales, al amparo de la Enmienda decimocuarta, que incluye el principio del proceso debido.

## Esquema

- A) La prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales
  - Requisitos Principio de proporcionalidad
    - a) Requisitos comunes
      - 1) Principio de legalidad
      - 2) Principio de jurisdiccionalidad
    - b) Requisitos especiales
      - 1) Principio de necesidad
- B) Supuestos
  - a) Derechos fundamentales absolutos
  - b) Derechos fundamentales relativos

C) Efectos

Efecto directo

Efecto reflejo

D) Especial referencia a la «exclusionary rule» del Derecho anglosajón

a) Teoría de la buena fe o descubrimiento inevitable

b) Teoría sobre la fuente independiente

c) Teoría nexo causal (atenuado)

***Caso docente núm. 14.*** Lectura de referencia: *Caso Miranda v. Arizona (1966)*, 384 US 436

## Actividad

Explica cuál es la diferencia entre el tratamiento que se concede a la prueba ilícita en España y en los Estados Unidos de América.

**Caso docente núm. 15. Presunción de inocencia: prueba obtenida ilegalmente** (STS núm. 829/2006 –Sala de lo Penal– de 20 de julio)

Jurisdicción: Penal  
Recurso núm. 1188/2005.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

**PRESUNCION DE INOCENCIA:** Declaraciones del acusado: prueba obtenida ilegalmente: «entrevista personal» con detenido en la base de Guantánamo: carencia de los más mínimos derechos: nulidad absoluta; Inexistencia de prueba: de las afirmaciones del detenido ante el Juez Instructor no es posible deducir su pertenencia a banda armada; Testigos de referencia: inexistencia de prueba: de policías sobre entrevista personal mantenida con detenido siendo la declaración nula; Intervenciones telefónicas: prueba obtenida ilegalmente: acordadas en otra causa y ya declaradas previamente nulas por el Tribunal Supremo.

**RECURSO DE CASACION:** Falta de claridad en hechos probados: posturas sobre la integración de los hechos y fundamentos de derecho; Inexistencia: falta de designación de los pasajes; Denegación de prueba: impertinente e innecesaria: de corresponsal de guerra para ilustrar sobre los conflictos bélicos históricos de Afganistán: hechos fuera del objeto del juicio.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 04-10-2005, condenó a don Luis Manuel, como autor de un delito de integración o pertenencia a organización terrorista, a la pena de seis años de prisión.

Contra la anterior Resolución recurrió el acusado en casación.

El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda Sentencia en la que le absuelve.

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil seis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Luis Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delito de integración en organización terrorista, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Echavarría Terroba.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado Central de Instrucción núm. 5, instruyó Sumario núm. 25/03, seguido por delito de integración en organización terrorista, contra Luis Manuel, y una vez concluso lo remitió a la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 4 de octubre de 2005 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«En el año 1998 el hoy procesado Luis Manuel, conocido por Moro, mayor de edad y sin antecedentes penales, decide profundizar en el estudio del islamismo en su vertiente fundamentalista ante los acontecimientos que se desarrollan en Chechenia, Cachemira y Palestina,

para lo que comienza a frecuentar en su ciudad natal (Ceuta) los ambientes de tal movimiento, conociendo así a un individuo (Alvaro o Jose Pablo), cuya identidad real no ha podido determinarse, que le habla de una persona residente en Marruecos que había estado en Afganistán, le deja videos del conflicto checheno y le adoctrina en la «Yihad» como guerra contra todos los que no comparten sus creencias religiosas y su forma de vida, con el que en el año 2000 viaja a Gran Bretaña durante el período de un mes a lo largo del que visiona discursos de imanes y lee revistas sobre la guerra en Indonesia, Palestina, Bosnia, Chechenia y Afganistán, frecuentando la mezquita «Nur».- Una vez regresado a Ceuta, el procesado resuelve en julio de 2001 viajar a Afganistán a fin de recibir entrenamiento para posteriormente realizar la «Yihad» como «mujahidin» con el gobierno talibán, valiéndose para ello del dinero –mil dólares– que Alvaro o Jose Pablo le había dado con tal propósito y teniendo como contactos, facilitados asimismo por aquel, en Afganistán a un individuo llamado Serafin y en España a «Emilio» (su identidad tampoco ha podido acreditarse) quien utilizaba el teléfono móvil NUM000; individuo este último que en relación con Bruno (a) Juan Luis, responsable de la célula de Al Qaeda instalada en España, y con Jose María (a) Chato -Pedro Antonio que también utiliza los alias de Víctor, Ignacio, Antonio, Aurelio y Luis Antonio, vinculado en Inglaterra con Vicente y con Emilio (a) Lorenzo- venía dedicándose a facilitar el envío de mujahidines a los campos de entrenamiento controlados por Al Qaeda. En ejecución de dicho propósito Luis Manuel adquiere en Madrid el pasaje de avión a Teheran (Iran) y obtiene en el consulado iraní el correspondiente visado, viajando el día 4 de agosto de 2001 a aquella capital con escala en Atenas (Grecia). Desde Teheran, ciudad desde la que llama a uno de sus hermanos, se dirige a Mashad y desde allí en taxi a la frontera afgana que no puede pasar al encontrarse cerrada durante la noche, regresando al pueblo de Taibet desde el que (el día 5 de agosto) llama a «Emilio» para comunicarle que al día siguiente llegaría a Afganistán. En la mañana del 6 de agosto pasa la frontera iraní-afgana y es llevado por miembros talibanes a una casa de la población de Heirat donde permanece dos días en espera de llegar a Kabul para allí encontrarse con Serafin o con Jose Pablo, viajando en taxi a Kandahar, ciudad desde la que el día 8 de agosto vuelve a llamar a Emilio y donde acude a una madraza-campamento, para luego dirigirse a Kabul y allí permanecer una semana en una casa del gobierno talibán destinada a la acogida de inmigrantes, lugar donde coincide con Jose Pablo, regresando a Kandahar en cuya madraza recibe clases de árabe, estudio del Corán, es adoctrinado sobre la Yihad, es entrenado físicamente y recibe enseñanzas teoricas y practicas en el manejo de armas (kalasnikov y pistola Makarov) hasta que, ocurridos los luctuosos sucesos del 11 de septiembre de 2001 y ante la inminencia de una intervención del ejercito de Estados Unidos de América (Alianza del Norte) en Afganistán, decide junto a otros huir a Pakistán, siendo para ello conducidos a la ciudad afgana de Jalalahad, donde estan varios días bajo la tutela del gobierno talibán, y desde allí hasta las montañas fronterizas con Pakistán, siendo capturados por militares pakistanies bajo cuya custodia permanecen dos meses en distintos lugares hasta su entrega en Kandahar a las fuerzas militares de USA que los trasladan a la base sita en Guantánamo (Cuba) en la que permanece recluido hasta que el día 13 de febrero de 2002 es entregado directamente por las autoridades norteamericanas y trasladado en avión a la base española de Torrejón de Ardoz (Madrid) y allí puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.-El procesado, a consecuencia de su detención por las fuerzas militares pakistanies y posteriormente por las de los Estados Unidos de América del Norte con internamiento en Kandahar y luego en la base militar de Guantánamo, sufre un trastorno de estrés postraumático con sintomatología de depresión y ansiedad que ha experimentado una evolución favorable». (sic)

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS, al procesado Luis Manuel, como autor responsable penalmente de un delito de integración o pertenencia a organización terrorista ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio activo por igual tiempo, y SEIS AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA TODO EMPLEO O CARGO PÚBLICO, así como al pago de una cuarta parte de

las costas procesales causadas. Será de abono al procesado el tiempo de privación de libertad sufrido en esta causa (desde el 12 de febrero al 13 de julio de 2004). Reclámese del Juzgado de Instrucción, debidamente concluida, la pieza de responsabilidad civil». (sic)

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Luis Manuel, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

- I. Al amparo del art. 852 de la LECrim (LEG 1882\ 16) .
- II. Por infracción de derecho fundamental, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) .
- III. Amparado en el art. 849 de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ.
- IV. Amparado en el art. 849 de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ.
- V. Amparado en el art. 849 de la LECrim, en relación con los arts. 11 y 5.4 de la LOPJ.
- VI. Por Infracción de Ley y Doctrina legal al amparo del art. 851.1 de la LECrim.
- VII. Por Infracción de Ley y Doctrina legal al amparo del art. 849.1 de la LECrim.
- VIII. Por Infracción de Ley y Doctrina legal al amparo del art. 849.1 de la LECrim.
- IX. Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850.1º de la LECrim.

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 22 de junio de 2006. Por oficio de 22 de junio de 2006, se solicitó a la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional testimonio de distintos particulares necesarios para la resolución de la sentencia, por lo que se dictó con fecha 26 de junio de 2006 auto de prórroga por 15 días hábiles.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de 4 de octubre de 2005 de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Luis Manuel como autor de un delito de integración o pertenencia a organización terrorista a la pena de seis años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que el recurrente, ciudadano español, efectuó un viaje desde Ceuta hasta Afganistán, en julio de 2001 con el fin de recibir entrenamiento para realizar la Yihad. Desde Teherán viajó en taxi hasta aquel país siendo ayudado por miembros talibanes. Una vez en Kandahar fue adoctrinado sobre la Yihad en la madraza, y entrenado físicamente recibiendo enseñanza teórica y práctica del manejo de armas. Tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, y ante la inminencia de la intervención del ejército de los Estados Unidos en Afganistán, huyó a Pakistán, donde fue capturado por militares paquistaníes, permaneciendo detenido dos meses en distintos lugares hasta que fue entregado a fuerzas militares americanas quienes le trasladaron a la base de Guantánamo –Cuba– donde permaneció recluido hasta el día 13 de febrero de 2002, se trata de un error mecanográfico, la entrega fue el 13 de febrero de 2004 en que fue entregado directamente a las autoridades militares españolas, quienes lo trasladaron a la base de Torrejón de Ardoz y allí puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, quien le recibió declaración el 26 de febrero.

Se ha formalizado un recurso de casación por parte de la representación del condenado, que se desarrolla a través de nueve motivos. De ellos, los cinco primeros discurren por la vía de

la vulneración de derechos constitucionales, concretamente del derecho a la presunción de inocencia que se analiza desde diversas perspectivas. Los motivos sexto y noveno lo son por la vía del Quebrantamiento de Forma, y, finalmente, los motivos siete y ocho los son por la vía del error iuris.

Por razones de lógica y sistemática jurídicas, comenzaremos el estudio del recurso por los motivos sexto y noveno, para continuar por los motivos primero a quinto y terminar, en su caso, con el séptimo y octavo.

SEGUNDO El motivo sexto, por la vía del art. 851-1º de la LECrim (LEG 1882\ 16) . Se denuncia vulneración del art. 142 de la LECrim en la medida que en la sentencia se ha incurrido en el vicio procesal de no incluir de forma precisa y exclusiva los hechos estimados probados por el Tribunal en el apartado correspondiente, y por el contrario, también en la motivación se encuentran datos fácticos que provocan una indefensión con el condenado porque no sabe exactamente de cuales hechos se le ha acusado. Asimismo se rechaza la teoría de la complementación del factum con los datos de esta naturaleza que se encuentran desperdigados en la motivación jurídica.

Sin perjuicio de poder coincidir con la teoría que sustenta el motivo ya adelantamos la imposible aceptación del motivo por falta de acreditación del vicio procesal que se denuncia, hay que recordar que no existe un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial al respecto. Esta Sala ha venido dictando sentencias que abordan esta cuestión con diferentes soluciones, fundamentalmente tres: a) la tesis que permite la posibilidad de integrar o complementar el factum con datos de hecho desperdigados en la motivación –por ejemplo la STS 990/2004 de 15 de noviembre (sic) (RJ 2004\ 7485)–, b) la tesis que prohíbe dicha posibilidad de integración –entre otras, STS 762/2006 de 10 de julio–, y c) una tesis intermedia que permitiría la integración siempre en beneficio del reo y nunca en su contra –STS 945/2004 de 23 de julio (RJ 2004\ 4135).

De entrada debemos decir que el cauce casacional utilizado, el del párrafo primero del art. 851 LECrim contiene en realidad tres vicios procesales autónomos e independientes: a) falta de claridad de los hechos; b) contradicción apreciables dentro de los hechos probados y c) predeterminación del fallo por la inclusión en los hechos probados de conceptos jurídicos que adelantan indebidamente a ese lugar la calificación jurídica de los hechos que, precisamente, debe efectuarse en la motivación o fundamentación jurídica.

No dice el recurrente cual de los tres vicios debe entenderse cometido, pudiera estimarse que dirige su denuncia al primero –falta de claridad–, en la medida que, la cuestionable complementación de los hechos probados con los datos fácticos indebidamente deslizados en la fundamentación, por no ser técnica admisible en contra del reo, dejaría incompleto aquel relato fáctico.

Aún así, la improsperabilidad del motivo se impone porque el recurrente, en la argumentación del motivo reflexiona en sede teórica sin ningún anclaje concreto en relación a la sentencia. Es decir, no concreta ni precisa cuales son esos hechos fácticos deslizados en la motivación con los que se ha de integrar el factum, y por otra parte verificamos en este control casacional que el relato de hechos probados es comprensible, y no requiere ninguna integración para su comprensión.

A modo de ejemplo, retenemos este párrafo de la argumentación del motivo «es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho, nunca se dice, de forma concluyente, que, dichos pasajes, se declaran expresa y terminantemente probados», lo que ocurre es que el recurrente en el motivo no precisa los párrafos concretos que adolecen del vicio que se denuncia, y, obviamente, la «carga» de la acreditación de lo que se afirma, corresponde al denunciante, que no puede

transferir esa actividad a esta Sala casacional para que, como un zahorí, adivine donde están esos datos desplazados en la motivación.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO El motivo noveno, denuncia como indebida una denegación de prueba propuesta temporáneamente por la representación del recurrente. Esta denuncia tiene una clara raíz constitucional que supera el mero vicio procesal al conectarse con el derecho a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», art. 24 CE (RCL 1978\ 2836).

Obviamente la prueba debe ser, no sólo pertinente, sino además y fundamentalmente necesaria por su capacidad de poder alterar la decisión final dada al asunto.

No es este el caso de autos.

La prueba denegada se refería la pericial de D. Ildelfonso, corresponsal de guerra, para que hubiese ilustrado a la Sala sentencia sobre la realidad de la guerra –se refiere a la de Afganistán–, realidades que se dicen en la argumentación del motivo «han sido obviadas o mal interpretadas en la sentencia»

Tal prueba fue bien rechazada en la instancia porque ni era pertinente ni era necesaria. La causa presente no se refiere a la guerra de Afganistán sino más concretamente a la integración del recurrente en una banda u organización de naturaleza islámica-fundamentalista con la finalidad de ejecutar actos de terrorismo.

El escenario que ofrecía Afganistán: previa guerra contra la invasión rusa, constitución del gobierno musulmán-fundamentalista talibán, y la intervención del ejército de los Estados Unidos tras el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, no es objeto de enjuiciamiento, es, el escenario en el que hay que analizar los concretos actos imputados al recurrente, pero son hechos que por su naturaleza notoria, son y fueron de general conocimiento, además de ajenos al objeto del proceso como ya se ha dicho.

Procede la desestimación del motivo.

CUARTO Pasamos seguidamente al estudio conjunto de los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Todos tienen por denominador común el cauce casacional utilizado de vulneración de derechos constitucionales, y la identidad del derecho que se dice vulnerado: el de presunción de inocencia y el de tutela judicial efectiva.

Las concretas denuncias efectuadas son las siguientes:

- a) Utilización por la sentencia de palabras tales como «Yihad» «muyahidines», «talibán» con un contenido inequívocamente delictivo que, a la sazón, no lo tenían y enlazado con ello la falta de una adecuada motivación que pudiera justificar el fallo condenatorio.
- b) Valoración en la sentencia de la declaración de los agentes policiales españoles, funcionarios de la Unidad Central de Información Exterior –UCIE– que se desplazaron a la base militar de Guantánamo los días 23 y 24 de julio de 2002 y se entrevistaron con el recurrente que allí estaba privado de libertad, sin previa información de derechos, sin asistencia letrada y sin autorización ni mandato de la autoridad judicial española competente. Si bien en la sentencia se descarta la utilización de estas conversaciones como medio de prueba, luego se rescata como indicio o apoyo argumental lo que, se dice en el motivo, supone la valoración por esta vía indirecta de una prueba nula. Igualmente se alega la vulneración del derecho a no declarar y a guardar silencio.
- c) La tercera denuncia tiene como objeto la declaración en sede judicial del recurrente cuando ya se encontraba en España, la que se estima también como nula porque «fue realizada por mi mandante en un estado de salud totalmente inadecuado para tener como ciertas las manifestaciones en ella practicadas» –pg. 29 del recurso.

- d) La cuarta denuncia denuncia como insuficiente la prueba de cargo tenida en cuenta para dictar la sentencia condenatoria, ya que en este caso sólo existieron indicios insuficientes y no motivados en la sentencia para alcanzar la sentencia condenatoria.
- e) La quinta denuncia, desde la perspectiva de la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales lo que se extenderá a las que directa o indirectamente puedan de ello, estimar que la declaración del recurrente debe ser, también por esta vía, considerada nula.

QUINTO Para dar cumplida respuesta a las denuncias efectuadas, hay que partir de la argumentación de la sentencia sometida a este trance casacional.

La sentencia aborda la motivación fáctica en el F. segundo y precisa que:

- 1) El núcleo de la prueba de cargo está en la propia confesión del recurrente en sede judicial, ante el Juez de instrucción, estimando que respecto de esta declaración no existe conexión de antijuridicidad con lo declarado por él cuando se encontraba recluido en Guantánamo. Se dice que dicha declaración fue precedida de los oportunos informes médicos que acreditaban que se encontraba en condiciones de declarar. Se añade que dicha declaración es coincidente con lo que la propia sentencia denomina «entrevista policial en Guantánamo», afirmando que dicha declaración judicial «no sólo coinciden con el contenido de su entrevista policial sino que expresamente se ratifica y así consolida» Finalmente, en el Plenario vino a ratificar esencialmente lo reconocido en el Juzgado, y, por último, se refiere al derecho a la última palabra donde el recurrente se autodefinió como mártir, lo que fue interpretado por el Tribunal como manifestación de su condición de miembro de grupo terrorista.
- 2) En segundo lugar, también estimó como prueba de cargo la intervención telefónica acordada en las DP 24/2001 que fueron, en lo necesario, incorporadas a la causa del recurrente. Se trata de unas conversaciones de Bruno. En las conversaciones intervenidas, aparece la relación de Emilio con Juan Luis y con Jose María dentro de la cédula española de la organización Al Qaeda.  
Se dice que el contenido de las conversaciones intervenidas corrobora y coincide con las declaraciones del recurrente respecto a su viaje a Afganistán.
- 3) Como tercer elemento probatorio, la sentencia se refiere a la declaración prestada en el Plenario por los agentes policiales de UCIE que entrevistaron al recurrente en Guantánamo, dentro del testimonio de éstos, el valor de testigos de referencia, y como tal valoradas de acuerdo con el art. 710 de la LECTIM (LEG 1882\ 16), uniendo a ello, un sobre dirigido al recurrente que fue ocupado por la policía británica en el domicilio de Emilio, de la rama inglesa de Al Qaeda, lo que acreditaría su vinculación con tal organización.

Ante las denuncias efectuadas, debemos en primer lugar determinar el inventario probatorio de cargo en orden a coincidir o no con el designado como tal por el Tribunal sentenciador efectuando, en su caso, las depuraciones a que hubiese lugar para en un segundo lugar, de existir, verificar su suficiencia en orden a verificar la aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Ya anunciamos que las decisiones y argumentaciones estimadas por la sentencia, no pueden ser aceptadas en este control casacional por evidente razones de naturaleza constitucional.

SEXTO Analizaremos en primer lugar todas aquellas cuestiones que tienen su origen en la estancia en la base americana de Guantánamo del recurrente: la entrevista policial mantenida por el recurrente en dicho lugar, y las declaraciones de los dos miembros de la UCIE en el Plenario.

La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada.

Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como «Derecho Penal del Enemigo». Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho.

Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la «polis» a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra. Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:

- a) Frente al derecho penal del hecho -hecho concreto-, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista.
- b) Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido.
- c) Las penas previstas para esa actitud –que no los actos cometidos– pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal.

Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender.

Esta Sala en la STS 1179/2001 de 20 de julio (RJ 2001\ 4945) ya advirtió de la perversión que supone legitimar los medios en atención a los fines: «desde la legitimidad de la sociedad a defenderse del terror, esta defensa sólo puede llevarse a cabo desde el respeto de los valores que definen el Estado de Derecho, y por tanto sin violar lo que se afirma defender»

Por ello, el derecho penal del enemigo, vendría a ser, más propiamente la negación del derecho penal en la medida que trata de desposeer a sus posibles destinatarios de algo que les es propio e inderogable: su condición de ciudadanos de la «polis».

No nos corresponde pronunciarnos sobre la situación de mantener privados de libertad indefinidamente a personas en esos «limbos», en condiciones a las que luego se hará referencia. La doctrina del TS de los Estados Unidos de América del Norte concentrada en el aforismo «The Supreme Court has decided the constitution don't follow the flag», es decir, «el Tribunal Supremo ha decidido que la Constitución no sigue a la bandera». Ello equivale a decir que del hecho de que ondee la bandera de EEUU en un territorio, no se sigue que le sea aplicable la Constitución. En esta doctrina parece encontrarse el origen de la situación insólita de Guantánamo –Insular cases: *Delim vs Bidwell* (1901); *Dodey vs United States* (1901) ó *Doer vs United States* (1904).

Más limitadamente debemos declarar que partiendo del dato cierto e incontrovertido de que el recurrente permaneció detenido en poder del ejército de los Estados Unidos desde que les fue entregado en fecha no precisada en la sentencia, en Kandahar, por los militares paquistaníes y trasladado seguidamente a la base de Guantánamo, hasta su puesta a disposición del Juez Central de Instrucción núm. 5 el 13 de febrero de 2004, toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador «entrevista policial», lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contertulios, que, obviamente, no existió en el presente caso.

Por la misma razón debe ser declarada nula e inexistente la declaración en el Plenario de los dos miembros de la UCIE que interrogaron al recurrente.

Constituiría un verdadero fraude procesal estimar nula la declaración del recurrente y recuperarla o rescatarla por vía indirecta a través del testimonio de los interrogadores bajo el subterfugio del art. 710 LECrim (LEG 1882\ 16) –testigos de referencia. Tiene esta Sala declarado, con reiteración, que los testigos de referencia no pueden suplantar al autor de la declaración si éste se encuentra a disposición del Tribunal. SSTs 577/2002 de 3 de abril (RJ 2002\ 6759) , 944/2003 de 23 de junio (RJ 2003\ 4376) , 1940/2002 de 21 de noviembre (RJ 2002\ 10498) ó la reciente sentencia 640/2006 de 9 de junio. En el mismo sentido SSTEDH Delt vs Francia (TEDH 1990\ 30) (1990); Isgro vs Italia (TEDH 1991\ 23) (1991) y Lüdi vs Suiza (TEDH 1992\ 51) (1992) por vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999\ 1190, 1572).

En segundo lugar, pasamos al estudio de las intervenciones telefónicas a la persona de Bruno.

Se trata de una intervención telefónica practicada en otra causa y de la que se aportó testimonio a la presente. En dicha causa recayó sentencia de esta Sala el día 31 de mayo de 2006 –STS 556/2006.

En la referida sentencia casacional se acordó la nulidad radical de las intervenciones telefónicas que allí se practicaron. Obviamente, aquella declaración de nulidad debe desarrollar su aplicación en el presente caso, toda vez que se trata de la misma intervención telefónica. Por ello debemos excluir del acervo probatorio dichas conversaciones.

SÉPTIMO Como conclusión del examen efectuado en relación a las pruebas de cargo estimadas como tales en la sentencia de la Audiencia Nacional, debemos declarar que la nulidad radical del interrogatorio del recurrente efectuada por los miembros de la UCIE en Guantánamo, la nulidad de las declaraciones de estos funcionarios en el Plenario, y la nulidad de las intervenciones telefónicas, deja como única prueba de cargo, la declaración del recurrente en sede judicial el día 26 de febrero de 2004 y su declaración en el Plenario.

Procede en este momento analizar y verificar dichas declaraciones sobre la que pesan dos denuncias que dieron vida a los motivos tercero y quinto: se dice que la declaración en el Juzgado fue efectuada en condiciones psíquicas para el recurrente que la hacen nula, y asimismo, se dice que tal declaración sería nula por conexión de antijuridicidad con otras pruebas que el recurrente estima nulas, y que esta Sala, acaba de declarar que, en efecto, son nulas las declaraciones de los miembros de la UCIE y las intervenciones telefónicas.

OCTAVO Analizamos en primer lugar la denunciada nulidad por las condiciones físicas y psíquicas del recurrente, en el momento en el que se le recibió declaración en el Juzgado Central núm. 5.

Del examen de los autos, que en lo necesario, ha efectuado esta Sala previa petición de los testimonios a la Audiencia Nacional, por encontrarse en aquel Tribunal al existir otros imputados en el mismo Sumario, comprobamos que tras su llegada a Madrid y puesta a disposición de aquel Juzgado –día 13 de febrero 2004– fue sometido a un completo examen médico en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón con el resultado que obra a los folios 3030 y 3031. El resultado de dicho examen, que abarcó tanto aspectos orgánicos como psiquiátricos fue el siguiente:

Por parte del servicio de medicina interna se concluye la analítica afirmando que «no se detecta alteración patológica ni clínica en las exploraciones realizadas».

Por el servicio de psiquiatría del mismo centro hospitalario se concluye como fruto del examen realizado que « en el momento actual no presenta enfermedad mental, ni alteración psicológica o cognitiva significativa».

El recurrente fue dado de alta hospitalaria el 26 de febrero, y precisamente, ese mismo día, trece días después de su llegada a España, fue cuando se le recibió declaración en el Juzgado. Es evidente a la vista de tales informes que la tesis de que el recurrente no estaba en condiciones de prestar declaración, textualmente «la declaración en la instrucción fue realizada por mi mandante en un estado de salud totalmente inadecuado», pg. 29 del recurso, no puede prosperar, carece de todo apoyo probatorio, más aún, la prueba acredita justamente lo contrario.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que en dicha declaración estuvo asistido de dos letrados que no fueron «invitados de piedra», sino que, en ocasiones, intervinieron haciendo observaciones a algunas preguntas que se le dirigían a su defendido o ellos efectuaron también preguntas. No consta ninguna observación de tales letrados en relación al estado físico y mental que pudiera presentar el recurrente.

En este estado de cosas, procede rechazar la denuncia de que la declaración en sede judicial del recurrente fuese efectuada en condiciones indebidas por su estado de salud.

NOVENO Continuamos con la segunda denuncia que postula la nulidad de tal declaración como prueba derivada de la nulidad de las actuaciones precedentes, y de acuerdo con el art. 11 LOPJ al estar afectada por conexión de antijuridicidad con la nulidad de la «entrevista» mantenida en Guantánamo y la declaración de los miembros de UCIE que le efectuaron y que declararon como testigos de referencia en el Plenario.

Ya se ha declarado la nulidad radical y absoluta de la pretendida «entrevista» sin posibilidad de «rescate», al igual que también se ha declarado la nulidad de las manifestaciones de los miembros de la UCIE en el Plenario.

Resta por analizar si la declaración del recurrente cuestionada por sí sola, puede estimarse prueba autónoma e independiente de aquellas diligencias anteriores anuladas o si, por el contrario, existe algún vínculo que la contamine –conexión de antijuridicidad.

No es la primera vez que se presenta esta cuestión ante esta Sala, y siempre en relación a declaraciones del imputado de contenido incriminatorio, ya efectuadas en fase de instrucción o en el Plenario, en el escenario de la previa práctica de unas diligencias –generalmente intervenciones telefónicas– que luego son declaradas nulas.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala, ha estimado que la declaración en sede judicial del imputado, con todas las garantías, asistido de su letrado, que confiesa y reconoce su intervención en un hecho delictivo, debe ser estimado como prueba autónoma y no derivada, ni por tanto contaminada con la nulidad acordada de pruebas precedentes. De esta Sala casacional, podemos citar las SSTs 998/2002 de 3 de junio (RJ 2002\ 8782), 1272/2002 de 18 de julio (RJ 2002\ 9091), 1542/2002 de 24 de septiembre (RJ 2002\ 8842), 672/2002 de 20 de abril, 498/2003 de 24 de abril (RJ 2003\ 4231) y la más reciente 556/06 de 31 de mayo.

Del Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 86/95 (RTC 1995\ 86) y 161/99 (RTC 1999\ 161) que han sido seguidas por otras muchas. Según la primera sentencia, la validez de la confesión «no depende de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención».

Más recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de mayo de 2006 (RTC 2006\ 136), vuelve a reiterar su doctrina en los siguientes términos: «declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con la asistencia letrada, son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de conexión o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida».

La aplicación de la doctrina jurisprudencial citada conduce con claridad a estimar la declaración de Luis Manuel en el Juzgado Central núm. 5 de Instrucción y en el Plenario como prueba autónoma no afectada de nulidad por conexión con otras pruebas. El recurrente estaba asesorado por dos letrados como ya se ha dicho, fue debidamente instruido de sus derechos, y en concreto el derecho a guardar silencio, más aún, los letrados efectuaron las observaciones que tuvieron por conveniente a las preguntas que se le efectuaron. En esta situación no puede cuestionarse la validez de tal declaración como fuente de prueba válida y no contaminada, y lo mismo debe decirse de su declaración en el Plenario.

Procede rechazar la denuncia efectuada, lo que nos permite pasar al estudio siguiente referente al estudio de lo declarado para verificar la existencia y la suficiencia de los elementos auto-incriminatorios que allí puedan existir, en orden a determinar su capacidad para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

DÉCIMO La sentencia sometida al presente control casacional se refiere al contenido de la declaración sumarial del recurrente y de sus manifestaciones al Plenario en el FJdc. segundo, pg. 13 en los siguientes términos:

«Así reconoce los hitos de ser jurídicamente calificable como integración en la organización Al Qaeda a través de la cédula operante en España: su preocupación la Yihab cuando residía en Ceuta durante los años 1998 a 2000, lo que le lleva a frecuentar ambientes y persona ligadas al fundamentalismo islámico y a realizar con una de éstas un viaje a Inglaterra con igual finalidad, paso previo su decisión en julio de 2001 de viajar a Afganistán para ser entrenado en madraza-campamento tanto desde el punto de vista de entrenamiento físico, como de adiestramiento en el manejo de armas, acompañado del estudio de la Ley islámica, todo ello con el propósito de realizar la guerra con los talibanes, esto es, convertirse en un mujhaidin...».

«Por último debe señalar la Sala que no obstante la negativa del acusado a contestar las preguntas del M. Fiscal, al hacerlo a las que le formuló su defensa vino a ratificar esencialmente lo reconocido en el Juzgado, y en el vicio de la última palabra, se autodefinió como un mártir, término que la sala tiene que interpretar dentro del sentimiento fundamentalista islámico detonador el ilícito penal ya definido...».

Una reflexión previa: en el ámbito de la Casación, tanto en relación a la prueba directa como la indirecta o la indiciaria la Sala debe verificar la razonabilidad de la argumentación y del proceso decisional del Tribunal de instancia en orden a garantizar la corrección del mismo, de suerte que el juicio de certeza incriminatorio al acusado, se derive de la existencia de suficientes y consistentes elementos convictivos encontrados en las pruebas, ya sean directas o indirectas –se insiste–, sin que la inmediatez que tuvo el Tribunal de instancia respecto de las pruebas directas –como ocurre en este caso respecto de la declaración del recurrente en el Plenario–, pueda servir de coartada para no motivar o fundamentar la decisión. La inmediatez afecta a la formación de la prueba ante el Tribunal, que es distinta respecto de la prueba indiciaria, pero la inmediatez no es un método de convencimiento del juez ante el que se ha efectuado la prueba. El método de convencimiento es la motivación fáctica, la explicación de los porqués de la credibilidad que se concede a la manifestación de la persona convenida, y ese método, como no podía ser de otra manera, es común para la prueba directa e indirecta: la explicitación del proceso decisional que parte de los concretos elementos de convicción encontrados en el inventario probatorio, ya sea de prueba directa o indirecta y en base a ellos construye la conclusión. Ya algunas sentencias de esta Sala han redundado en reflexiones en el mismo sentido –SSTS 2047/2002 de 10 de diciembre (RJ 2003\ 473) y 493/2006 de 4 de mayo (RJ 2006\ 2339), entre otras.

Pasamos en consecuencia al estudio de las declaraciones del recurrente, tanto en fase de instrucción, el 26 de febrero de 2004, como en el Plenario el día 22 de septiembre de 2005.

La declaración en el Juzgado Central fue grabada en cinta de audio, lo que ha permitido a esta Sala tener un cumplido conocimiento de la declaración a partir de la lectura mecanografiada de la cinta.

Con relevancia en la causa, por su naturaleza de elementos convictivos tendentes a justificar o no su integración en organización terrorista se encuentran las siguientes manifestaciones, recogidas textualmente, la que enumeramos para mayor claridad.

1. Fue más o menos en 1998 (cuando empezó a interpretar el Islam en forma radical o integrista), empecé a escuchar noticias sobre la guerra de Chechenia y los problemas que hay en Palestina, en Cachemira, y empecé a escuchar el tema de la Yihab, pero yo no sabía nada de cómo hacer la Yihab, y entonces empecé a estudiar e investigar lo que es la Yihab en general, como se hacía la Yihab, como se contemplaba en el Corán.
2. El que influyó en nosotros fue Jose Pablo el de Marruecos.
3. En el año 2000 (surge la idea de trasladarse a Afganistán).
4. Su período de aprendizaje de la nueva visión fue desde 1998 a 2000.
5. Lo primero que hice fue leer libros que hablasen del tema árabe y que comprábamos en Marruecos, íbamos a Marruecos a comprarlos.
6. En respuesta a la pregunta de quién surge la idea de mandarle fuera dice:  
Es el mismo Jose Pablo, me viene un día y me dice que acaba de conseguirse –sic– una persona en Marruecos que estaba en Afganistán, y esa persona me hablaba de Afganistán, sobre la vida en Afganistán, como era el gobierno talibán, y me dijo que si quería ir allí a profundizar más sobre el asunto de la Yihab, para tener un poco la visión más a fondo de la Yihab. También me dijo que se podía vivir muy bien practicando la Ley islámica, y que los talibanes acogían muy bien a los extranjeros, a los emigrantes, que los acogían muy bien y los hospedaban. Abdallah es el que decidió ir a Afganistán primero. Dijo que había escuelas del Corán, como escuelas islámicas en Afganistán. También me dijo que si quería ir a tener una experiencia en Afganistán con los talibanes y con el gobierno. Nosotros no decidimos ir en ese momento.
7. Yo decidí viajar en julio de 2001 (a Afganistán).
8. Entonces buscó la manera de conseguir el visado, fue a una agencia para preguntarle sobre el billete, el coste del avión, vía Pakistán o Vía Irán, entonces me dan el coste y veo que Pakistán es más caro que Irán. Entonces decido ir vía Irán. Entonces le pido también a la misma agencia, le pido la dirección de la agencia y de la embajada iraní.
9. Sí, fui a Madrid y fui a la embajada.
10. Vuelo directo Madrid-Teherán con una escala de una hora en Grecia.
11. Sí, consigo el billete, que es muy barato, lo compré a unas 64.000 ptas., nada más, y el billete tenía incluido un billete gratis en Irán, un vuelo nacional, gratis, entonces al llegar a Teherán mi hermano sabía, le dije a mi hermano Jose Francisco, sabía que iba a Afganistán, le llamé desde Teherán diciéndole, estoy en Teherán y que dijera a mi familia que estaba en Londres para que no se preocupasen.
12. A la pregunta de si fue a Londres contesta:  
No, no. Entonces cojo al día siguiente, a la mañana siguiente, cojo el avión para Mashad. Desde Mashad cojo un taxi y les digo que quería ir a Afganistán.
13. Entonces me dice el taxista que debía regresar a un pueblo que está muy cercano de la frontera, se llama Taibet.
14. Llamé a Emilio (previamente había declarado que esta persona ya estaba en Afganistán y que Abdallah le había dado su número de teléfono).
15. A la pregunta de qué le dijo Emilio, responde:  
Dice que está bien, está bien, que gracias...entonces entro en Afganistán a la mañana del día siguiente, y a la policía iraní les doy el pasaporte y no me dice nada porque tengo un visado correcto, todo legal, entro en la frontera con Afganistán, y voy a los talibanes que estaban allí, de guardia, había dos en una caseta. Entrome preguntan por qué he ido a Afganistán.

16. A la pregunta si había ido para integrarse con los talibanes responde:  
Sí, para integrarse con ellos y llevar una vida mejor. Para mejorar mi condición como musulmán, ya que en Europa hay mucha delincuencia. Les hablé de mi motivo de abandonar Europa. España, que vivía en un barrio conflictivo con drogas y delincuencia (a preguntas anteriores había contestado vivir en Ceuta, en la barriada de Alfonso el Fuerte).
17. Entonces me cogen en un taxi y yo ya estoy en sus manos, ellos son los que dirigen todo ahora.
18. En respuesta a varias preguntas manifiesta que le llevan a casa de un afgano en Heirat, y que allí está dos o tres días, después tras un viaje de un día en taxi le llevan a Kandahar.
19. Al llegar a Kandahar me llevan a una madraza, escuela islámica de Corán que tenía habitaciones donde dormir, cocina y todo. En la madraza me quedo allí, y también encuentro a gente extranjera que también había ido a estudiar y a afganos también estudiaban árabe. Entonces me quedo en Kandahar y desde Kandahar llamo a Emiliome dice que le acababa de llamar Jose Pablo.
20. A preguntas del Juez responde:  
Que la razón de llamar a Emilio fue porque en la trayectoria podía ser detenido por la policía iraní y para que Jose Pablo supiera que estaba en los sitios mencionados.
21. Al día siguientes, con afganos, cogimos un minibús para ir a Kabul con gente normal.
22. (Ya en Kabul) me llevan a una casa de acogida de inmigrantes que el gobierno talibán tiene especialmente para los inmigrantes, para los extranjeros que vienen a Afganistán. Entonces me quedo en casa hasta que viene Jose Pablo.
23. En la madraza había varias clases: había clases de idioma, gramática árabe, había clase de consejos islámicos, rezos Ramadán, también la Jihab, que era lo último había clases de Corán, establecimiento del Corán.
24. (Ya en Kabul): nos vamos todos con el gobierno talibán, con los responsables que estaban en la casa de acogida esa con los inmigrantes, para decirles si podíamos entrenarnos con ellos con el ejército talibán.
25. A nuevas preguntas responde que tras el encuentro con Abdallah se quedan en la madraza estudiando como una semana. Después «viajamos otra vez a Kandahar, a la madraza, a la escuela y nos quedamos en la escuela porque había más movimiento. El siete de agosto puede ser cuando estábamos en Kandahar».
26. Entonces estábamos en la madraza estudiando, y por la noche salíamos a comer al pueblo, aunque también había una cocina dentro de la escuela. Los afganos cocinaban la comida, pero los que no sabíamos hacer salíamos a comer al restaurante. Entonces en ese momento yo llamo a mi hermano desde Kandahar, a mi hermano Jose Francisco y le digo, estoy en Kandahar que podía regresar (a Marruecos) más tarde, que estoy bien y que se lo diga a mi familia.
27. Luego estamos en la madraza hasta que ocurre lo del 11 de septiembre. Entonces cuando ocurre lo del 11 de septiembre, ya los afganos, el gobierno talibán empiezan a ver la situación. Es entonces nos viene una orden de que todos los extranjeros deberían salir de Afganistán, porque no se quería que todos los extranjeros deberían salir de Afganistán nos dijeron que teníamos que salir a Pakistán, nos llevaron los mismos responsables talibanes nos llevaron hasta Jalalabad para salir allí nos quedamos varios días, entonces escuchamos en la radio que la Alianza del Norte entra en Kabul y que Kabul ya no está en manos de los talibanes, del gobierno talibán Jose Pablo también murió en el bombardeo escapábamos de la Alianza del Norte entonces los talibanes nos sacan, nos sacan desde unas montañas que había entre Afganistán y Pakistán estuvimos unos cuatro días seguidos andando
28. En respuesta a cuantas personas iban responde:  
60 ó 70 personas, pudiera ser que hubiera más de 100 ó 200 pero en grupos llegamos a la frontera con Pakistán de nochenos cogen los militares al día siguiente nos cogen los americanos y nos llevan a Kandahar en avión militar.
29. En respuesta a varias preguntas del Juez Instructor manifiesta que: *a)* no ha recibido instrucción militar, *b)* no había estado en ningún campamento talibán: textualmente: «no, no, íbamos a ir pero ya, *c)* no se le entregaron libros de manejo de armas, *d)* sólo enseñanza del Corán.

30. Me interrogaron dos veces los americanos en Kandahar y después me trasladaron a Guantánamo.
31. En respuesta a qué conocía de Al Qaeda manifestó:  
Pues yo sólo que Al Qaeda y Luis Carlos era un grupo terrorista o que financiaba a grupos terroristas, nada más.
32. Antes de ir a Afganistán escuchaba la información de prensa de que hablaban de Luis Carlos, Al Qaeda y los terroristas y todo eso, pero no sabía nada de ellos, sólo lo que salía en la prensa. En Afganistán escuchamos en la radio que Al Qaeda estaba vinculado con los talibanes, pero nosotros no llegamos a ver eso.
33. A preguntas del Sr. Juez de Instrucción dice que cuando reconoce su intención de integrarse en el gobierno talibán no se está refiriendo integrarse en Al Qaeda «nosotros sabemos que los talibanes, el gobierno talibán que no tiene nada que ver con Al Qaeda, con los grupos terroristas que tienen sus problemas en su país».
34. Insiste que en ningún momento le propusieron por parte de Al Qaeda el entrenamiento en algún campamento militar, que sólo quería entrenarse con el gobierno talibán para pelear con ellos en el Norte, contra la Alianza del Norte. Que nunca tuvo contacto con persona vinculada a Al Qaeda.
35. A preguntas del Ministerio Fiscal sobre si en Afganistán en aquella época no hay separación y todo formaba una unidad (en relación al ejército talibán y Al Qaeda) manifiesta:  
No, hay grupos que no son de Al Qaeda, hay grupos de Marruecos, hay grupos argelinos, hay grupos separados. Yo me considero que estaba bajo las órdenes de los talibanes, nada más, porque ellos eran los que manejaban.
36. En relación a la madraza dice que no estaba en un campamento militar, textualmente:  
No, en el centro de Kandahar, en la misma ciudad, en el centro.
37. Que el objeto de ir al ejército talibán era «para decirles o demostrarles que les estamos apoyando, que estábamos con ellos, pero como voluntario nada más».
38. A preguntas de su letrado dice que se opone al terrorismo, que la acción del 11 de septiembre textualmente:  
«es un crimen, un crimen, matar civiles, gente inocente» y que nunca se hubiese integrado en una organización como Al Qaeda que practica el terrorismo.
39. En relación al documento que le firmó a los americanos cuando lo entregan a los policías españoles, manifiesta:  
«que el gobierno americano ha dado, esta, que ha llegado a la conclusión que no estoy en lo de Al Qaeda, que no pertenezco a Al Qaeda, que yo mismo lo he leído lo recuerdo» Lo que igualmente reconoce a preguntas del otro letrado.
40. Manifestó que en Guantánamo los presos estaban divididos en tres grupos textualmente:  
«el primer grupo consistía en aquellos que los americanos tenían pruebas de que estaban con Al Qaeda y les iban a juzgar el segundo grupo no iban a salir de Guantánamo hasta llegar el gobierno americano con acuerdo con su país con la condición de pasar a la cárcel del país, el tercer grupo o era la gente que iba a ser liberada, y al llegar a su país, nada más llegar, pasarían tres días o una semana en la comisaría y después a salir a ver a su familia, en libertad». Pasamos seguidamente a resumir las manifestaciones efectuadas en el Plenario, cuyo Acta en testimonio, también solicitó la Sala de la Audiencia Nacional.  
El recurrente sólo respondió a las preguntas de su defensa. A lo largo de ella reitera la intención de su viaje a Afganistán para mejorar su conocimiento del Islam, que no realizaron ejercicio físico ni practicó con el kalasnikov, que la madraza no era un campamento, que declaró que está en contra del 11 de septiembre de Estados Unidos, que firmó un documento antes de salir de Guantánamo que excluye su pertenencia de Al Qaeda o de cualquier grupo terrorista. Y finalmente, en el ejercicio del derecho «a la última palabra» manifestó, textualmente: «Que es un mártir y pasó muchos sufrimientos en Guantánamo, que son difíciles de explicar, le han destrozado la vida»

UNDÉCIMO La lectura serena del extenso resumen que de forma prácticamente textual se ha recogido precedentemente, en modo alguno es compatible con la motivación que se encuentra en la sentencia en apoyo de la condena y que más arriba se ha transcrito.

De entrada, hay que recordar, que la única fuente de conocimiento y de prueba para declarar la integración del recurrente en una organización terrorista está exclusivamente en la propia declaración de éste, pues bien, el Tribunal sentenciador efectuó una interpretación de la declaración en términos que no permite la propia declaración efectuada. En realidad se trató de una reinterpretación.

En la valoración transcrita de la sentencia, de entrada se aprecian errores de interpretación y omisiones importantes, y así:

- a) Se dice en la sentencia que Luis Manuel realizó un viaje a Inglaterra con igual finalidad como paso previo a irse a Afganistán. Lo dicho por el recurrente es que no efectuó tal viaje a Inglaterra, y que cuando llegó a Afganistán habló por teléfono con su hermano Jose Francisco para que le dijera a su familia que estaba en Inglaterra, para que no se preocuparan.
- b) Se habla en la sentencia de unas madraza-campamento para el entrenamiento físico y adiestramiento de las armas, cuando con reiteración, el recurrente se refiere a una escuela coránica, que estaba en el centro de Kandahar, que no era ningún campamento, que no efectuó ningún adiestramiento en el manejo de las armas, que su intención era integrarse como voluntario en el ejército talibán y luchar contra la Alianza del Norte, y que, precisamente, los hechos del 11 de septiembre de 2001 precipitaron su huida.
- c) Se declara en la sentencia su voluntad de integrarse en Al Qaeda, lo que hace equivalente a su deseo en integrarse en el ejército talibán, cuando el recurrente distinguió claramente una cosa de la otra.
- d) Finalmente, y es de la mayor importancia, la declaración explícita y silenciada en la sentencia, de que está en contra del terrorismo, que condena la actividad terrorista a Al Qaeda y que, en fin, fue un crimen los hechos del 11 de septiembre de 2001.
- e) Se silencia todo lo referente al documento que el recurrente dijo haber firmado en Guantánamo antes de su entrega a la policía española, nada se sabe de ese documento del que, tal vez, los agentes policiales españoles que le recogieron tal vez, pudieran haber aclarado algo.
- f) En relación a la autocalificación de mártir que se concedió el recurrente al ejercer el derecho a la última palabra, que la sentencia lo relaciona como una comunión con el fundamentalismo islámico en clave de autoinmolación terrorista, es lo cierto que se trata de una interpretación que en modo alguno consiente el contexto de respuestas dadas por el recurrente. Por el contrario, es de toda razonabilidad, dar a ese término el que le concede el propio autor: fue mártir porque sufrió, sin justificación, una privación de libertad en condiciones que él mismo relata y que recogemos a continuación.

Manifestó en su declaración en el Juzgado que durante el primer año salían dos veces por semana de la celda, un cuarto de hora. Se trataba de celdas individuales «tenía dos metros por uno y medio, con litera y baño, teníamos para andar medio metro por medio metro», «la celda tenía rejas y hablábamos de celda a celda, en el suelo con el que estaba al lado suyo». «Las paredes eran verjas», respondiendo afirmativamente a la pregunta de si eran «de tipo gallinero, unas verjas duras de tipo gallinero», «el techo era de una materia de, planchas de hierro, como de hierro». Pasado el primer año «ya salíamos cuatro veces por semana, unas veces por la mañana y otras veces por la tarde» y posteriormente se suavizó más el régimen. Tampoco se dice nada, al respecto, en la sentencia al valorar e interpretar la declaración del recurrente, y habrá de convenirse, que de ser ciertas esas condiciones de encarcelamiento –a las que se acaba de hacer referencia–, la conexión del martirio en referencia al sufrimiento padecido en Guantánamo es de una razonabilidad que habla por sí misma, frente a la interpretación –en realidad reinterpretación– en clave terrorista que le da el Tribunal, y ello es tanto más diáfano cuando se trata de persona que de manera inequívoca –se insiste– todas las veces que se le preguntó por Al Qaeda y sus actividades criminales, singularmente, el ataque del 11 de septiembre de 2001, se pronunció con claridad y sin ambigüedades, marcando distancias con tal proceder y calificándolo de crimen. Si a todo lo anterior, se une que la estancia en Afganistán del recurrente fue desde mediados de julio hasta que huyó tras el ataque del 11 de septiembre, y que con la

misma claridad que manifestó intentar ingresar en el ejército talibán como voluntario, negó toda relación con Al Qaeda, que no tuvo ningún entrenamiento militar, y que la motivación de ir a Afganistán fue lo de profundizar en la doctrina musulmana, si bien desde una perspectiva que podría calificarse de integrista, que no es necesariamente equivalente a estar de acuerdo con el terrorismo, habrá de concluirse con la afirmación de que no existen en las respuestas del recurrente, datos que permitan fundamentar los elementos de convicción para construir la tesis del delito de integración en banda terrorista en los términos expresados en la sentencia.

Ni las motivaciones que tuvo el recurrente para ir a Afganistán, ni las actividades que allí realizó, permiten alcanzar el juicio de certeza obtenido por el Tribunal de la Audiencia Nacional, ya que las conclusiones que extrae el Tribunal de instancia no se encuentran en la fuente de prueba de donde dice haberlas analizado a la vista del examen de dicha declaración efectuada por esta Sala casacional.

En definitiva, la sentencia condenatoria no supera, ni con mucho, el canon de «certeza más allá de toda duda razonable» que es exigible a toda condena como con reiteración tiene declarado el TEDH, nuestro Tribunal Constitucional y esta propia Sala –STS 474/2006 de 28 de abril (RJ 2006\ 3029) y las en ella citadas. Se está en un total vacío probatorio de cargo.

Existió una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, con la conclusión de que debe ser estimado el recurso y absuelto el recurrente, lo que exime del resto de los motivos del recurso, aquél deberá ser puesto en libertad de inmediato, lo que se acordará en la segunda sentencia.

DUODÉCIMO De conformidad con el art. 901 LECrim (LEG 1882\ 16) , procede la imposición de oficio de las costas del recurso.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Luis Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de octubre de 2005, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Joaquín Giménez García.-José Ramón Soriano Soriano.-Diego Ramos Gancedo.

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil seis.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Sumario núm. 25/03, seguido por delito de integración en organización terrorista, contra Luis Manuel, alias «Moro», DNI núm. NUM001, nacido en Ceuta el 22 de septiembre de 1974, hijo de Abderrahaman y Soodia, con domicilio en Ceuta, BARRIADA000 c/ DIRECCION000 núm. NUM002, soltero, sin antecedentes penales, de no acreditada solvencia y en libertad provisional por esta causa, habiendo estado en prisión provisional desde su entrega por los Estados Unidos de América el 13 de febrero de 2004 al 13 de julio de 2004; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar los siguiente:

## ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO Se dan reproducidos los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO Por los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia casacional, singularmente el undécimo, debemos absolver y absolvemos a Luis Manuel, del delito de integración en banda armada del que fue condenado por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con declaración de las costas de la instancia.

Encontrándose en prisión por esta causa el recurrente, póngase inmediatamente en libertad librando el correspondiente fax.

## FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Luis Manuel del delito de integración en banda armada del que venía siendo condenado con declaración de oficio de las costas de la instancia. Estando en prisión por esta causa el recurrente, póngase inmediatamente en libertad librando el correspondiente fax.

Notifíquese esta resolución en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Joaquín Giménez García.-José Ramón Soriano Soriano.-Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## Cuestiones

1. ¿Cuáles son los medios de prueba que aparecen?
2. ¿Cuál es, según el tribunal «El núcleo de la prueba de cargo?»
3. Describe qué medios de prueba se consideran lícitos, ¿por qué?
4. ¿Qué actos de prueba se obtuvieron de forma ilícita?
5. ¿Cuál es la conclusión a la que llega el TS?

## **Caso docente núm. 16. Intervenciones telefónicas, prueba ilícita, sistema SITEL (STS núm. 1078, de 5 de noviembre 2009)**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados **OSCAR FALCÓN GUERRA**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana Llorens Pardo y por **CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ**, representado por el Procurador D. Federico Gordo Romero, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Orense**, con fecha **10 de diciembre de 2008**, que les condenó por un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Verín, instruyó Procedimiento Abreviado nº 322/05, contra Oscar Falcón Guerra, Carlos José García Jiménez y María Romina Dieguez Gómez, por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Orense, que con fecha 10 de diciembre de 2008, en el rollo nº 3/08, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*«Se declaran probados los siguientes hechos:- I.- Como consecuencia de los seguimientos e intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas, a los que agentes de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de Ourense, habían sometido al matrimonio constituido por los acusados, Carlos José García Jiménez y María Romina Dieguez Gómez, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se tuvo conocimiento que, en la mañana del día 24 de Agosto del 2005, el asimismo acusado Oscar Falcón Guerra, también mayor de edad y sin antecedentes penales, se acercaría hasta el domicilio, que los primeros poseen en la localidad de Verín, con el objetivo de realizar una venta de sustancias estupefacientes, que el segundo suministraba.- II.- Así sobre las 12,27 horas del citado día, Oscar Falcón, desplazándose en el vehículo de su propiedad matrícula PO-3409-BB y previo contacto telefónico mantenido con Carlos José, introduce el citado turismo en el garaje de este, tras facilitarle su acceso, donde permanece por un intervalo de 15 minutos, periodo de tiempo en el que Oscar le proporciona a Carlos José, la cocaína que posteriormente será intervenida, y este a cambio, le paga la suma de 5.980 Euros, tras lo cual emprende la marcha en dirección a Vigo por la autovía a-52.- III.- Tras la realización de registros judicialmente autorizados, sobre las 18,55 horas en el domicilio del matrimonio acusado, se intervino en el interior de una caja de caudales sita en el trastero de la vivienda, una balanza de precisión electrónica, y la droga recientemente adquirida, concretamente en el interior de una bolsa de plástico, que contenía 13,684 gramos de cocaína en roca con una pureza de 71,10%, 11,392 gramos más de cocaína, asimismo en roca con una pureza de 34,53% distribuidos en dosis, y 159,442 gramos de cocaína en roca, con una pureza de 75,37 %; se ocupó asimismo cajas de ciclofelina, y un*

sobre con 855 Euros, en billetes de 20,10 y 5 Euros, y un paquete con 8.800 Euros en billetes de 500, 100,50, 20 y 10 Euros, efectivo procedente de la ilícita actividad a la que se dedicaba el acusado, destinando la droga intervenida a su venta a terceras personas. IV.- En el registro efectuado en el domicilio del acusado Oscar Falcón en la localidad de Cambados, se intervinieron 10.200 Euros y en la guantera del turismo de su propiedad matrícula PO-3409-BB los 5.980 Euros que como precio había recibido del coacusado Carlos José.- V.- La droga intervenida alcanzaría en el mercado, vendida por gramos, un precio medio de 15.411,043 Euros.- VI.- EL acusado Carlos José consumía habitualmente sustancias estupefacientes.- VII.- No ha resultado acreditado que la acusada participara en el ilícito comercio al que se dedicaba su esposo.» (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a cada uno de los acusados CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ y OSCAR FALCÓN GUERRA, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo en el primero la atenuante de toxicomanía, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15.500 Euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y al abono de 2/3 de las costas causadas por partes iguales.- Se decreta el comiso del dinero y droga intervenidos.- Debiendo absolver a ROMINA DIEGUEZ GÓMEZ del delito contra la salud pública del que venía acusada declarando de oficio 1/3 de las costas causadas y alzando cuantas medidas cautelares personales o reales se hubieran adoptado en relación a su persona.» (sic)

...

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recurso en los siguientes motivos:

Recurso de Oscar Falcón Guerra

**1º, 3º, 4º y 5º.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por no aplicación de los arts. 11 ap. 1 y 3 y 238-3º de la LOPJ, por aplicación indebida del art. 368 del CP, y al amparo del 852 de la LECrim. por no aplicación de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18.3 de la CE.

**2º, 6º y 7º.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por no aplicación de los arts. 11 ap. 1 y 3 y 238-3º de la LOPJ, por aplicación indebida del art. 368 del CP, y al amparo del 852 de la LECrim. por no aplicación de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la CE.

...

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Oscar Falcón Guerra

PRIMERO.- En el primero de los motivos se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución, así como los enunciados en el artículo 24 de la misma sobre tutela judicial, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia. Lo que se hace por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derivando de ello también la denuncia de infracción de ley, conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la aplicación del artículo 368 del Código Penal y estimando indebidamente inaplicado el artículo 11 y el 238 ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.- La abigarrada cita se contrae pues a la cuestión de si debe o no considerarse prueba ilícita la determinante de la condena por razón de aquella vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la fuente probatoria.

El argumento dado consiste en valorar como insuficiente la motivación del auto que en 18 de junio de 2005 ordena la observación, grabación y escucha de las comunicaciones telefónicas que indica, a través del sistema SITEL, así como improcedente la aclaración del mismo, llevada a cabo por otro auto del día 20 siguiente, relativo a una ampliación de lo ordenado a «datos relativos a la interceptación» de sesiones de voz, faxes, mensajes de Internet y mensajes SMS.

Se queja de que la fundamentación de la decisión judicial se limita a transcribir el oficio policial que da cuenta de la situación que requiere la medida de intervención ahora denunciada.

El propio recurso transcribe ese oficio policial.

2.- Para conocer la doctrina constitucional sobre el alcance del requisito de motivación de la decisión jurisdiccional, que acuerda una medida como la cuestionada, basta reproducir lo dicho en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 197/2009 de 28 de septiembre: *Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los **elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior**, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).*

*En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de **justificar la existencia de los presupuestos** materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse **indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas** por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son **algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales** que se exigen para el procesamiento. «La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse **apoyadas en datos objetivos**, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser **accesibles a terceros**, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, **sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona**. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3).*

*Se trata, por consiguiente, de determinar si en el **momento** de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, **no se trataba de una investigación meramente prospectiva**, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la **necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos** o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encarga*

dos de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado **insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar** en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser; afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). También ha destacado el Tribunal que «la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa» (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 4).

Asimismo, debe determinarse con precisión el **número** o números de teléfono que deben ser intervenidos, el **tiempo** de duración de la intervención, **quién** ha de llevarla a cabo y los **períodos** en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha **admitido la motivación por remisión**, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada con la solicitud policial**, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

En la misma resolución recuerda el Tribunal Constitucional que si el conocimiento de la existencia del delito deriva de **investigaciones policiales** previas, resulta exigible que se **detalle** en la solicitud policial en **qué** han consistido esas investigaciones y sus **resultados**, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización, **sin que** -como señalamos en el anterior fundamento jurídico- la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención puedan suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos  **pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma**.

**3.-** En el caso que juzgamos es el propio recurrente quien en el motivo nos da cuenta del contenido de la información policial que asumió el Juzgado cuando ordenó la intervención.

En ese oficio se da cuenta de investigaciones muy concretas. La actividad consistió fundamentalmente en una extensa e intensa actividad de vigilancia que llevó a los agentes a constatar comportamientos del coacusado D. Carlos que recibe en su domicilio a lo largo de los días 21, 22 y 23 de mayo y 5 de junio a varias personas que tras acceder al domicilio de aquél, tras escasos minutos salen del mismo y como en la última de dichas fechas, el citado coacusado se entrevista con un joven en la zona del Instituto a la que acude en su vehículo, observan asimismo como en varias ocasiones, en su vehículo, se dirige a diferentes bares de copas ante

los cuales se detiene, subiendo al vehículo jóvenes con lo que emprende la marcha por pocos metros, tras lo cual esos jóvenes se bajan y el coacusado sigue hasta su domicilio.

Tal información es objeto de atinado y detenido análisis en la resolución jurisdiccional que ordenó la intervención

Inferir de ahí que los contactos son previamente concertados por teléfono y tienen por objeto las transacciones con droga, cuando alguno de los citados visitantes es conocido policialmente como consumidor, satisface plenamente el canon de razonabilidad, que va más allá de la mera sospecha. Así como permite atribuir a la intervención la funcionalidad investigadora en relación a una actividad de tráfico en curso en el momento en que aquélla se establece. Inferencias que, por lo dicho, parte de datos objetivos y no de meras valoraciones *ad personam*.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo, por el mismo cauce procesal, y con idéntica invocación de preceptos considerados vulnerados, denuncia la nulidad en la obtención de fuentes probatorias en el auto de fecha 14 de julio de 2005, que acuerda la prórroga de la intervención ordenada en el auto a que hacía referencia el motivo anterior.

Pese a reconocer que se ha remitido al Juzgado dos CDs con el contenido de las grabaciones hasta entonces efectuadas, y que la policía relata como, ratificada con su contenido, que el coacusado D. Carlos venía actuando en la forma sospechada y, más concretamente, se llegue a indicar datos de día y lugar de actos concretos de venta de droga por el acusado, se pretende argumentar en el motivo que la prórroga se realiza sin que el Juzgado realice control alguno de la transcripción.

2.- Sobre la exigencia constitucional para la legitimidad de la intervención telefónica prorrogada dice la misma Sentencia del Tribunal Constitucional citada en el anterior fundamento.

*Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que las acuerdan, **debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4).***

*Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediabilmente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).*

Ahora bien, también se cuida de advertir que *para dicho control **no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las **transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales** (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).***

3.- Pues bien es el propio recurrente quien da cuenta de que el Juzgado conocía el contenido de intervenciones, no solamente por disponer de los CDs remitidos, sino por los detallados informes policiales con los que el recurrente nos ilustra con tanto detalle.

Los autos de prórroga justifican ésta por el conocimiento reportado por las intervenciones hasta el tiempo en que se dictan.

Aparece pues, a la par, constatado el control judicial y manifiesta la corrección de la decisión.

...

QUINTO.- En el quinto motivo se denuncia, con nueva reiteración de cauce procesal y batería de preceptos supuestamente vulnerados, la ilegitimidad de la fuente probatoria en lo que concierne a las grabaciones y a las transcripciones aportadas.

En la medida que la tacha se funda en la ilegitimidad de la previa orden de interceptación, y ésta ha sido tenida por legítima en los anteriores fundamentos, también este motivo ha de ser rechazado. Y sobre la insuficiencia de las transcripciones, por ser parciales, baste reiterar lo que se acaba de decir al respecto en cuanto a su uso para las decisiones sobre prórroga de la inicial orden de intervención.

...

OCTAVO.- Se denuncia aquí una supuesta quiebra en la observancia de las formas debidas, por lo que, al amparo del 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pretende la anulación de la sentencia bajo la queja de inadmisión de la prueba pericial en su día propuesta sobre «la naturaleza, alcance y efectos del sistema de interceptación de comunicaciones conocido como SITEL».

Afirma el recurrente que dicho sistema es inconstitucional y se queja de la deficiencia en el rango normativo regulador de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento.

Dijimos recientemente en nuestra *Sentencia de 6 de julio de 2009*, en el recurso 10706/2008 que: *Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de Febrero de 2003 --Prado Bugallo vs. España--, aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión, del mismo Tribunal, de 25 de Septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo.*

Sentencia la citada que, por otra parte, decide en un supuesto en que precisamente se aportaron al Juzgado las grabaciones obtenidas por el sistema SITEL que no solo no cuestiona sino que considera preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación. Como tuvo por buena, sin cuestionarla, la legalidad de tal procedimiento la Sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2009 en el recurso 1454/2008.

Más directamente la aceptabilidad del sistema ha sido objeto de examen en nuestra *Sentencia 23 de marzo de 2009* en el recurso 1732/2008 en la que dijimos: *Lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de prueba, que es lo aquí ocurrido con esa conversación del 15.3.2006 ya tan repetida, lo que en realidad importa para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, es si estas garantías se respetaron en el momento de su*

obtención y en el de su incorporación a las actuaciones, lo que ciertamente así ocurrió como nos explica la sentencia recurrida en sus páginas 24 y 25.

Y se añade: La cuestión planteada en este motivo 7º es un tema que interesa a la Administración y al Poder Legislativo, a los efectos de determinar el sistema a seguir para conservar (o no conservar) y controlar las conversaciones telefónicas legalmente intervenidas y grabadas, que ahora quedan integradas en un solo archivo mediante el referido sistema SITEL, que ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales.

Por eso fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo la que tuvo que pronunciarse sobre este problema en su sentencia de 5 de febrero de 2008 en respuesta a una demanda planteada por la Asociación de Internautas, citada en el propio escrito de recurso.

Ratifica esta Sentencia el criterio ya expuesto en la Sentencia de 13 de marzo de 2009 en el recurso 10624/2008 en la que se expuso: *El programa SITEL es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones.*

*El sistema se articula en tres principios de actuación:*

1. *Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.*

2. *Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen 2 ámbitos de seguridad:*

*\*Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.*

*\*Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.*

3. *Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.*

*c) Información aportada por el sistema.*

*El sistema, en la actualidad, aporta la siguiente información relativa a la intervención telefónica:*

- 1. Fecha, hora y duración de las llamadas.*
- 2. identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención.*

3. Distribución de llamadas por día.
4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.)

*En referencia al contenido de la intervención de la comunicación, y ámbito de información aportada por el sistema, se verifica los siguientes puntos:*

1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo.
2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.
3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS).

d) Sistema de trabajo.

*Solicitada la intervención de la comunicación y autorizada esta por la Autoridad Judicial el empleo del Programa SITEL, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación.*

*El acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante código identificador de usuario y clave personal. Realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la Autoridad Judicial. La EVIDENCIA LEGAL del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para entrega a la Autoridad Judicial pertinente, constituyéndose como la única versión original.*

*De este modo el espacio de almacenamiento se reduce considerablemente, facilitando su entrega por la Unidad de investigación a la Autoridad Judicial competente, verificándose que en sede central no queda vestigio de la información.*

Todo lo cual pone en evidencia la superfluidad de la pericia propuesta y la pertinencia de su no admisión. Y ahora de la desestimación de este motivo.

...

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por OSCAR FALCÓN GUERRA y por CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Orense, con fecha 10 de diciembre de 2008, que les condenó por un delito contra la salud pública. Con expresa imposición de las costas causadas en sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

## Cuestiones

1. Requisitos que se establecen para poder adoptar una intervención telefónica
2. ¿Qué es SITEL? ¿Se trata de un sistema constitucional? ¿Cuáles son los tres principios de actuación que articulan este sistema? ¿Qué información aporta el sistema?

**Material de consulta:** STC núm. 114/1984 (Sala Segunda),  
de 29 de noviembre

Recurso de Amparo núm. 167/1984.

Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Recurso de amparo constitucional: Actos u omisiones de órganos judiciales: Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante de 10-5-1983 y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 15-2-1984, en materia de despido: Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: grabación fonográfica de la conversación por el interlocutor: admisión como prueba en proceso laboral: vulneración inexistente: denegación del amparo.

Derechos fundamentales y libertades públicas: contenido: doble dimensión: derechos subjetivos de los ciudadanos y «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica».

Proceso: prueba ilícita: no existe un derecho constitucional a la desestimación de ésta; su virtual desestimación procesal en algunos casos se produce como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales.

Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: contenido: escuchas telefónicas: la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta exclusivamente en la medida en que «los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada».

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente  
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 167/1984 promovido por don Francisco P. N. contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, de 10 de mayo de 1983, que declaró procedente el despido del actor, así como contra la Sentencia dictada en recurso de casación por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, con fecha 15 de febrero de 1984 (RJ 1984\ 878), que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la anterior.

En dicho asunto han sido parte el recurrente, don Francisco P. N., representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y asistido por el Abogado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. ANTECEDENTES

Primero.- El 14 de marzo de 1984 el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez interpuso recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en nombre de don Francisco P. N., contra las precitadas Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo. Afirmaba el actor que tales resoluciones judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 de la Constitución (RCL 1978\ 2836)– y a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 de la norma fundamental). La violación del derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución la imputa el recurrente a una y a otra de las Sentencias impugnadas, conculcación que se extendería también, en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.

La fundamentación jurídica que se hace en la demanda de amparo de esta queja constitucional puede resumirse del modo que sigue:

a) Por lo que se refiere a la afirmada conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones, entiende el actor que la misma se produjo en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo que consideró procedente su despido por infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe en sus relaciones para con la empresa [arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980 (RCL 1980\ 607), en relación con los apartados c) y d) del art. 54.2 del mismo cuerpo legal], que era a la sazón la editora del periódico «Información» de la ciudad de Alicante, integrado en el Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», periódico en el que el recurrente trabaja con la categoría de Redactor. Tal violación de su derecho fundamental se habría producido porque en el proceso laboral seguido a su instancia contra el despido de que fuera objeto se consideró como prueba de sus faltas laborales, de modo exclusivo, un instrumento ilegítimamente obtenido, a juicio del señor P. N., como fue la grabación fonográfica de la conversación por él mantenida, el 14 de septiembre de 1982, con quien ocupaba entonces el cargo de Consejero técnico del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación se obtuvo, según consta en las actas del proceso ante la Magistratura, por el interlocutor del señor P. N. sin conocimiento de éste, circunstancia invocada por el recurrente en amparo para calificar dicha grabación como atentatoria de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En nueva violación de idéntico derecho fundamental habrían incurrido la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, que falló a partir de un documento, antijurídicamente obtenido, y la Sala Sexta del Tribunal Supremo, que, según el recurrente, realizó una «interpretación errónea» del mencionado precepto constitucional. Esta última interpretación, como se desprende de la propia Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1984, consistió, en síntesis, en afirmar (considerando 3.º) que la invocada infracción del art. 18.3 de la Constitución no podía imputarse a la Sentencia de instancia, en la que el Juzgador se limitó a declarar probado que en una conversación telefónica el demandante hizo las manifestaciones que motivaron su despido, hecho éste que tuvo acceso a los Autos no sólo a través de la transcripción escrita de aquella conversación, sino también mediante otras pruebas y, entre ellas, la declaración de quien fue interlocutor en la misma. Por lo demás, consideró la Sala Sexta del Tribunal Supremo que el derecho reconocido en el art. 18.3 de la norma fundamental garantiza el que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación no se interponga un tercero, sin contemplar para nada el uso que puedan hacer los destinatarios de lo que les sea comunicado. Esta interpretación es discutida por el recurrente en amparo, quien afirma en su demanda que el artículo 18.3 de la Constitución

protege «la intimidad de la conversación» no sólo frente a terceros, sino también frente a cualquiera de los comunicantes, impidiendo, en consecuencia, la colocación por uno de ellos, sin conocimiento del otro, de un instrumento de grabación que recoja el contenido de la conversación. Tal conducta –se dice en la demanda– constituiría, además, una de las «intromisiones ilegítimas» que describe y sanciona el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\ 1197), puesto que en el núm. 1 de este precepto se considera tal «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha». Por último, la antijuridicidad de este proceder se agravaría cuando lo así retenido se transcribiese –«con alteraciones» se dice- y se presentase como documento ante un Tribunal de justicia.

b) En lo relativo a la presunta conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución), entiende el recurrente que incurrió en ella el Magistrado de Trabajo al apoyarse, como única prueba, en la mencionada grabación fonográfica, acogiendo así un instrumento probatorio, que, según el actor, ha sido descalificado como prueba por el Tribunal Supremo e ignorando, además la máxima de que «el dolo no debe aprovechar a la persona que lo comete», «principio general del Derecho», según se pretende en la demanda de amparo. Por último, señala el recurrente como otra irregularidad procesal el no haberse requerido a efectos de que reconociera la transcripción fonográfica de la conversación en la que fue parte.

Por todo ello solicita que, otorgándose el amparo solicitado, se declare la nulidad del despido de que fue objeto por parte de la Empresa «Medios de Comunicación Social del Estado», reconociendo su derecho a no sufrir discriminación alguna y restableciéndole, por tanto, en la integridad de sus derechos, con readmisión en la empresa de la que fue despedido.

Segundo.- En el trámite de alegaciones la representación de la parte actora se ratificó en el escrito de demanda, sin introducir rectificación alguna. Como ampliación de la fundamentación del recurso reprodujo una serie de preceptos jurídicos, que, a su juicio, apoyan la interpretación por él defendida del art. 18.3 de la Constitución. Tales disposiciones son, en primer lugar, los arts. 368 y 369 del Código Penal francés, así como los arts. 179 bis y 179 ter del Código Penal suizo, en los que, según el recurrente, se sancionan conductas próximas o idénticas a la grabación magnetofónica de la conversación en la que fue parte. Reproduce también en sus alegaciones el recurrente los artículos 192 bis y 497 bis de lo que era, al tiempo de redactarse su escrito, Proyecto de Ley Orgánica sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, texto incorporado hoy al Código Penal por la vigente Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre (RCL 1984\ 2480). Entiende el recurrente que los preceptos incluidos por esta Ley en el Código Penal no distinguen, en la sanción que imponen frente a las escuchas ilegales, entre la grabación de la conversación por uno de los participantes en la misma o por un tercero, coincidiendo así la norma con los preceptos foráneos antes transcritos y con la interpretación del art. 18.3 de la norma fundamental sostenida por el actor.

Las alegaciones del Abogado del Estado pueden resumirse del modo que sigue:

a) La invocada violación del art. 24.2 de la Constitución, por haberse dictado Sentencia a partir de una «única prueba», consistente en la transcripción de una cinta magnetofónica, y por no haberse aplicado el principio general del Derecho, según el cual el dolo no debe aprovechar a la persona que lo comete, constituyen afirmaciones que denotan una simple discrepancia del actor con el fallo dictado, lo que supone plantear una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena al ámbito propio del recurso de amparo.

b) En la queja por la presunta conculcación de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la norma fundamental debe dejarse de lado, ante todo, la tacha de inexactitud en la transcripción, por ser problema relativo a la valoración de la prueba por lo órganos de la jurisdicción ordinaria; y entrando en la interpretación del art. 18.3 de la Constitución debe destacarse que, aunque sus distintos apartados tienen una indiscutible trabazón, cada uno de ellos posee su

propia función protectora, siendo la de su núm. 3 la de garantizar que nadie ajeno al emisor y al receptor de la comunicación entre en conocimiento del contenido de la misma sin la autorización de los comunicantes. Se trata, pues, de un derecho que obliga a terceros, pero jamás a los propios partícipes en la comunicación. Una vez que el contenido de ésta ha llegado a su destinatario deviene imposible la infracción del precepto constitucional que se considera. El uso que de ella puede hacer el destinatario –o un tercero– podrá, acaso, afectar a otro derecho fundamental, pero nunca al reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, lo que significa que la garantía del secreto de las comunicaciones es coextensa con el proceso mismo de comunicación. Por todo ello es improcedente, en el presente caso, la invocación del derecho al secreto de las comunicaciones.

c) El art. 18.3 de la Constitución protege las comunicaciones frente a la inmisión de terceros que tengan la condición de «poderes públicos», siendo éstos los únicos sujetos potenciales capaces de lesionar este derecho fundamental. En el presente caso no ha habido tal intervención pública, tratándose de una conversación mantenida en términos particulares y resultando a estos efectos intrascendente el que fuera el Ministerio de Transportes uno de los lugares desde los que se mantuviera aquélla y el que el interlocutor del señor P. N. fuera o no colaborador del Ministro. Esta última cualidad –no demostrada– sería irrelevante para poder imputar un acto al Poder Público. Esta misma limitación –por la que se requiere la existencia de un acto de autoridad para entender conculcado el derecho– cabe extenderla al núm. 1 del mismo art. 18 (protección de la intimidad personal), lo que no significa que esta garantía no se proyecte sobre el conjunto del ordenamiento sino, más estrictamente, que sólo cabrá la especial protección del amparo constitucional frente a las agresiones que puedan provenir de la acción de los poderes públicos.

d) Aunque por las consideraciones anteriores sería ya descartable la existencia de una violación del derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, conviene examinar, a título aclaratorio y complementario, si ha podido haber –por la grabación o por la difusión de la misma– un atentado al derecho a la intimidad personal. Tal lesión es igualmente inexistente. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, invocada por el actor, protege la «vida íntima de las personas», pero tal garantía no es aplicable en el caso presente porque la grabación no lo fue de nada que pudiera estimarse inserto en dicho ámbito, sino de una conversación que versó sobre la acción política o profesional del hoy recurrente en amparo. No resulta aplicable, específicamente, el apartado 2.º del art. 7 de la Ley Orgánica citada porque la grabación impedida en este precepto opera sólo frente a quienes no fueron los destinatarios de la manifestación así captada, supuesto del todo distinto al presente, en el que es el propio interlocutor quien procede a la grabación misma.

e) No existió tampoco violación alguna de derecho fundamental en el acto de comunicación de la conversación a la Dirección del organismo donde trabajaba el hoy demandante, ni tampoco en su ulterior utilización procesal. Los hechos divulgados no tienen encaje en ninguna de las prohibiciones que en defensa de la intimidad, incorporan los núms. 3, 4, 6 y 7 del art. 7 de la citada Ley Orgánica 1/1982. Por lo demás, en su conversación el señor P. N. no se limitaba a depositar una confidencia personal en su interlocutor sino que tendía a «instigar» la acción de este último cerca de la Dirección del periódico «Información» de Alicante para la obtención de un beneficio profesional propio; y el medio para conseguir dicho resultado había de pasar forzosamente por el conocimiento del Director del periódico, o de quien tuviera en su mano la concesión de aquel beneficio. En definitiva, la comunicación no tenía otro objeto que la de hacer del interlocutor del señor P. N. un medio de transmisión de dicha información a otra persona. En el tenor de la conversación no sólo estaba implícita la autorización para divulgarla, sino que tal divulgación era la finalidad misma de la conversación. Cuestión distinta es que producida tal comunicación a terceros, el efecto no fuese el pretendido por el señor P. N., de tal modo que no sirvieron sus medios de presión para conseguir el empleo exigido en el periódico sino, más bien, para hacer procedente el despido.

f) Por último, es cierto que, aun sin tipificación jurídica, la grabación de la conversación por uno de los interlocutores puede plantear dudas en abstracto, sobre su licitud civil, por poder implicar abuso en la fe o confianza de quien habla, al margen de la argumentación doctrinal en favor del «derecho a la voz» o «a la palabra». Todo ello, sin embargo, no es relevante en el presente caso, porque el actor se situó en el ámbito de una causa torpe: alterar sus condiciones de trabajo en beneficio propio, presionando para ello con medios extraprofesionales e impulsando a su interlocutor para coadyuvar a sus propósitos; la divulgación de la comunicación fue, por ello, un lícito medio de defensa en el interlocutor para excluirse de dicha causa torpe y para proteger un lícito interés ajeno.

Por todo ello, la utilización por la Magistratura de Trabajo de la prueba controvertida fue perfectamente regular y lícita, debiendo juzgar los Tribunales sobre las pruebas que son puestas a su disposición.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal pueden resumirse como sigue:

a) La invocada violación del art. 18.3 de la Constitución no presenta las condiciones para reconocerla existente. La conversación telefónica tiene un contenido de intimidación sólo frente a terceros; si los interlocutores no divulgan su contenido, ello no será en obediencia a una obligación jurídica de silencio, sino en atención a motivos éticos o estéticos. El interlocutor sólo estará obligado a tal reserva, en su caso, por motivos profesionales.

Por otra parte, la comunicación a un tercero fue requerida por el demandante de amparo, quien solicitó que lo dicho a su interlocutor llegase a conocimiento del Ministro, de quien se exigía ser nombrado redactor jefe de la sección política del periódico «Información» a cambio de no publicar, el mismo recurrente, una noticia que afirmaba sería perjudicial para el propio Ministro.

La grabación en sí misma de la conversación tampoco afecta a derecho alguno de los reconocidos en el artículo 18. El actor invoca el núm. 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero debe tenerse en cuenta que el núm. 2 del mismo artículo refiere la prohibición de emplear medios de escucha y otros que permitan el conocimiento de la vida íntima de las personas, o de sus manifestaciones o cartas privadas, a quienes no fueran sus destinatarios. El destinatario de la conversación puede grabarla y con mayor motivo cuando había de transmitir a un tercero, a quien se le exigía determinada conducta en términos tales que podrían constituir un ilícito penal –art. 494 en relación con el art. 493, ambos del Código Penal (RCL 1963\ 759, 900 y 1009).

b) La denunciada violación del art. 24.2 de la Constitución adolece de falta de precisión. No cabe en el recurso de amparo reproducir argumentos contra los instrumentos probatorios considerados por el Juez que ya se plantearon en el recurso de casación, porque la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde únicamente a la jurisdicción ordinaria. El recurrente ha tenido acceso al proceso y en él han aportado pruebas ambas partes. No ha sido la documental la única de las pruebas aportadas, sino que han tenido lugar también declaraciones testimoniales y, por lo demás, la cinta magnetofónica no ha sido, en cuanto tal, tenida en cuenta por el Magistrado. Que el recurrente reconozca o no la conversación no conculca ningún requisito procesal que afecte a la prueba. Por otra parte, el demandante no impugnó la autenticidad de la prueba ni la veracidad de la misma en el acto del juicio.

Tercero.- Por providencia de 26 de septiembre de 1984, se señaló para deliberación y votación del recurso el día 21 de noviembre siguiente.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Según en el «petitum» de su demanda dice el actor que la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Alicante y la dictada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo han incurrido en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y esta

alegada vulneración se concreta en la fundamentación jurídica del escrito de interposición del recurso de amparo afirmándose que se habría producido por obra de la admisión como prueba (por la Magistratura de Trabajo) de un instrumento ilegítimamente adquirido y a causa, también, de lo que llama una «interpretación errónea» del art. 18.3 de la Constitución (por parte de la Sala Sexta del Tribunal Supremo).

Este razonamiento del actor no puede compartirse. El recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales por obra de decisiones jurisdiccionales halla un sentido institucional, de modo exclusivo, en *la depuración de las actuaciones de estos órganos que «de modo inmediato y directo»* [art. 44.1, b), de la LOTC] (RCL 1979\ 2383) *hayan incurrido en dichas vulneraciones, no siendo este proceso constitucional instrumento apto para revisar genéricamente lo resuelto por la jurisdicción ordinaria.* En el presente caso la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución española no podría imputarse -con carácter directo e inmediato- a las resoluciones judiciales, sino, según reconoce el recurrente, a los actos extraprocesales que estuvieron en el origen de la decisión de despido. Estas últimas conductas podrían, en su caso, haber incurrido en antijuridicidad y, si así hubiera sido, tal comportamiento contrario a derecho podría haber afectado a la plena validez de las actuaciones procesales, que, en el juicio de instancia, reconocieron fuerza probatoria al objeto que se supone ilegítimamente adquirido, mas aun en tal caso, la lesión no podría referirse directa o inmediatamente a la actuación judicial. Ello es tanto más cierto cuanto que en ninguno de los procesos judiciales que han precedido al presente recurso de amparo se ha planteado como objeto de los mismos la petición de tutela de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En ellos no ha buscado directamente el actor una reacción judicial frente a la violación que contra él firma haberse cometido, ni tal protección podría, en rigor, haberse dispensado en la vía procesal por la que se ha discurrecido. Al no haberse demandado ante la jurisdicción el amparo de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, sino la anulación del despido, no puede sostenerse que la valoración de la prueba por el juzgador o que la interpretación dada por el Tribunal Supremo al citado precepto de la norma fundamental constituyan una lesión autónoma de los derechos en él reconocidos.

En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. Si se acogiese la tesis del recurrente, habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos. Esta regla podrá reconocerse como existente en los distintos supuestos, pero no por integrarse en el núcleo esencial del Derecho, sino en virtud de fundamentaciones diversas y a la vista de los intereses tutelados en cada caso por el ordenamiento.

2. En el caso aquí planteado lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. *La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos.* Conviene por ello dejar en claro que *la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de*

*un derecho fundamental*. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida –y la decisión en ella fundamentada– hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación –y la consiguiente posible lesión– no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución).

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la «evidence wrongfully obtained» y de la «exclusionary rule», en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States V. Janis* (1976) la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...».

Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.

**3.** Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte –en casación y ante este Tribunal– de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa lícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta, por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 de la LECR, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos.

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»- en la Sentencia núm. 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley núm. 98, de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada».

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas».

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la inefectividad procesal «de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la ley».

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesto por el art. 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución. Se trata de la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austriaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente. Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de que si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no el art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

4. Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de *los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica ...»* –Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio,

fundamento jurídico 5 (RTC 1981\ 25). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el «deterrent effect» propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no –según se dijo– ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraría la doctrina establecida ya por este Tribunal en los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones, el Tribunal no admitió las invocaciones de la parte fundamentadas en que el Auto del procesamiento recurrido se dictó sobre la base de movimientos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto «abstractamente alegado» –como destaca el Auto de 16 de mayo en su fundamento jurídico 3 «in fine»– no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente. Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente –como advierte el Tribunal– podía haber suscitado tal queja frente al Auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello –y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno violado por tal formación irregular– el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en cuanto tal, al ámbito del amparo constitucional.

5. Todo lo que se ha dicho en el apartado anterior permite centrar la dimensión constitucional que puede mostrar el problema planteado en el presente recurso de amparo. Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando

también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. *El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido.*

La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar -en este planteamiento preliminar- por el hecho, que subrayan la Sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal, de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental, y sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.

6. Con estas precisiones es necesario ya pasar al examen de la cuestión de fondo suscitada en el caso presente, analizando si, como aduce el recurrente, la Magistratura de Trabajo falló considerando procedente su despido a la vista de pruebas obtenidas en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución). Esta indagación no afecta para nada a la exclusiva competencia en el juicio y tampoco extravasa el límite negativo señalado en el art. 44.1, b), de la LOTC en orden a la imposibilidad de «conocer» los hechos que dieron lugar al proceso al resolver al amparo constitucional. En cuanto al primer aspecto, porque tal potestad exclusiva (recordada, entre otras, por la Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre, de esta Sala, Fundamento Jurídico 9) (RTC 1983\105), no queda menoscabada cuando lo que se hace, a efectos de la resolución del recurso de amparo, es sólo apreciar la posibilidad constitucional de que determinado instrumento probatorio pueda llevarse a juicio, sin entrar para nada en el proceso de formación de la voluntad del juzgador. Y en cuanto al segundo aspecto, porque el examen acerca de la efectiva producción de la invocada invasión de un derecho fundamental no se realizará aquí, obviamente, para «conocer», en su acepción procesal rigurosa, de tales hechos, y sí sólo a efectos de constatar la legitimidad o ilegitimidad de la prueba así obtenida.

El actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder éste a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el art. 18.3 no sólo protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla ... sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte ...». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

7. La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación

de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegarán a la empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir en sí quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como «confidencia») es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número 1 del mismo artículo.

*El derecho al «secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del «secreto»– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el art. 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– (TEDH 1984\ 1) reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado «comptage», permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.*

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e

indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación.

**8.** Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra norma fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.

El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de su tesis el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas ... el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas», y pone en relación este precepto con el art. 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución), y además el precepto legal citado no pueden entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su «intimidad personal» (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.

En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos -192 bis y 497 bis- al Código Penal. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces «in itinere» protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda, de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, «in nuce», en el art. 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo.

Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la «interpretación» o el empleo de artificios para la «escucha, transmisión, grabación o reproducción», pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (arts. 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se «divulgaré o revelare» la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que *la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.*

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí –al margen su empleo ulterior– sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada «ad extra» y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»).

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,  
Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por don Francisco P. N..

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 29 de noviembre de 1984.-Jerónimo Arozamena Sierra.-Francisco Rubio Llorente.-Luis Díez Picazo.-Francisco Tomás y Valiente.-Antonio Truyol Serra.-Francisco Pera Verdguer.-Firmados y rubricados.

# Lección 12.<sup>a</sup> Presunción de inocencia y actividad probatoria

- La afirmación de que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso se consagra en el art. 24.2 CE, así como en los convenios internacionales de derechos humanos.
- El juzgador debe alcanzar la certeza de la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria y esa certeza debe ser resultado de las pruebas practicadas. La falta de pruebas o la insuficiencia de las mismas conlleva la absolución del acusado.
- Fundamento de la presunción de inocencia: 1) principio de la libre valoración de la prueba; 2) los medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, siempre que se hayan observado las garantías necesarias para la defensa, así como las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.
- Requisitos que se exigen por la jurisprudencia para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia: 1) que exista actividad probatoria, de acuerdo con todas las garantías; 2) que esa actividad tenga la consideración de prueba de cargo; 3) que la prueba de cargo pueda considerarse como suficiente para fundamentar un pronunciamiento de condena.

## Esquema

### A) La presunción constitucional de inocencia a favor del imputado

- a) Garantía procesal
- b) Determina el contenido de la sentencia
- c) Presunción *iuris tantum*

### B) Requisitos para desvirtuar la presunción de inocencia

- a) Prueba con todas las garantías
  - 1) Inmediación
  - 2) Contradicción
  - 3) Publicidad
  - 4) Oralidad
- b) Prueba de cargo
  - 1) Prueba de contenido objetivamente incriminatorio
  - 2) Resultado responda a la verdad
- c) Prueba suficiente
  - 1) Prueba practicada en el juicio oral
  - 2) Actos de investigación del procedimiento preliminar
  - 3) Actos de la policía judicial, ministerio fiscal y otros documentos asimilados

**Caso docente núm. 17. Inexistencia de prueba. Absolución** (STS núm. 633/2008 –Sala de lo Penal– de 8 de octubre)

EL MUNDO, 29 de noviembre de 2008

LAS ACUSACIONES RENUNCIARON A UN TESTIGO CLAVE EL SUPREMO SE VE OBLIGADO A SUSPENDER LA PENA A UN HOMBRE QUE DEJÓ TETRAPLÉJICO A SU BEBÉ

El alto tribunal califica de ‘lamentable’ la actuación de Fiscalía y GeneralitatLa niña, de dos meses, también sufre déficit visual y deterioro de las funciones cerebrales

EUROPA PRESS

El Tribunal Supremo se ha visto obligado a anular la condena a diez años y seis meses de cárcel que le fue impuesta en septiembre de 2007 por la Audiencia de Barcelona a Nilton V.Z. en relación con las lesiones presentadas por su hija Urpi, que con apenas dos meses de edad ingresó en un hospital con graves lesiones que le produjeron déficit de visión, tetraparesia y deterioro de funciones cerebrales. Califica de «lamentable» que las acusaciones renunciaran a una testigo clave durante el juicio, lo que aboca a la absolución por falta de pruebas.

En cumplimiento de la sentencia, el detenido fue puesto en libertad este sábado.

En alto tribunal reprocha tanto a la Fiscalía como a la acusación particular, ejercida por la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de Catalunya (DGAIA) –organismo dependiente de la Generalitat–, que no apuraran la investigación de las pruebas y renunciaran al testimonio de la tía de la víctima, quien quedó encargada del cuidado de la pequeña, junto al padre, mientras la madre permanecía ingresada por una pancreatitis.

«El lamentable resultado de impunidad e una conducta grave y especialmente odiosa como la de esta causa (...) suscita la pregunta de si las actuaciones apuraron realmente la investigación de los elementos de cargo y en particular de si fue razonable su renuncia a la testigo aludida», razona la sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

Los hechos se produjeron entre octubre y noviembre de 2004, cuando la niña, nacida el 26 de agosto de ese año, fue ingresada en el hospital Sant Pau de Barcelona con numerosos hematomas y fracturas e hidrocefalia externa, lo que requirió dos intervenciones quirúrgicas y su ingreso en la UCI. Se apreciaron, además, lesiones antiguas (fracturas costales y del occipital) que no habían sido apreciadas en revisiones pediátricas anteriores. Graves secuelas Como secuelas, al bebé le quedó deterioro de las funciones cerebrales, requiriendo dependencia absoluta de otra persona, déficit de visión en ambos ojos y tetraparesia espástica de predominio de miembros inferiores, además de perjuicio estético «importante». La pequeña quedó bajo la tutela de la Generalitat.

Fueron procesados los padres de la pequeña, si bien la Audiencia de Barcelona absolvió a la madre porque durante el periodo en el que se produjeron las lesiones se encontraba hospitalizada.

La tía nunca fue procesada, mientras que el padre fue encontrado responsable de tres delitos de lesiones con las agravantes de parentesco y de ser la víctima menor de doce años, a tres penas de tres años y seis meses de cárcel. Se descartó el delito de homicidio en grado de tentativa.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el Supremo también afea al tribunal de instancia que no imputara a la tía de la niña, puesto que las lesiones también podrían haberseles atribuido, ya que el padre alegó que la mujer quedaba a cargo del bebé cuando él salía a trabajar o a visitar a su esposa en el hospital.

La Audiencia de Barcelona lo justificó alegando que el padre debería haberse percatado entonces de las lesiones, si bien el Supremo destaca que el hombre carecía de cualificación técnica para ello, a lo que hay que sumar que hubo fracturas que no fueron detectadas por el propio pediatra.

«No hay ningún dato probatorio que permita pasar de la afirmación de que Nilton pudo haber sido autor de los traumatismos a la concreta atribución de responsabilidad del fallo», dice la resolución, por lo que absuelve al padre «por un claro déficit de racionalidad» de la sentencia.

«Por más que repugne la idea de que lesiones de esta entidad, perpetradas además sobre una niña de cortísima edad, puedan quedar impunes, lo cierto es que la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, en una situación de precariedad probatoria como la de esta causa, y la imposibilidad objetiva de salir ya de ella, hace que no exista otra alternativa practicable», concluye el Tribunal Supremo.

*sts núm. 633/2008 (Sala de lo Penal), de 8 de octubre*

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil ocho.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 18 de septiembre de 2007. Han intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente Nilton Vladimir Zúñiga Vargas, representado por la procuradora Sra. Hoyos Moliner y la parte recurrida Generalidad de Cataluña, representada por el procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuéllar. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción número 26 de Barcelona instruyó sumario 2/2005, a instancia del Ministerio Fiscal y de la acusación particular ejercida por Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de Cataluña por delito de homicidio en grado de tentativa contra Nilton Vladimir Zúñiga y contra Jane Georgina Mendivil Santa Cruz y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Sexta dictó sentencia en fecha 18 de septiembre de 2007 con los siguientes hechos probados: *«Los procesados Nilton Vladimir Zúñiga Vargas y Jane Georgina Mendivil Santa Cruz, mayores de edad y sin antecedentes penales son los padres de la menor Urpi Iset quien nació en el Hospital de Sant Pau de esta ciudad el día 26 de agosto de 2004 donde permaneció hasta el día 31 de agosto de 2004 cuando pasó a su domicilio con sus progenitores y una tía de Jane Georgina llamada Felicia Mindivil.- A los pocos días Jane Georgina sufrió una pancreatitis aguda y precisó varios ingresos hospitalarios entre los días 9 a 22 de septiembre, entre el 9 al 22 de octubre y entre el 25 de octubre al 5 de noviembre. Durante dicho ingresos la persona que se ocupaba principalmente del cuidado de la niña era el procesado, con la ayuda ocasional de la tía Felicia Mendivil, siendo durante estos periodos cuando el acusado Nilton Zúñiga golpeó y maltrató a su hija Urpi Iset causándole las lesiones que a continuación se relatan.- La niña es examinada por el pediatra de zona el día 27 de septiembre de 2004 en visita de control rutinario, quien la encuentra normal y en perfecto estado de salud.- En fecha 13 de octubre de 2004 la niña es ingresada en el Hospital de Sant Pau, siendo la causa del ingreso sensación distérmica a irritabilidad de seis horas de evolución y el diagnóstico de síndrome febril, otitis media aguda bilateral y catarro de vías*

altas. Folios 43 y 44. Es dada de alta el 26 de octubre de 2004, pese a lo cual en su domicilio continúa con irritabilidad y poco apetito.- En fecha 2 de noviembre de 2004 Urpi es llevada a pediatría de zona por tos, pautándole un tratamiento, folio 217, acudiendo nuevamente te el día 10 de noviembre de 2004 por corresponderle visita de control. La pediatra detecta graves alteraciones en la niña, folio 218 a 222, acordando su ingreso en el Valle de Hebrón, donde, tras diversas pruebas, se le diagnostica hidrocefalia externa, hematoma subdural, hematoma subaracnoideo, hemorragias en astillas en ambos ojos, fracturas costales C5, C6 y C7, engrosamiento perióstico en húmero y fémur izquierdo compatibles con fase de consolidación de fracturas y línea fractura en la escama occipital, pronóstico grave.- Según los informes médicos, folio 48, folios 274 a 276 y folio 408, las fracturas costales y la fractura occipital datan de los días inmediatamente anteriores al ingreso hospitalario del día 10 de noviembre de 2004. Como consecuencia de estas lesiones precisó dos intervenciones quirúrgicas con colocación de drenaje y colocación de válvula craneal, hospitalización durante 51 días con ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos y 365 días impositivos en total para curación o estabilización, quedando como secuelas deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas muy grave, requiriendo una dependencia absoluta de otra persona, déficit de visión de ambos ojos y tetraparesia espástica de predominio en miembros inferiores, además de perjuicio estético importante. Folios 446 a 453 y 848 y 849.- Las lesiones correspondientes a la fractura del húmero, para cuya curación habría precisado tratamiento médico, datan de una dos semanas antes a la fecha del ingreso de 10 de noviembre de 2004, lo que las sitúa en los días 26, 28 o 28 de octubre.- Las lesiones correspondientes a la fractura del fémur izquierdo, para cuya curación también habría precisado tratamiento médico, datan de unas cuatro semanas antes del ingreso de 10 de noviembre de 2004, lo que las sitúa sobre el 12 de octubre de 2004.- Como consecuencia de estos hechos la Generalitat de Catalunya se ha hecho cargo de las funciones tutelares sobre la menor.»

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Condenamos a Nilton Vladimir Zúñiga Vargas como autor responsable de tres delitos de lesiones agravadas por ser la víctima menor de doce años, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena por cada uno de tres años y seis meses de prisión, así como indemnizar a Urpi Iset Zúñiga Vargas en la suma de trescientos mil euros y al pago de la mitad de las costas procesales, absolviéndole del delito de homicidio en grado de tentativa que se le imputaba y absolviendo también a Jane Georgina Mendivil Santa Cruz de todos los delitos por los que venía siendo acusada, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.- Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera aplicado en otras.»

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, por haber sido vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia del condenado.- Segundo. Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 147 y 148.3 del Código Penal.- Tercero. Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.- Cuarto. Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 147 y 148.3 del Código Penal, e inaplicación del artículo 152.1 del Código Penal, así como por concluirse los hechos como constitutivos de tres delitos de lesiones en lugar de dos.- Quinto. Infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 23 del Código penal como agravante.- Sexto. Renunciado.- Séptimo. Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales y a un proceso con todas las garantías.

5.- Instruidos el Ministerio fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto el primero se ha opuesto a todos los motivos salvo al último que apoya y la parte recurrida se ha opuestos al recurso en su totalidad; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 8 de octubre de 2008.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Bajo el ordinal tercero del escrito de recurso, se ha alegado quebrantamiento de forma por la denegación de una diligencia de prueba propuesta que había sido considerada pertinente. Pero se trata de la declaración de Felicia Mendivil, que no compareció en el acto de la vista y a la que renunciaron tanto el Fiscal como la acusación particular. Esta circunstancia hace que, en este momento, el único interés potencial en relación con esa prueba fuera el de la defensa. Es verdad, que el lamentable resultado de impunidad de una conducta grave y especialmente odiosa como la de esta causa, a que dará lugar la estimación del motivo que sigue, suscita la pregunta de si las acusaciones apuraron realmente la investigación de los elementos de cargo y en particular de si fue razonable su renuncia a la testigo aludida. Pero, a estas alturas del trámite, se trata de consideraciones meramente hipotéticas que nunca podrían incidir sobre el contenido del cuadro probatorio. Por eso, el motivo no puede acogerse.

*Segundo.* Invocando el art. 5,4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En apoyo de esta afirmación se argumenta que no existe prueba de alguna consistencia que permita poner las acciones causantes de las lesiones de la pequeña Urpi Iset a cargo de su padre, Nilton Vladimir Zúñiga Vargas, que es por lo que la sala de instancia, en la fundamentación de la sentencia, se expresa en términos evidenciadores de que se trata de un asunto controvertido y dudoso. Así, aun cuando, en principio, pudieran haber existido indicios de criminalidad a cargo de aquél, lo cierto es que las aportaciones al juicio no han permitido salir de esa situación, es decir, ir más allá de la sospecha. En particular, porque el cuidado de la niña, durante el tiempo en el que debieron haber sido causados los traumatismos, fue compartido por él y por Felicia Mendivil, tía materna de la misma, según admite ésta en sus declaraciones y resulta también del dato de que Nilton Vladimir no permanecía todo el tiempo en casa, por razones de trabajo y porque acudía al hospital en el que estuvo internada su esposa entre el 9 y el 22 de septiembre, el 9 y el 22 de octubre y el 25 de octubre y el 5 de noviembre, a diario –se dice– para visitarla.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que –salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos– es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, examinados con este criterio los antecedentes probatorios y el tratamiento dado a los mismos por la sala de instancia, resulta ineludible dar la razón al recurrente, en virtud de las consideraciones que siguen.

Las fracturas padecidas por la menor han sido datadas:

- costales y occipital días anteriores al 10 de noviembre de 2004;
- húmero izquierdo, en torno a los días 26-28 octubre 2004;
- fémur izquierdo, en torno al 12 de octubre de 2004.

De ello puede concluirse, en primer término, que resulta por demás racional, como ha hecho la sala de instancia, excluir a la madre de toda responsabilidad, dado que las reseñadas en segundo y tercer lugar corresponderían, con seguridad bastante, a fechas en las que ésta se hallaba hospitalizada; y es probable que también las primeramente indicadas.

Tras este descarte bien fundado, en línea de hipótesis, son dos las personas que mantuvieron con Urpi Iset un tipo de contacto que, objetivamente, habría facilitado la realización de acciones del tipo de las perseguidas, esto es, Nilton Vladimir y Felicia Mendívil.

Felicia Mendívil no ha sido acusada y, por ello, queda procesalmente al margen de este recurso. Pero su presencia en el domicilio y su relación con la pequeña, obligan a tener en cuenta ambos datos, ahora ya, a efectos meramente discursivos. No sólo porque así lo hace, con plena legitimidad, el recurrente; sino porque también lo hizo la Audiencia, debido a que, en términos de posibilidad estaba prácticamente incluida en el estrecho círculo de eventuales autores.

Entiende el tribunal que fue Nilton Vladimir quien cuidaba mayormente a la niña, pero, como bien razona la defensa, del contexto de datos resulta que Felicia Mendívil debió tenerla bastante tiempo a su cargo, durante las ausencias de Nilton Vladimir, por razón del trabajo y, también, cuando éste acudía a visitar a su esposa al centro hospitalario. En la oposición al recurso se dice que esto último es algo que ocurría a diario y no existe motivo alguno (desde luego la Audiencia no lo excluye) para cuestionarlo. Y hay que tener en cuenta que fueron tres los ingresos de aquélla, dos de 13 días y uno de 10 días de duración.

En la fundamentación de la sentencia, y para explicar que Felicia Mendívil no haya sido imputada se argumenta que, de haber sido ella la causante de las lesiones, Nilton Vladimir habría debido detectarlas. Pero este modo de discurrir carece de consistencia, pues lo cierto es que, según señala el recurrente y consta en los hechos, Urpi Iset tenía ya la fractura del fémur izquierdo (que también pudo haberle sido ocasionada estando en el centro) y, sin embargo, no fue advertida por los médicos de éste, y tampoco por el pediatra que la examinó el 2 de noviembre. Por tanto, el argumento es perfectamente reversible: si las lesiones hubieran sido ocasionadas por Felicia Mendívil, que –se insiste, en hipótesis– contó con oportunidades de hacerlo, Nilton Vladimir no tendría por qué haberse percatado de su existencia, dada la falta de cualificación técnica y la dificultad del diagnóstico.

Así las cosas, lo cierto es que el tribunal se decanta por declarar la responsabilidad de Nilton Vladimir argumentando que «era la persona que cuidaba preferentemente de la menor, lo que permite suponer» que de no haber sido él, además de haberlas constatado tendría que haberlas denunciado. Con lo que resulta, de un lado, que esta última no es razón, por lo que acaba de decirse; y que, al fin, lo que lleva a fallar en contra de aquél es que, en términos de probabilidad estadística, es quien dispuso de más ocasiones para lesionar a su hija.

Pero nada *prueba* que las hubiera utilizado con tal fin. De ahí que ese único dato hipotético no baste y no pueda constituir prueba de cargo suficiente, a falta de otros elementos de juicio de carácter eficazmente incriminatorio; y cuando sucede que del contexto de la sentencia resulta, además, que Nilton Vladimir habría tenido un comportamiento normal, el esperable de su condición de padre, que –sostiene también la defensa– en ausencia de su esposa, se encargó de llevar a la pequeña al médico en distintas ocasiones; según una afirmación que no puede cuestionarse y menos descartarse.

En definitiva, lo que se sigue del material probatorio considerado por la Audiencia es: *a*) que Urpi Iset sufrió las lesiones que se describen en los hechos de la sentencia; *b*) que Nilton Vladimir es su padre; *c*) que, por eso por y los reiterados ingresos hospitalarios de la madre, es,

no el único, pero sí quien permaneció más tiempo en compañía de aquella; *d*) que por estas circunstancias, Nilton Vladimir *pudo* haber sido el autor de los traumatismos.

Por tanto, es de ver que, entre los que se manejan en la sentencia, no hay ningún dato probatorio que permita pasar de esa afirmación en términos de posibilidad abstracta a la concreta atribución de responsabilidad del fallo. Así, el razonamiento de la sala presenta un claro déficit de racionalidad, pues los antecedentes acreditados no abonan la conclusión inculpatoria, que, por eso, como se ha visto, no aparece eficazmente justificada.

Es por lo que la sentencia no se ajusta al estándar de valoración de la prueba recogido en la jurisprudencia que se cita y el motivo debe acogerse. Pues por más que repugne la idea de que lesiones de esa entidad, perpetradas además sobre una niña de cortísima edad, puedan quedar impunes, lo cierto es que la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, en una situación de precariedad probatoria como la de esta causa, y la imposibilidad objetiva de salir ya de ella, hace que no exista otra alternativa practicable.

*Segundo.* La estimación de ese primer motivo hace innecesario entrar en el examen de los restantes.

### III. FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Nilton Vladimir Zúñiga Vargas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 18 de septiembre de 2007 que le condenó como autor de tres delitos de lesiones agravadas por ser la víctima menor de doce años, con la agravante de parentesco, y, en consecuencia, anulamos esta resolución.

Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## Cuestiones

1. Elementos que definen la presunción de inocencia.
2. ¿Cuáles son los requisitos válidos que se exigen para desvirtuar la presunción de inocencia?
3. En este caso, ¿se dan estos requisitos? Razona tu respuesta.

## Lección 13.<sup>a</sup> Medios concretos de prueba

- *Declaración del acusado*. No está expresamente prevista en la ley pero sí en la práctica (ART. 385 LECRIM, declaración sumarial; art. 46 LOTJ, interrogatorio del acusado). Se trata de un medio de defensa que permite al acusado declarar libremente. Las actitudes que puede adoptar el acusado son: 1) negativa a contestar; 2) contestación exculpatoria, contradictoria o falsa; 3) aceptación de responsabilidad.
- *Prueba testifical*. Mediante esta prueba se trata de obtener de terceros ajenos al proceso datos que resultan de interés y pueden servir al órgano sentenciador para formar su convicción sobre los hechos y responsabilidades.
- *Prueba pericial*. Medio de prueba concreto en virtud del cual una persona con conocimientos especializados que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos. Posibilidades que se plantean: 1) si la diligencia pericial realizada en el procedimiento preliminar no pudiera reproducirse como prueba en el acto de la vista del juicio oral, podría adquirir carácter de prueba preconstituida si realizándose con todos sus requisitos y garantías no fuera impugnada o se aportara contrapuesta con dicha intención y el perito se ratificara en su dictamen; 2) se puede proponer esta prueba «ex novo», es decir, sin que antes se hubiera practicado como diligencia de investigación; 3) los informes del perito deben rodearse, también, de todas las garantías de fiabilidad.
- *Prueba documental*. El documento es en la instrucción un acto de investigación que se convierte necesariamente en medio de prueba en la vista, pues es único y su contenido permanece invariable en el tiempo.
- *Prueba de inspección ocular*. Medio de prueba o de investigación directo, que consiste en que el órgano jurisdiccional examine el lugar donde se haya producido el delito o sitios colindantes, en los casos en que el delito necesita un lugar físico para cometerse.

### Esquema

- A) Declaración del acusado
  - a) Negativa a contestar
  - b) Contestación exculpatoria, contradictoria o falsa
  - c) Aceptación de responsabilidad
- B) Prueba testifical
  - a) Supuestos especiales
  - b) Características
  - c) Protección de testigos
  - d) Careo

C) Prueba pericial

*a)* Concepto

*b)* Particularidades

D) Prueba documental

*a)* Concepto

*b)* Supuestos

E) Prueba de inspección ocular

***Caso docente núm. 18. Pruebas incriminadoras: declaración de coencausado: alcance: aunque es prueba legítima desde la perspectiva constitucional, no constituye por sí misma actividad probatoria mínima para enervar la presunción de inocencia: a efectos de su validez como prueba de cargo mínima es preciso que su contenido quede mínimamente corroborado: se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen la veracidad de la declaración: la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso: la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado***  
(STC –Sala Primera– núm. 55/2005, de 14 de marzo)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Bamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado  
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente  
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 0365-2001, promovido por don José Antonio A. F., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Salamanca Álvaro y bajo la dirección de la Letrada doña Esther Luengo Triguero, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 13 de noviembre de 2000 (PROV 2001\ 48945), dictada en el rollo de apelación núm. 51-2000, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Zamora de 10 de abril de 2000, dictada en el procedimiento abreviado núm. 201/99, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

.....

**2** La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

- a) El Juzgado de lo Penal de Zamora, por Sentencia de 10 de abril de 2000, condenó, entre otros, al recurrente en amparo como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en domicilio habitado con la agravante de reincidencia a la pena de cinco años de prisión y accesorias legales y costas, al declarar probado que, junto con otros dos acusados, a primeras horas de la madrugada de un día de marzo de 1998, antes y próximo al día 27, se dirigieron a un chalet donde, tras saltar la valla que lo cerca y trepar hasta la terraza del primer piso, penetraron en su interior rompiendo una persiana y el cristal de una ventana, sustrayendo varios enseres y efectos que fueron llevados a la casa de la hermana del recurrente. Al día siguiente el recurrente y otro de los acusados volvieron al chalet y, con una llave de las que habían sustraído, penetraron en la vivienda y en el palomar, sustrayendo algunos productos alimenticios y tres palomas.

- b) La Sentencia afirma que la autoría del recurrente ha quedado acreditada a través de la prueba practicada en el acto del juicio, consistente en la declaración de los otros tres coimputados, que «[s]on declaraciones uniformes, concretas y exentas de contradicciones, por lo que han de ser estimadas como creíbles»; añadiendo que «[t]ampoco es cierto que él estuviera en prisión cuando se cometió el hecho, puesto que el robo se efectuó, como han declarado los otros acusados en marzo de 1998, sin precisar fecha, pero antes de que José Antonio fuera detenido, siendo precisamente este hecho el que motivó que fueran a sacar las cosas de su casa, siguiendo sus instrucciones, y sin duda temiendo un registro de la viviendas»; y concluyendo que «[l]a participación directa de José Antonio se considera pues plenamente acreditada, aunque no se encontrase en su poder ninguno de los efectos».
- c) El recurrente interpuso recurso de apelación alegando, entre otros motivos, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, con fundamento en que la única prueba de cargo es el testimonio de los otros coimputados, sin que exista ningún otro acervo probatorio para fundar la imputación penal, ya que ninguno de los efectos sustraídos fueron hallados en la casa de la hermana del recurrente o en cualquier otra de su propiedad y no existe prueba dactiloscópica que revele su participación en los hechos a pesar de que existían huellas aptas para su cotejo.
- d) La Audiencia Provincial de Zamora, por Sentencia de 13 de noviembre de 2000 (PROV 2001\ 48945) , desestimó el recurso, argumentando que «[e]n definitiva, se trata del testimonio unánime, coherente, claro, sin contradicciones de tres coimputados, que atribuyen al recurrente la participación de un hecho delictivo, habiendo relatado de forma pormenorizada la intervención que tuvo, los actos que realizó y su condición de principal instigador de los hechos. Por otro lado, cuando se le recibe declaración por primera vez en el Juzgado, habiéndole informado sobre su condición de imputado de los hechos delictivos, se limita a decir que cuando suceden los hechos estaba internado en el Centro Penitenciario de Topas, cuando ha quedado claro que los hechos sucedieron días antes de su ingreso en prisión».

**3** El recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836] ), con fundamento en que la única prueba de cargo son las declaraciones de los otros acusados, que han sido hechas para evitar la condena propia; insistiendo en que la inocencia ha de deducirse del hecho de hallarse preso el día en que ocurrieron los hechos; de la circunstancia de no haber sido encontrado efecto robado alguno en poder del recurrente; y de que, aun existiendo huellas dactilares, ninguna de ellas se acredita pertenezcan al recurrente.

**4** La Sección Segunda de este Tribunal acordó, por providencia de 7 de octubre de 2002, la admisión a trámite de la demanda de amparo y dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales competentes para el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en este procedimiento para comparecer en el mismo. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 18 de febrero de 2003 se acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

**5** El recurrente, en escrito registrado el 28 de febrero de 2003, presentó alegaciones en las que reitera la existencia de la vulneración aducida en el escrito de interposición de la demanda.

**6** El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 17 de marzo de 2003, interesó la desestimación del recurso de amparo, argumentando que la condena se ha fundamentado en la declaración unánime de tres coimputados en que se aportan datos específicos y concretos sobre los actos realizados de propia mano por el ahora recurrente, que son compatibles, en cuanto a las fechas en que los hechos se cometen, con la estancia en prisión del recurrente y que han de considerarse verosímiles no sólo por la unanimidad en el relato y la coherencia de su discurso, sino por datos complementarios derivados de su mismo contenido y efectos. Igualmente se destaca

que, en este caso, la existencia de corroboración mínima viene constituida por la declaración del inculcado y su valoración judicial, hecha de modo negativo en las Sentencias al no consistir sino en una manifestación de imposibilidad de hallarse en el lugar de los hechos el día del robo, lo que resulta no constatado en el sumario, haciéndose compatible, a través de la fijación de los hechos probados, la fecha en que ocurren los mismos y la estancia en prisión del recurrente. A lo que se añade que, aunque no se valore de modo específico en la Sentencia, en este apartado de corroboración de la autoría del recurrente podría ser incluido el testimonio en el acto del juicio oral del guardia civil en el que manifiesta que la participación del recurrente resultó de la declaración de los coimputados a su presencia, lo que constituye la prueba conocida como testimonio de referencia que, si bien, por sí solo, no supone elemento suficiente para condenar, sí sería válido como corroborador de las declaraciones inculcatorias.

...

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**1** El recurrente, bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]), plantea la cuestión de la suficiencia de las declaraciones de coimputados para enervar la presunción de inocencia, cuando son la única prueba de cargo en la que se fundamenta la condena.

Es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, en cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, que si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Debe añadirse que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores externos de corroboración (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero [RTC 2004\ 17], F. 3; 118/2004, de 12 de julio [RTC 2004\ 118], F. 2; o 147/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004\ 147], F. 2).

Igualmente se ha destacado, por un lado, que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril [RTC 2003\ 65], F. 5; o 152/2004, de 20 de septiembre [RTC 2004\ 152], F. 3); y, por otro, que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre [RTC 2002\ 181], F. 4; 65/2003, de 7 de abril [RTC 2003\ 65], F. 6).

Por tanto, en aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si dicho testimonio es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena, y si la inculcación contenida en la declaración del coimputado sobre la participación de un tercero cuenta con una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externos ajenos a la misma.

**2** En el presente caso, como ya ha sido expuesto en los antecedentes, la Sentencia del Juzgado de lo Penal afirma expresamente que la autoría del recurrente ha quedado acreditada a partir de la declaración de los otros tres coimputados, que «[s]on declaraciones uniformes, concretas

y exentas de contradicciones, por lo que han de ser estimadas como creíbles»; añadiendo que «[t]ampoco es cierto que él estuviera en prisión cuando se cometió el hecho, puesto que el robo se efectuó, como han declarado los otros acusados en marzo de 1998, sin precisar fecha, pero antes de que José Antonio fuera detenido, siendo precisamente este hecho el que motivó que fueran a sacar las cosas de su casa, siguiendo sus instrucciones, y sin duda temiendo un registro de la viviendas»; y concluyendo de todo ello que «[l]a participación directa de José Antonio se considera pues plenamente acreditada, aunque no se encontrase en su poder ninguno de los efectos».

Por su parte, la Sentencia de apelación ratificó la condena, argumentando que «[e]n definitiva, se trata del testimonio unánime, coherente, claro, sin contradicciones de tres coimputados, que atribuyen al recurrente la participación de un hecho delictivo, habiendo relatado de forma pormenorizada la intervención que tuvo, los actos que realizó y su condición de principal instigador de los hechos. Por otro lado, cuando se le recibe declaración por primera vez en el Juzgado, habiéndole informado sobre su condición de imputado de los hechos delictivos, se limita a decir que cuando suceden los hechos estaba internado en el Centro Penitenciario de Topas, cuando ha quedado claro que los hechos sucedieron días antes de su ingreso en prisión».

De todo ello se desprende, en primer lugar, que la única prueba de cargo sobre la que se sustenta la condena del recurrente era la declaración de tres coimputados. Y, en segundo, que los únicos elementos de corroboración aportados por las resoluciones judiciales –ante la insistencia del recurrente de que el día en que se cometieron los hechos estaba preso en el Centro Penitenciario de Topas, no ha sido hallado ningún efecto en su poder y no ha podido determinarse que ninguna de las huellas dactilares que se hallaron en el lugar le pertenecieran– han sido, por un lado, que son los tres coimputados los que le han incriminado en sus declaraciones; por otro, que dichas declaraciones eran estimadas como creíbles en atención a su carácter uniforme, concreto y exento de contradicciones; y, por último, que ha quedado acreditado que, frente a lo alegado por el recurrente, los hechos se cometieron días antes de su ingreso en prisión.

Por tanto, una vez evidenciado que las resoluciones judiciales han considerado enervada la presunción de inocencia del recurrente con fundamento exclusivo en la declaración incriminatoria de los otros tres coimputados, es necesario analizar con detenimiento si, en este caso, los elementos de corroboración mínima aportados por las resoluciones impugnadas pueden ser considerados, desde la perspectiva constitucional, como tales y, en su caso, si lo son en relación con la participación del recurrente en los hechos que en las declaraciones de los coimputados se le imputan.

**3** Las referencias incluidas en las resoluciones impugnadas a que fueran tres los coimputados que incriminaron al recurrente con sus declaraciones y a que dichas declaraciones fueran estimadas como creíbles por su carácter uniforme, concreto y exento de contradicciones no pueden servir, como ya ha sido expuesto más arriba, para entender colmada desde la perspectiva constitucional la exigencia de corroboración mínima. El hecho de que sean varios los coimputados que incriminen al recurrente no pueden enervar la desconfianza intrínseca que está en el origen de la insuficiencia como prueba de cargo única de la declaración de un coimputado, toda vez que, en última instancia, los testimonios de todos ellos se realizaron, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836] ), sin prestar juramento y, por tanto, no son elementos externos que sirvan de corroboración recíproca.

Igualmente, el hecho de que los órganos judiciales hayan razonado la credibilidad de la declaración de los coimputados en su carácter uniforme, concreto y exento de contradicciones, carece de relevancia a los efectos ahora discutidos, ya que tales elementos, como se destacó en las SSTC 233/2002, de 9 de diciembre (RTC 2002\ 233), F. 4, y 190/2003, de 27 de octubre (RTC 2003\ 190), F. 6, sólo pueden entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia, para lo que es necesario, previamente,

que dichas declaraciones cuenten con una corroboración mínima a partir de circunstancias, hechos o datos externos a las mismas.

Del mismo modo, tampoco es posible entrar a valorar en esta sede de amparo como posible elemento de corroboración el hecho puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones sobre la existencia del testimonio en el acto del juicio oral de un guardia civil que declaró sobre el contenido incriminatorio de los testimonios vertidos a su presencia por los coimputados, ya que, por un lado, dicha declaración de referencia en ningún momento fue incluida en las resoluciones impugnadas como elemento de corroboración; y, por otro, de la misma, en todo caso, lo único que cabría derivar es la existencia del contenido incriminatorio de los testimonios de los coimputados que, por otra parte, fueron ratificados a presencia judicial tanto durante la instrucción como en la vista oral, pero en ningún caso una corroboración externa de la veracidad de su contenido.

**4** Mayores dudas plantea que el testimonio del propio recurrente, al afirmar que estaba preso cuando los hechos tuvieron lugar, y que los órganos judiciales valoraron como carente de credibilidad por haber quedado suficientemente acreditado que no se corresponde a la realidad, pueda ser considerado como un elemento externo de corroboración mínima. Son dos los aspectos problemáticos que en el presente caso suscita este particular: por un lado, si la falta de credibilidad del relato alternativo exculpatario aportado por el recurrente es un elemento externo e independiente al contenido de las declaraciones de los coimputados; y, por otro, si la futilidad de la declaración de descargo del recurrente puede ser utilizada, en sí misma, como elemento de corroboración mínima en el concreto aspecto exigido por la jurisprudencia constitucional de la participación del recurrente en los hechos que se le imputan.

El análisis de la primera cuestión –si la falta de credibilidad del relato exculpatario del recurrente es un elemento externo e independiente al testimonio de los coimputados– exige verificar que las resoluciones impugnadas no hayan llegado a la conclusión de que no era cierto que el recurrente estuviera en prisión cuando se cometieron los hechos en virtud únicamente del propio contenido de las declaraciones de los coimputados, ya que, en tal caso, no podría afirmarse que dicha falta de credibilidad fuera un elemento externo e independiente al testimonio de los coimputados, en la medida en que se habría derivado de su propio contenido, lo que provocaría, en última instancia, que no fuera un elemento apto desde la perspectiva constitucional para dotar de suficiencia a la declaración de los coimputados como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.

En las resoluciones impugnadas se constata, por un lado, que en el relato de hechos probados contenido en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, y aceptado por la Sentencia de apelación (PROV 2001\ 48945) , no se concreta el día en que tuvieron lugar los hechos, afirmándose textualmente que «se dirigieron a primeras horas de la madrugada de un día de marzo de 1998, antes y próximo al día 27»; y por otro, que si bien la Sentencia de apelación se limita a afirmar en el fundamento de derecho tercero que «ha quedado claro que los hechos sucedieron días antes de ingresar en prisión», sin añadir ninguna consideración sobre cómo se ha alcanzado dicha convicción; sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal en el fundamento de derecho segundo argumenta que «[t]ampoco es cierto que él estuviera en prisión cuando se cometió el hecho, puesto que el robo se efectuó, como han declarado los otros acusados en marzo de 1998, sin precisar fecha, pero antes de que José Antonio fuera detenido».

En atención a lo expuesto se evidencia, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas han considerado acreditado que no era cierto que el recurrente estuviera en prisión cuando se cometieron los hechos con fundamento única y exclusivamente en la propia declaración de los coimputados sobre ese particular, ya que no se ha podido determinar mediante ningún tipo de actividad probatoria independiente a dichas declaraciones el concreto día en que sucedieron los hechos para, contrastándolo con las fechas en que el recurrente estaba en prisión, poder concluir autónomamente si era falsa o no la declaración de descargo del recurrente; y, en

segundo lugar, que, posteriormente, han utilizado esa conclusión sobre la falta de veracidad del testimonio de descargo del recurrente -se insiste, derivada exclusivamente del testimonio de los coimputados sobre que el día de los hechos el recurrente no estaba todavía en prisión- para, a su vez, considerar corroborado el testimonio de los coimputados en lo referido a que el recurrente participó en dichos hechos.

Por tanto, puesto de manifiesto que las resoluciones impugnadas han utilizado para considerar corroborada la declaración de los coimputados una circunstancia, como es la falta de veracidad de la declaración del recurrente, que tiene exclusivo fundamento, a su vez, en lo afirmado por los coimputados, no puede sino concluirse que este elemento carece del carácter externo e independiente al propio testimonio de los coimputados, que es necesario para poder ser tomado en consideración como posible elemento de corroboración desde la perspectiva constitucional.

**5** Al margen de lo anterior, y entrando con ello en el análisis del segundo aspecto problemático señalado, incluso asumiendo que hubiera quedado acreditada la falsedad del testimonio de descargo del recurrente, tampoco sería posible considerar que en este caso dicha circunstancia pueda ser utilizada, en sí misma, como elemento de corroboración mínima en el concreto aspecto exigido por la jurisprudencia constitucional de la participación del recurrente en los hechos que se le imputan.

En efecto, este Tribunal ya ha reiterado, con carácter general, que la futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad, tanto en relación con supuestos de pruebas de indicios (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre [RTC 1998\220], F. 6; 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002\155], F. 15; 135/2003, de 30 de junio [RTC 2003\135], F. 3), como haciéndolo extensivo a los supuestos de corroboración de las declaraciones de coimputados (STC 147/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004\147], F. 6). Sin embargo, como ya ha sido señalado con anterioridad, en los supuestos de declaraciones de coimputados el elemento de corroboración mínimo lo ha de ser en relación no con cualquier tipo de afirmación contenida en las mismas, sino con la concreta participación del acusado en los hechos que se le imputan. En ese sentido, en el supuesto planteado en la citada STC 147/2004 el amparo fue denegado porque el elemento de corroboración mínimo venía constituido por la declaración de varios testigos de que habían visto un coche de color negro que circulaba muy despacio en las inmediaciones del videoclub en que se produjo el robo y, precisamente, la futilidad del relato alternativo se produjo cuando por el recurrente se intentó dar una explicación del hecho de haber reconocido que tan sólo fue a llevar al autor material al videoclub pero no a esperarle mientras cometía el robo. Esto es, en ese caso la eficacia de la futilidad del testimonio del acusado no se afirmó como un elemento de corroboración de la declaración de coimputado, sino como un elemento que no impedía dotar de eficacia corroboratoria a los testimonios de los testigos que habían puesto en relación directa al recurrente con la participación que en el hecho le había atribuido el coimputado de que estuvo esperándole en el coche para facilitar la huida.

Frente a ello, en el presente caso el único elemento de corroboración mínima aportado por los órganos judiciales es la futilidad del testimonio de descargo sobre que el recurrente estaba en prisión el día de los hechos. Circunstancia que, en sí misma considerada, a lo sumo, podría servir para concluir de manera directa que no ha quedado acreditado el lugar en el que el recurrente estaba cuando se cometieron los robos, pero de la que no cabe extraer, como consecuencia lógica e inmediata, y tal como pretenden las resoluciones impugnadas, que quede corroborada la concreta participación que los coimputados atribuyen al recurrente en los hechos, ya que a partir de ella, y más allá de la declaración de los coimputados, ninguna conexión se puede realizar entre el recurrente y el lugar y el momento en que se produjeron tales hechos. En definitiva, que el recurrente hubiera mentado sobre dónde estaba el día de autos hubiera

servido para afirmar que su relato alternativo no era eficaz como prueba de descargo frente a un eventual elemento autónomo de corroboración mínima de la participación que en los hechos le imputan los coimputados. Sin embargo, en ausencia de ese eventual elemento autónomo de corroboración, no puede admitirse, desde la perspectiva constitucional, que se considere un elemento de corroboración mínimo en el concreto aspecto relativo a la participación que se le imputa.

**6** En conclusión, se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la única prueba de cargo en que se basó su condena fue la declaración de los otros tres coimputados, sin que se pusiera de manifiesto en las resoluciones impugnadas la existencia de elementos externos e independientes a dichas declaraciones que permitieran considerar mínimamente corroborada la participación del recurrente en los hechos que en ellas se le imputan; lo que determina, para el restablecimiento del derecho vulnerado, que deba acordarse la anulación de las Sentencias impugnadas únicamente en lo referido a la condena del recurrente.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar a don José Antonio A. F. el amparo solicitado y, en consecuencia:

**1º** Reconocer su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [ RCL 1978\ 2836]).

**2º** Anular la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 13 de noviembre de 2000 (PROV 2001\ 48945), dictada en el rollo de apelación núm. 51-2000, y la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Zamora de 10 de abril de 2000, dictada en el procedimiento abreviado núm. 201/99, únicamente en lo referido a la condena del recurrente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de marzo de dos mil cinco.-María Emilia Casas Baamonde.-Javier Delgado Barrio.-Roberto García-Calvo y Montiel.-Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.-Manuel Aragón Reyes.-Pablo Pérez Tremps.-Firmado y rubricado.

### *Voto particular*

*Que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 365-2001.*

Con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, discrepo del fallo estimatorio del recurso de amparo a que se ha llegado en esta Sentencia y justifico mi Voto particular en el sentido siguiente.

He de precisar que mi discrepancia se centra exclusivamente en el fundamento jurídico cuarto y, en concreto, en un único punto: en la determinación de si puede ser elemento externo de corroboración mínima la declaración del propio recurrente afirmando que estaba preso cuando los hechos tuvieron lugar, y que los órganos judiciales afirmaron como carente de credibilidad por haber quedado suficientemente acreditado que no se correspondía a la realidad. Lo que ocurre es que este desacuerdo implica que el fallo hubiera debido ser, a mi juicio, desestimatorio.

Ciertamente, hemos manifestado reiteradamente que las declaraciones incriminatorias de los coimputados, cuya valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter

testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Esta exigencia de corroboración responde a que la declaración de un coimputado es una prueba «sospechosa» (STC 68/2001, de 17 de marzo [RTC 2001\ 68], F. 5) cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE (RCL 1978\ 2836), que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (por todas, STC 233/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002\ 233], F. 3). Ello implica que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis efectuado caso por caso. Lo necesario es que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.

Es decir, los datos externos no tienen por finalidad acreditar la participación del recurrente en los hechos, sino corroborar la veracidad de los testimonios de los coimputados, eso sí, en relación con la participación de aquél en los hechos. Por ello lo exigible es su suficiencia para avalar dichos testimonios -en este caso tres-. Cuando dichas declaraciones son corroboradas con coincidente y precisa consistencia por la presencia de los referidos elementos externos, constituyen prueba de cargo suficiente, a los efectos de enervar la presunción de inocencia.

En definitiva, si como ocurre en este supuesto concreto, las resoluciones judiciales han considerado corroborados los testimonios de los coimputados por la declaración del propio recurrente, que aporta una única explicación defensiva a lo largo de todo el procedimiento (que estaba preso cuando los hechos tuvieron lugar, por lo que no pudo participar en los mismos), reputada falsa por quienes enjuiciaron aquéllos en la instancia y en apelación, al haber quedado suficientemente acreditado que no se correspondía con la realidad, no creo que pueda descalificarse la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales ordinarios en dichas instancias.

La futilidad de este relato alternativo no puede sustituir, desde luego, la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, pero sí servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad; por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, F. 6; 155/2002, de 22 de julio (RTC 2002\ 155), F. 15; 135/2003, de 30 de junio (RTC 2003\ 135), F. 3, y 47/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004\ 47), F. 3. Y, en este caso, si la circunstancia de que la única coartada del recurrente a lo largo de todo el proceso ha sido contrastada, no más o menos creíble, sino directamente falsa por los órganos judiciales, creo que puede considerarse suficiente a los efectos de la mínima corroboración externa de la versión coincidente de los coimputados, quedando así éstas habilitadas para constituirse en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Si a ello se añade que, tanto la declaración de los coimputados como el meritado elemento de corroboración (coartada falsa) se analizan explícitamente en las resoluciones judiciales, en un discurrir coherente y lógico que con base en tal acervo probatorio concluye razonablemente en la existencia de un acuerdo previo entre los acusados para ejecutar los hechos, precisamente a instancia y bajo la dirección del ahora recurrente, creo que puede y debe homologarse la conclusión jurisdiccional cuestionada, al agotarse con dichas constataciones las posibilidades de control de este Tribunal.

En su consecuencia, creo que debía haberse rechazado la existencia de una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, y haber procedido a la desestimación del amparo.

Madrid, a dieciséis de marzo de dos mil cinco.-Roberto García-Calvo y Montiel.-Firmado y rubricado.

## Cuestiones

1. ¿Puede el tribunal dictar una sentencia condenatoria con fundamento exclusivamente en las declaraciones efectuadas por los demás acusados en el acto del juicio oral?
2. ¿Qué requisitos se exigen para que en su caso pudieran valorarse como legítimas desde la perspectiva constitucional?
3. ¿Sobre qué derecho fundamental se está discutiendo y qué elemento en concreto se analiza?

# Lección 14.<sup>a</sup> Métodos probatorios y valoración

- Por *piezas de convicción* se entiende todos aquellos objetos inanimados que pudieran servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa uniéndose materialmente a ella o conservándose a disposición del tribunal (SSTS de 1 de febrero de 1983, 6 de abril de 1987).
- Por *documento* no debe entenderse únicamente como representación gráfica del pensamiento plasmada por escrito, sino cualquier instrumento mueble adecuado para incorporar señales expresivas de aquél y que lo reproduce más o menos fidedignamente.
- El *careo* se regula como complemento a las declaraciones de los testigos, remitiéndose los arts. 713 y 729 al procedimiento preliminar. Supone la confrontación de las declaraciones de los testigos o de los imputados entre sí, o de aquéllos con éstos, dirigido al esclarecimiento de la verdad de hechos o circunstancias de intereses para el proceso y respecto a los que las declaraciones contrastadas fueron discordantes.
- *Prueba indiciaria o presunciones*. Se admite siendo en realidad un método de prueba, un modo de valorar hechos debidamente acreditados en el proceso, que sin tener por sí carácter delictivo, permiten deducir otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad del acusado.
- El fundamento de las presunciones es la libre apreciación de las pruebas por el juez, que le permite valerse tanto de las pruebas directas (elementos constitutivos del tipo penal), como de las indirectas, que demuestran hechos circunstanciales al delito de los que se puede deducir racionalmente la comisión y responsabilidad por el delito.
- Requisitos que se exigen para su validez: 1) Materiales: *a)* Pluralidad de indicios; *b)* suficientemente probados por prueba lícita; *c)* han de ser coincidente; *d)* no deben ser desvirtuados; *e)* inferencias racionales y lógicas; *f)* conexión indicio-hechos; *g)* deducciones no arbitrarias. 2) Formales: *a)* concreción de los hechos indiciarios; *b)* conexión indicios-delito; *c)* garantiza recurso en caso de arbitrariedad, recurso de casación y recurso de amparo.
- Clases de indicios que pueden existir: 1) De presencia; 2) de capacidad para el delito; 3) de móvil; 4) de huida o actitud sospechosa; 5) de mala explicación o justificación; 6) de revelaciones posteriores, etc.
- *Injerencias corporales*. En ocasiones para obtener datos que ayuden al esclarecimiento de los hechos se hace necesario realizar determinadas injerencias en el propio cuerpo de la persona sospechosa, especialmente con la finalidad de determinar si sirve como instrumento para la comisión del delito o se hubiera podido éste cometer en el propio cuerpo. Estas injerencias realizadas en el procedimiento preliminar pueden ser prueba en el juicio oral, bien como tales, bien a través de otro medio de los considerados como una declaración testifical, documento, o pericial.

# Esquema

## A) Otros métodos probatorios para conformar la convicción judicial

*a)* Piezas de convicción y documentos

*b)* Careo

1) Presupuestos de adopción

*c)* Presunciones–indicios

1) Requisitos materiales

2) Requisitos formales

*d)* Injerencias corporales

1) Presupuestos de adopción

## B) La valoración de la prueba: el principio de la «convicción en conciencia» del art. 741 LECR

## C) Análisis comparado del principio en los ordenamientos procesales europeos

## Caso docente núm. 19

1) Lectura de referencia: VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., *Investigación y Prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 31-80

2) Prueba indiciaria, STC 137/2005 (Sala Segunda) de 23 de mayo

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente  
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7315-2003, promovido por don Juan Manuel G. G., representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y asistido por el Letrado don Pablo Freire Gómez, contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña núm. 245/2002, de 9 de octubre, confirmada en apelación por Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 89/2003, de 1 de septiembre, recaídas en procedimiento abreviado núm. 205/2000 por delitos contra la seguridad del tráfico y desobediencia. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. ANTECEDENTES

**1** Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de diciembre de 2004, don Argimiro Vázquez Guillén, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Juan Manuel G. G., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

**2** En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extracta:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña dictó en el procedimiento abreviado núm. 205/2000 la Sentencia núm. 245/2002, de 9 de octubre, en la que condenó al ahora recurrente en amparo, como autor de un delito continuado de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, previsto y penado en el art. 379, en relación con el art. 74, ambos CP (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), a las penas de multa de cinco meses y quince días de cuota diaria de seis euros, con un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas que dejare de pagar, con la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 53 CP, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por dos años, y, como autor de un delito de desobediencia a los agentes de la autoridad, previsto y penado en el art. 556 CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 21.2 CP, a la pena de seis meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole el pago de las costas causadas en el procedimiento.

b) En la mencionada Sentencia se declaran probados los siguientes hechos:  
«Ha resultado probado y así se declara que: Sobre las 4,37 horas del día 11 de septiembre de 1999, el acusado Juan Manuel G. G., mayor de edad, ejecutoriamente condenado por

conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas a las penas de 100.000 pesetas de multa y privación del permiso de conducir durante 3 meses y 1 día, por sentencia firme de 16.10.96, conducía el Audi 100 matrícula..., por la carretera AC-212 (Puente Pasaje-Fonteculler) en estado de intoxicación etílica, con notable disminución de su capacidad psicofísica hasta llegar a la altura del Km. 0,100 de la citada vía, término municipal de A Coruña, donde le fue practicada la prueba de impregnación alcohólica con un aparato marca Drager, modelo Alcotest 7110-E, núm. ARME-0060, dando un resultado de 0,77 miligramos del alcohol por litro de aire espirado, realizada una 2ª prueba, sobre las 4,45 horas, arrojó un resultado de 0,81 miligramos del alcohol por litro de aire espirado. Así mismo, se le apreciaron los siguientes síntomas que evidenciaban su estado: rostro pálido, ojos apagados, olor a alcohol muy fuerte de cerca y notorio a distancia y respuestas repetitivas.

Dado el resultado de las pruebas el vehículo del acusado fue inmovilizado notificándole a este (*sic*) la prohibición de pilotarlo, hasta que la referida inmovilización fuera levantada, pese a lo cual, condujo el turismo desatendiendo el mandato policial».

Respecto al delito continuado de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379, en relación con el art. 74, CP) el órgano judicial estimó acreditado tanto el elemento objetivo como el subjetivo del tipo penal. Aquél lo consideró constatado con los niveles de alcohol que fueron detectados a través de los tests de alcoholemia que se practicaron al ahora demandante de amparo, con resultados de 0,77 y 0,81 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, «lo que constituye un resultado positivo al exceder bastante del límite reglamentario autorizado», habiendo reconocido el acusado y ahora solicitante de amparo en el acto del juicio que había tomado vino y un chupito. El elemento subjetivo del tipo lo estimó acreditado el órgano judicial «por los signos externos que fueron apreciados en el conductor por los agentes de la Guardia Civil intervinientes, y entre los que destacan, rostro pálido, ojos apagados, capacidad de expresión con respuestas repetitivas y aliento con olor a alcohol muy fuerte de cerca, lo que así expresan en el atestado, que en prueba testifical, en el acto de la vista fue ratificado por los Agentes actuantes [...]» (Fundamento de Derecho Primero).

De otra parte, el delito de desobediencia lo consideró acreditado el Juez de lo Penal con base en «los testimonios que en el acto de la Vista emitieron los agentes de la guardia civil, que no obstante inmovilizarle el vehículo al acusado y sin haberse levantado la inmovilización, desatendió el mandato de los agentes. [...] Los referidos testimonios -concluye en este extremo la Sentencia- constituyen actividad probatoria suficiente, para llegar al convencimiento de que el acusado no atendió a las indicaciones de los agentes de la guardia civil, lo que evidencia la existencia de una conducta punible e incardinable en el delito de desobediencia» (Fundamento de Derecho Segundo).

- c) El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue desestimado por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 89/2003, de 1 de septiembre.

Respecto al delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas la Sala entendió que la Sentencia apelada no incurría en error alguno en la valoración de la prueba, ni en una interpretación errónea de los preceptos legales aplicables, dados los resultados de los tests de alcoholemia practicados al demandante de amparo, totalmente incompatibles, según las reglas de la experiencia científica, con una conducción mínimamente segura, así como por haber quedado patente la influencia negativa de la ingesta sobre las condiciones psicofísicas del conductor, según pudieron comprobar los agentes de la circulación que intervinieron en el atestado.

En relación con el delito de desobediencia la Sala consideró rechazable el argumento de que no había sido el acusado el que había conducido el turismo en el momento siguiente

a la movilización, a pesar de la clara y terminante orden que había recibido para que no lo condujera de nuevo hasta que se comprobase su estado de idoneidad para ello, «pues no tiene el respaldo probatorio más mínimamente fiable, yendo, además, contra toda lógica, su afirmación de que fue primero caminando hasta su casa, y regresó después con su mujer a recogerlo en un espacio de tiempo relativamente corto, cuando lo cierto es que él tenía la ineludible obligación de esperar a que su vehículo fuese desinmovilizado [ sic], con el correspondiente dominio de su conducta al respecto, siéndole por tanto, atribuible en ese concepto lo ocurrido acerca de la disposición del turismo, pese a la legítima orden en contra, y su nueva conducción sin estar en las debidas condiciones para ello, por lo que, en definitiva, se cumplieron los requisitos para la aplicación del art. 556 del Código Penal».

**3** En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca en ésta, frente a las Sentencias recurridas, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]).

a) En primer término se estiman en la demanda discutibles y cuestionables, aunque ya en sede del principio *in dubio pro reo*, al existir en este extremo alguna prueba, aunque insuficiente, las consideraciones que se realizan en las Sentencias sobre el grado de impregnación alcohólica y la sintomatología externa, para concluir apreciando que se ha cometido el delito tipificado en el art. 379 CP (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777), pues en este caso cabría preguntarse si el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica unido a la sintomatología externa es suficiente para condenar al recurrente en amparo con respeto a todas las garantías procesales.

Es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con el delito tipificado en el art. 379 CP que, cuando el elemento subjetivo se encuentra en los umbrales de la probabilidad (a partir de 0,75 mg de alcohol por litro de aire espirado, tal como establece la conocida STS de 22 de febrero de 1989 [RJ 1993\ 5885] ), hay que acudir necesariamente a la sintomatología externa para deducir la concurrencia o no del delito. Síntomas entre los cuales los más significativos son la deambulación, en este caso correcta y con completa estabilidad, y el habla, en este caso clara, siendo el resto de los síntomas apreciados no determinantes o significativos por cuanto su constatación puede obedecer a diversa etiología. Pues bien, en este supuesto ha sido la expresión verbal -repetición de frases o ideas- el único factor que en realidad ha llevado al órgano judicial al pleno convencimiento de esa manifiesta influencia del grado de impregnación alcohólica en la conducción.

b) De otra parte el demandante de amparo entiende que la condena por el delito de desobediencia y la apreciación de la continuidad delictiva en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas carecen de la más absoluta actividad probatoria, debiendo desplegar todos sus efectos en ambos aspectos el derecho a la presunción de inocencia con la consiguiente absolución por ambos delitos.

Las resoluciones judiciales impugnadas se fundan en este extremo en la presunción de que la inmovilización fue quebrantada por el ahora recurrente en amparo, presunción que basan en el hecho de que fue informado de que el vehículo quedaba inmovilizado y por la constatación por parte de otra patrulla de la Guardia Civil, tres horas y cinco minutos más tarde de haberse llevado a cabo la inmovilización, de que el vehículo ya no se encontraba en el lugar en que había sido inmovilizado, de lo que deducen o presumen que fue el propio acusado el que condujo quebrantando el mandato de la fuerza actuante, desarrollando la conducción además en mal estado.

Si no se ha probado que el acusado condujera el vehículo, quebrantando la inmovilización, mal se podría deducir de este indicio, que no pasa de ser una mera sospecha, que fue él precisamente el que lo efectuó y, además, que lo hizo en mal estado. Si de alguna manera su hubiera advertido que el acusado conducía el vehículo después de ser inmovilizado, por

los propios agentes del control preventivo o por los agentes del destacamento motorizado posterior que informaron de la ausencia del vehículo, o se demostrase de alguna otra manera que ello aconteció de esta forma, sí podría, en principio y con reservas, ya que habían transcurrido más de tres horas, deducir válidamente y presumir que el acusado condujo el vehículo en mal estado, dando pleno respaldo a la teoría de la continuidad delictiva. Pero ello no es lo que no acontece en este caso, en el que de la simple ausencia del vehículo sin otros datos de cargo se deducen todas las conductas típicas que llevan a los órganos judiciales a condenar al recurrente en amparo como autor de los referidos delitos.

Pero además es que en el acto del juicio depuso la esposa del ahora demandante de amparo manifestando que había sido ella la que se había llevado el vehículo. Por ello en absoluto resulta respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia la Sentencia de apelación, al no valorar ni tener presente la referida prueba testifical. Asimismo, frente a lo que al respecto se sostiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial, ha de tenerse en cuenta que desde el punto kilométrico donde se practicó el control hasta la casa del demandante de amparo apenas hay 1,0 Km., con aceras, no siendo por tanto ilógico o irracional que, tras el sometimiento a la prueba de alcoholemia, ni siquiera el acusado cogiera un taxi para llegar a su casa, pudiendo ir caminando perfectamente, lo que sería compatible de manera lógica y coherente con el hecho de que fuera su esposa quien recogió el vehículo tres horas más tarde por necesitarlo para ir a ver a su madre al hospital a Lugo.

En definitiva, lo que respecto a los delitos que ahora nos ocupan ha llevado a la condena del demandante de amparo no ha pasado de ser una mera posibilidad, que incluso activamente se contrarrestó con la práctica de la aludida prueba testifical, posibilidad que no es más que una entre otras muchas, y cuya elección por la jurisdicción ordinaria ha de estar perfectamente motivada para poder ser apreciada como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. En el presente caso se evidencia la existencia de diversas opciones, habiendo acogido los órganos judiciales la más desfavorable al reo, ya que el único dato que se ha probado era la falta del vehículo del punto de control a las 8:30 horas, sin que de ello se derive la existencia de una actividad probatoria que conlleve razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado.

Tras una extensa reproducción de la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Supremo sobre los requisitos que ha de reunir la prueba indiciaria para poder desvirtuar la presunción de inocencia, se afirma en la demanda de amparo que su aplicación conduce a estimar que las Sentencias recurridas han vulnerado de forma flagrante el mencionado derecho fundamental por indebida aplicación de la prueba de indicios, pues en este caso de los indicios probados, no supuestos o probables, no puede deducirse unívocamente el resultado al que han llegado los órganos judiciales.

En efecto han resultado probados los siguientes indicios: 1) que el acusado circulaba manejando mecanismos de dirección de su vehículo desplazándose hacia su domicilio el día de los hechos a las 4:37 horas con una tasa de alcohol en la sangre superior a la permitida por el art. 20 del Reglamento General de la Circulación (RCL 1992\ 219, 590) ; 2) que a consecuencia de ello el vehículo fue inmovilizado a las 5:25 horas; 3) que una patrulla comprobó a las 8:30 horas que el vehículo no se encontraba en el lugar de inmovilización. Pues bien, de tales indicios los órganos judiciales han deducido, no sólo que fue el acusado el que quebrantó la inmovilización conduciendo él mismo el citado vehículo, sino que, tres horas y media después, lo hizo con sus capacidades psicofísicas para conducir mermadas. Ello pese a haberse practicado en el acto de juicio la referida prueba testifical de la esposa del demandante de amparo. Es clara, en definitiva, la inconsistencia de los indicios probados para obtener el resultado al que se ha llegado en las Sentencias recurridas, pues aquéllos no conducen de forma unívoca e inequívoca a la conclusión alcanzada, que supone una inferencia excesivamente abierta e indeterminada.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de las Sentencias impugnadas, la suspensión de cuya ejecución se interesa de acuerdo con lo previsto en el art. 56.1 LOTC (RCL 1979\ 2383) .

**4** La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de noviembre de 2004, acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC (RCL 1979\ 2383) , dirigir sendas comunicaciones a la Audiencia Provincial de A Coruña y al Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 67/2003 y al procedimiento abreviado núm. 205/2000, debiendo el Juzgado de lo Penal emplazar previamente a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que si lo desearan pudieran comparecer en el plazo de diez días en este recurso de amparo.

**5** La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de noviembre de 2004, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC (RCL 1979\ 2383) , conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimasen pertinente sobre la suspensión solicitada.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala por ATC 38/2005, de 31 de enero, acordó conceder la suspensión solicitada en lo que se refiere a la pena privativa de libertad de seis meses de prisión, así como, en su caso, de la privación de libertad subsidiaria por impago de la multa y su accesoria legal de inhabilitación del derecho de sufragio, denegando la suspensión respecto de todo lo demás.

**6** Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 10 de febrero de 2005, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC (RCL 1979\ 2383).

**7** La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 7 de marzo de 2005, en el que sustancialmente reiteró la formuladas en la demanda.

**8** El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 17 de marzo de 2005, que, en lo sustancial, a continuación se resume:

a) En relación con la condena por el delito de conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas el Ministerio Fiscal sostiene que la queja del recurrente en amparo carece de fundamento a la vista de las pruebas que se describen en las Sentencias impugnadas. No sólo la tasa de alcoholemia detectada sobrepasaba los límites permitidos, como reconoce el demandante de amparo, sino que las Sentencias también recogen y aprecian datos, observados por los agentes que intervinieron en el atestado, tres de los cuales lo ratificaron en el juicio oral, descritos como «rostro pálido, ojos apagados, olor a alcohol muy fuerte cerca y notorio a distancia y respuestas repetitivas». Además el propio acusado reconoció en el acto del juicio oral «que tomó vino en la cena y un chupito». Son todas ellas pruebas de cargo, cuya validez nadie discute, que constituyen el mínimo de actividad probatoria exigible para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

A lo que añade el Ministerio Fiscal que el principio in dubio pro reo no constituye base de ningún derecho fundamental, ni puede compararse con el derecho a la presunción de inocencia, ya que se encuentra insito en los criterios valorativos que deben seguir los Jueces

cuando ponderan los elementos del delito, con independencia de que exista prueba válida para condenar (STC 16/2000 [RTC 2000\ 16]).

- b) Respecto a la condena por el delito de desobediencia el Ministerio Fiscal entiende que lo constatado y argumentado en las Sentencias recurridas es suficiente para comprobar que las deducciones (inferencias) que realizan los órganos judiciales no se asientan en hechos plenamente probados o verdaderos indicios, sino en meras conjeturas o suposiciones carentes de soporte probatorio alguno. Lo que tampoco modifica un examen completo de las actuaciones, del que resultan los siguientes datos: a) En el acto del juicio oral el acusado manifestó que «no recuerda que le inmovilizaran el vehículo. Que le dijeron que él no podía llevar el vehículo. El se fue andando a casa y su esposa volvió a coger el coche. No le dijeron hasta qué hora debía permanecer en el lugar. Cuando fue con su esposa a recoger el coche no había ningún agente». 2) También en el acto del juicio depusieron los Guardias Civiles: el identificado por L00076-J, entre otras cosas, dijo que «informó al acusado que el vehículo quedaba inmovilizado y se le apercibió de las causas en que podría incurrir. Que a los conductores a los que se les inmoviliza el vehículo [...] siempre se les da un número de teléfono para que avisen a la Guardia Civil para recoger el vehículo». Lo mismo manifestaron los otros dos Guardias Civiles. 3) La esposa del acusado afirmó en el juicio oral que «su esposo le contó lo que había pasado. Ella necesitaba el coche. Fue ella quien condujo el vehículo». 4) En la declaración del acusado ante el Juez dijo que volvió con su esposa a recoger el coche y que «al no ver a ningún guardia por allí entendió que el control había terminado y que podía retirar el coche» y que «lo condujo su mujer». Y, en fin, 5) el Guardia Civil dijo que «no se procedió a la colocación del inmovilizador mecánico ya que estos se habían agotado», a lo que añadió que por una pareja de Guardias Civiles se informó a la fuerza instructora que el implicado a las 8:30 horas se había ausentado en su vehículo quebrantando la inmovilización.

Las Sentencias impugnadas consideran probado que el acusado desobedeció la orden de inmovilización del vehículo porque, no obstante haber sido advertido de que no pilotara el vehículo hasta que fuera levantada la inmovilización, lo condujo desatendiendo la prohibición. Sin embargo no existe prueba alguna de que fuera el denunciado claramente advertido de que no debía moverse el vehículo del lugar de la inmovilización, ni siquiera por otra persona, hasta que lo autorizasen los agentes, ni mucho menos se ha acreditado que el acusado movilizara el coche conduciéndolo él mismo. Es más, tanto el acusado como su esposa aseguran que el coche fue retirado y conducido por esta última y no existe prueba alguna que fundamente otra cosa.

Tras reproducir la doctrina constitucional sobre los requisitos de la prueba indiciaria para poder desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 173/1997 [RTC 1997\ 173] y 135/2003 [RTC 2003\ 135]) el Ministerio Fiscal estima que en el presente supuesto los órganos judiciales pudieron conocer, a través de la prueba directa, que el denunciado había sido informado de que el coche quedaba inmovilizado y que se había producido posteriormente su movilización. Pero no contaron con indicios basados en hechos plenamente acreditados para poder inferir racionalmente que el acusado conocía que debía pedir a los agentes previa autorización para retirar el coche aunque lo condujera otra persona y, menos aún, para llegar a la conclusión de que una vez retirado el vehículo lo había conducido el propio denunciado, quien, además, todavía continuaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

- c) A juicio del Ministerio Fiscal tampoco concurre la base probatoria mínima para condenar por una continuidad (art. 74.1 CP [RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777]) en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379 CP), pues no se ha acreditado que el acusado movilizara el coche conduciéndolo, ni tampoco que se encontrase bajo los efectos del alcohol en tal momento. Se trata además de una forma tipológica (la continuidad del delito) cuya aplicación al presente caso no ha sido de manera alguna explicada o argumentada en las Sentencias impugnadas, de tal forma que se hace necesario suponer que ha sido

apreciada por los órganos judiciales por considerar éstos probado que el acusado, tras ser obligado a dejar el coche inmovilizado por los agentes de las autoridades, volvió a recogerlo y lo condujo de nuevo bajo los efectos de las bebidas alcohólicas ingeridas.

En consecuencia, concluye el Ministerio Fiscal, faltando prueba para concluir que la movilización la realizó el propio denunciado a sabiendas de que lo tenía prohibido, aunque el coche lo condujera otra persona, y no estando de manera alguna acreditado que la conducción del citado vehículo se realizara por el denunciado después de la movilización, resulta en tales extremos de la condena vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]), por lo que debe otorgarse el amparo y anular las Sentencias recurridas en lo que se refiere a la condena por el delito de desobediencia y por la continuidad en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia en instancia para que, sin apreciar la continuidad (art. 74.1 CP) del delito del art. 379 CP, el Juez señale las penas que correspondan por el dicho delito.

9 Por providencia de 19 de mayo de 2005, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 de mayo siguiente.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1 La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña núm. 245/2002, de 9 de octubre, confirmada en apelación por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 89/2003, de 1 de septiembre, que condenó al recurrente en amparo como autor de un delito continuado de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379, en relación con el art. 74, ambos CP [RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777]) y otro de desobediencia a los agentes de la autoridad (art. 53 CP).

El demandante de amparo imputa a las Sentencias recurridas la vulneración, por distintos motivos, del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]). Así, por lo que se refiere a la condena por conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sostiene, bajo la invocación conjunta de aquel derecho fundamental y del principio *in dubio pro reo*, que son insuficientes las pruebas de cargo tenidas en cuenta por las Sentencias impugnadas, dado el grado de impregnación alcohólica detectado mediante las pruebas de alcoholemia, próximo al límite permisible, y la sintomatología apreciada, que, a su juicio, no revelan la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades para la conducción del vehículo a motor. De otra parte el recurrente en amparo considera que la condena por el delito de desobediencia a los agentes de la autoridad y la apreciación de la continuidad delictiva en el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas carecen de la más absoluta prueba, pues los indicios probados no conducen de forma unívoca e inequívoca, tratándose, por el contrario, de una inferencia excesivamente abierta e indeterminada, a la conclusión alcanzada por los órganos judiciales, según la cual, no sólo fue él quien quebrantó la inmovilización del vehículo conduciéndolo, sino además que lo hizo con sus capacidades psicofísicas mermadas por la influencia de bebidas alcohólicas.

El Ministerio Fiscal estima que carece de fundamento la queja relativa la condena por el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, al existir prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia como se razona en las Sentencias recurridas. Sin embargo considera que la demanda debe prosperar respecto a la condena por el delito de desobediencia a los agentes de la autoridad y a la apreciación de la continuidad en el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ya que los órganos judiciales no contaron en este caso con indicios basados en hechos plenamente acreditados para poder inferir racionalmente que el demandante de amparo conocía que debía pedir a los agentes previa autorización para retirar el vehículo inmovilizado aunque lo condujera otra persona y, menos aún, para llegar a la conclusión de que, una vez retirado, lo había conducido él mismo, continuando además en este momento bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

**2** El examen de las cuestiones planteadas requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida recientemente en la STC 61/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\ 61) , sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba de indicios para desvirtuar dicha presunción:

- a) Como venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981\ 31) , el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre (RTC 1998\ 189) , «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (F. 2).

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia. De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de partir «de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Ni la Constitución nos atribuye tales tareas, que no están incluidas en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas».

- b) Por otro lado, según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre (RTC 1985\ 174), a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria.

Como se dijo en la STC 135/2003, de 30 de junio (RTC 2003\ 135), el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde del canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no lleva naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

**3** A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la primera de las quejas del recurrente en amparo, referida, bajo la invocación conjunta del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, a la insuficiencia de las pruebas en las que los órganos judiciales han fundado la condena por el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Respecto a este delito, tipificado en el art. 379 CP (RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777) , hemos declarado que «se trata de un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico, que, con independencia de los resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y que requiere, no sólo la presencia de una determinada concentración alcohólica, sino que además esta circunstancia influya o se proyecte sobre la conducción», ya que «el delito del art. 379 CP no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito. De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esta circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente habrá que realizar el juzgador, ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías» (STC 68/2004, de 19 de abril [RTC 2004\ 68], F. 2 y doctrina constitucional allí citada).

En el presente caso el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que en el acto del juicio se han practicado, como se exterioriza tanto en la Sentencia de instancia como en la de apelación, pruebas de cargo suficientes en relación con cada uno de los elementos que integran el mencionado delito, con base en las cuales los órganos judiciales han fundado la condena del ahora recurrente en amparo, sin que quepa apreciar atisbo alguno de irrazonabilidad o arbitrariedad en el discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que en este extremo se declara probado. En efecto, el elemento objetivo del tipo penal, esto es, la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica en el conductor del vehículo a motor, se estima acreditado en las Sentencias impugnadas por los resultados de los test de alcoholemia, que se han incorporado al acto del juicio, no sólo mediante la lectura del atestado, sino también a través de la declaración de uno de los agentes que intervino en su realización y que se ratificó en el mismo, arrojando dichas pruebas unos resultados que excedían bastante del límite reglamentariamente autorizado, así como por la propia declaración del ahora recurrente en amparo que reconoció la ingesta de bebidas alcohólicas. Por su parte el elemento subjetivo del delito, esto es, la afectación o influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas del demandante de amparo para la conducción del vehículo a motor, los órganos judiciales lo consideran acreditado a partir de los signos externos que fueron apreciados en el conductor por los agentes intervinientes y descritos en el atestado, ratificado en el acto del juicio por uno de ellos.

Así pues, ha de concluirse en relación con la queja que ahora nos ocupa que ha existido una actividad probatoria de cargo suficiente y producida con las debidas garantías, que ha quedado reflejada en las Sentencias recurridas, de la que los órganos judiciales han deducido razonada y razonablemente la culpabilidad del ahora demandante de amparo, por lo que ha de desestimarse en este extremo la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]), bajo cuya invocación el demandante de amparo, como el Ministerio Fiscal afirma, se limita a traslucir su discrepancia con la valoración de las pruebas realizadas por los órganos judiciales.

Para finalizar el análisis de este motivo del recurso de amparo ha de añadirse a lo dicho, en relación con la denunciada infracción del principio *in dubio pro reo*, que dicha alegación carece de trascendencia constitucional, ya que, como este Tribunal tiene declarado, si bien existe relación entre el derecho a la presunción de inocencia y aquel principio, siendo ambos una manifestación del más genérico *favor rei*, hay una significativa diferencia entre ellos, pues el principio *in dubio pro reo* entra en juego únicamente si existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal pese a que se haya practicado prueba válida

con las necesarias garantías. De este modo, desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en vía de amparo, el principio in dubio pro reo, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTC 63/1993, del 27 de marzo [RTC 1993\ 63], F. 4; 103/1995, de 3 de julio [RTC 1995\ 103], F. 4; 16/2000, de 16 de enero [RTC 2000\ 16], F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre [RTC 2003\ 209], F. 5; 61/2005, de 14 de marzo [RTC 2005\ 61], F. 4).

**4** La segunda de las quejas del recurrente en amparo, con base en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\ 2836]), se refiere a la condena por el delito de desobediencia a los agentes de la autoridad y por la apreciación de la continuidad delictiva en el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

En relación en primer término con la condena por aquel delito, ha de comenzar por señalarse que la Sentencia del Juzgado de lo Penal declara como hechos probados que «Dado el resultado de las pruebas el vehículo del acusado fue inmovilizado notificándole a este [sic] la prohibición de pilotarlo hasta que la referida inmovilización fuera levantada, pese a lo cual, condujo el turismo desatendiendo el mandato policial».

Así pues, ha de ser desestimada también esta queja del demandante de amparo.

**5** Y a la misma conclusión ha de llegarse respecto a la apreciación de la continuidad delictiva en el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 74 CP [RCL 1995\ 3170 y RCL 1996, 777]). Como el Ministerio Fiscal señala acertadamente en su escrito de alegaciones, aunque la aplicación de esta forma tipológica no aparece expresamente razonada en las Sentencias recurridas, su apreciación ha sido debida sin duda, como de aquéllas se desprende, por considerar probado los órganos judiciales que el ahora demandante de amparo condujo el vehículo al proceder a su retirada del lugar en el que se encontraba inmovilizado y que además lo hizo bajo los efectos de las bebidas alcohólicas ingeridas.

Pues bien, en relación con el elemento fáctico en el que se sustenta la apreciación de la continuidad delictiva, esto es, la conducción por el recurrente en amparo del vehículo al retirarlo del lugar en el que se encontraba inmovilizado, efectuada, además, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no ha existido prueba de cargo directa, y, por lo que se refiere a la prueba indiciaria de la que se han valido los órganos judiciales, ha de considerarse la inferencia a la que han llegado excesivamente abierta, vaga e indeterminada, sin que, por lo demás, el razonamiento que lleva a concluir que fue el demandante de amparo quien condujo el vehículo, haciéndolo además bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pueda estimarse lógico, pues de ninguno de los indicios se infiere tal conclusión.

En efecto, de los hechos plenamente acreditados tomados como indicios, es decir, la conducción por el demandante de amparo de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la inmovilización del mismo y su retirada sin la preceptiva autorización del lugar en el que se encontraba inmovilizado por el demandante de amparo y su esposa, no cabe deducir necesariamente que fue el ahora recurrente en amparo quien lo condujo en el momento de retirarlo, ni, menos aún, que lo condujo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La inferencia alcanzada por los órganos judiciales respecto a la apreciada continuidad delictiva resulta inadmisibles en términos constitucionales, tanto desde el enfoque de su lógica o coherencia, en tanto los indicios acreditados no llevan naturalmente a la conducta que se atribuye al demandante de amparo, como desde el punto de vista del grado de solidez requerido, pues la conclusión que de aquella inferencia se deriva resulta excesivamente abierta, endeble e indeterminada, máxime si, al contrario de lo que se hizo, se hubiera tenido en cuenta los contraindicios aportados por el ahora demandante de amparo, en concreto, la declaración prestada por su esposa en el acto del juicio, quien, corroborando la versión del recurrente en amparo, manifestó que

había sido ella quien había conducido el vehículo al retirarlo del lugar en el que se encontraba inmovilizado.

En consecuencia ha de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo respecto a la apreciación por los órganos judiciales de la continuidad delictiva en el delito de conducción de vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente demanda de amparo y, en su virtud:

**1º** Declarar vulnerado el derecho del demandante de amparo a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978\2836] ), en cuanto a su condena por la continuidad en el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y por el delito de desobediencia.

**2º** Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de A Coruña núm. 245/2002, de 9 de octubre, y de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 89/2003, de 1 de septiembre, recaídas en el procedimiento abreviado núm. 205/2000, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las Sentencias mencionadas para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental violado.

**3º** Desestimar la demanda en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil cinco.-Guillermo Jiménez Sánchez.-Vicente Conde Martín de Hijas.-Elisa Pérez Vera.-Eugeni Gay Montalvo.-Ramón Rodríguez Arribas.-Pascual Sala Sánchez.-Firmado y rubricado.

## Cuestiones

1. ¿Qué son los indicios?
2. ¿Cuál es el fundamento de la prueba indiciaria? Requisitos materiales y procesales que exige la jurisprudencia para admitirla.
3. Clases de presunciones.

## ***Caso docente núm. 20***

Lectura de referencia: RAMOS ALONSO, J. V., La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal, Diario La Ley, nº 7364, Sección Doctrina, 17 Mar 2010, Año XXXI, Editorial La Ley

### **Cuestiones**

1. Presupuestos necesarios para la adopción de una medida que pueda suponer una injerencia corporal.
2. Enumera las medidas que se pueden adoptar y que implican una injerencia corporal.
3. ¿Qué sucede si el sospechoso, detenido o imputado se niega a permitir la toma de una muestra biológica en su cuerpo?

# III. FORMULARIOS

**1. Título: DECLARACIÓN TESTIFICAL ANTICIPADA AL JUICIO ORAL**

**Emisor:** Abogado

**Texto**

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° \_\_\_\_\_**

D. \_\_\_\_\_ Procurador de los Tribunales, en nombre de D. \_\_\_\_\_ cuya representación consta acreditada en las Diligencias Previas n° \_\_\_\_\_ ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **D I G O:**

Que, mediante el presente escrito esta parte solicita del Juzgado a que a tenor de lo previsto en el art. 777 de la LECRIM, se proceda a recibir declaración testifical a D. \_\_\_\_\_, documentándose dicha declaración en soporte acto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen y ello con intervención de las parte. Tal solicitud se realiza teniendo en cuenta que D..... es el único testigo de estos hechos y tiene su residencia habitual en Canadá, encontrándose en España casualmente, por lo que existe motivo suficiente para pensar que la prueba no pueda practicarse en el acto de juicio oral.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito y sus copias, y conforme se solicita ase acuerde la practica de la declaración testifical de D. \_\_\_\_\_ en la forma prevista en el art. 777.2 de la LECRIM.

*(Lugar y Fecha)(Firma de Letrado y Procurador)*

## **2. TÍTULO: PRUEBA CIVIL: ESCRITO POR EL QUE SE SOLICITA A LA OTRA PARTE LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS**

**Emisor:** Abogado

### **Texto**

#### **Escrito por el que se solicita a la otra parte la exhibición de documentos**

#### *SOLICITUD DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS*

(Señas de la parte solicitante)

(Identificación del proceso civil pendiente entre las partes y del órgano judicial que conoce del mismo)

Sr. Don \_\_\_\_\_ (señas de la parte a quien se solicita la exhibición):

- 1) Como usted conoce, entre nosotros se sigue el juicio declarativo (ordinario o verbal) de referencia, que está tramitándose ante el Juzgado arriba indicado, y en el cual yo intervengo en la condición de parte (demandante o demandada) y usted en la de parte (demandante o demandada).
- 2) En dicho juicio declarativo, y al efecto de acreditar la veracidad de ciertas alegaciones fácticas en las que se sustenta mi escrito de (demanda o, en su caso, contestación a la demanda), necesito conocer el original del siguiente documento (descripción detallada del mismo, o aportación de una copia simple del mismo si el solicitante dispusiere de ella), que obra en poder de la parte (contraria al solicitante).
- 3) El art. 328 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), autoriza a las partes procesales a solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

En el presente caso, y en relación con el documento antes reseñado, concurren dichos requisitos, por cuanto \_\_\_\_\_ (justificación de que el documento se refiere al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba).

Por ello, en virtud de lo expuesto, solicito de usted que proceda a exhibir dicho documento ante la Secretaría Judicial para que el mismo quede unido a los autos, advirtiéndole de que, en caso de negativa injustificada a hacerlo, instaré del tribunal la adopción de las medidas previstas en el art. 329 LEC.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma del solicitante

**3. TÍTULO: PRUEBA CIVIL: PRÁCTICA CONJUNTA DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y EL PERICIAL:** Escrito por el que se solicita la práctica sucesiva de ambas pruebas

**Emisor:** Abogado

**Texto**

*Práctica de la prueba testifical o del interrogatorio de las partes acto seguido al reconocimiento judicial*

**Escrito por el que se solicita la práctica sucesiva de ambas pruebas**

Al Juzgado de Primera Instancia \_\_\_\_\_  
(Nombre y apellidos del solicitante), cuyas circunstancias constan ya en el juicio (ordinario o verbal) núm... que se sigue ante este Juzgado, y en el que esta parte interviene en la condición de (demandante o demandado), ante el Juzgado comparezco en mi propio nombre y derecho, y, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, formulo SOLICITUD DE PRÁCTICA SUCESIVA DE LAS PRUEBAS DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y TESTIFICAL (O INTERROGATORIO DE LA PARTE CONTRARIA), al amparo del art. 357 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La presente solicitud se fundamenta en los siguientes:

**HECHOS**

1) En el presente juicio declarativo, y al efecto de acreditar la veracidad de ciertas alegaciones fácticas en las que se sustenta mi escrito de (demanda o, en su caso, contestación a la demanda), propuse en el momento procesal oportuno la prueba de reconocimiento judicial de \_\_\_\_\_ (descripción del lugar, cosa o persona a reconocer), así como la prueba testifical a cargo de Don \_\_\_\_\_ para que testificase acerca de (descripción del objeto de la pericia)

2) Ambos medios de prueba fueron admitidos a trámite por el Juzgado al que se dirige el presente escrito, mediante resolución de fecha..., en la que se señaló para la práctica de la mencionada prueba de reconocimiento judicial el día..., a las... horas.

A los descritos hechos son de aplicación los siguientes:

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El art. 357 LEC autoriza a las partes procesales a solicitar del tribunal la práctica sucesiva del reconocimiento judicial y de la prueba testifical cuando la vista del lugar o de las cosas o personas objeto de reconocimiento pueda contribuir a la claridad del testimonio del testigo.

En el presente caso concurre el transcrito requisito legal, por cuanto \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ (exposición de las razones por las cuales la presencia física del  
testigo en el lugar donde vaya a procederse al reconocimiento contribuirá a la  
claridad de su testimonio, lo que fundamentalmente se deberá a la inmediatez  
existente entre el objeto del testimonio y el lugar en que tiene lugar el recono-  
cimiento).

En virtud de lo expuesto,

#### SOLICITO

Que sea admitida a trámite la presente solicitud de práctica sucesiva de las  
pruebas de reconocimiento judicial y testifical, otorgando a la misma la trami-  
tación prevista en el art. 357 LEC.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma del solicitante

#### **4. TÍTULO: SOLICITUD DE PRUEBA RADIOLÓGICA. MENORES PROCESO PENAL**

**Emisor:** Administraciones, otras

##### **Texto**

Guardia Civil de \_\_\_\_\_  
Comandancia nº \_\_\_\_\_

*(Lugar y fecha)*

En virtud de diligencias instruidas con nº \_\_\_\_\_ por encontrarse el menor \_\_\_\_\_ . En desamparo y encartado en un supuesto delito de robo con fuerza en las cosas, a solicitud del Centro de Menores y para su posterior ingreso, se solicita de Vd se le practique prueba radiológica para la determinación de su edad, ya que el mismo carece de documentación oficial que así lo certifique.

El Instructor

A/A Sr. Director del Hospital de \_\_\_\_\_

## 5. TÍTULO: PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: ESCRITO POR EL QUE SE PROPONE LA TACHA DE TESTIGOS

**Emisor:** Abogado

### Texto

#### PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL:

Escrito por el que se propone la tacha de testigos

Al Juzgado de Primera Instancia \_\_\_\_\_

(Nombre y apellidos del solicitante), cuyas circunstancias constan ya en el juicio (ordinario o verbal) núm \_\_\_\_\_ que se sigue ante este Juzgado, y en el que esta parte interviene en la condición de (demandante o demandado), ante el Juzgado comparezco en mi propio nombre y derecho, y, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, formulo TACHA CONTRA EL TESTIGO DON \_\_\_\_\_ al amparo de los arts. 377 a 379 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La presente solicitud se fundamenta en los siguientes:

#### HECHOS

Único. En el presente juicio declarativo, y al efecto de acreditar la veracidad de ciertas alegaciones fácticas en las que se sustenta el escrito de (demanda o, en su caso, contestación a la demanda) de la parte contraria, la misma propuso en el momento procesal oportuno, siendo admitida a trámite, la prueba testifical a cargo de Don \_\_\_\_\_ quien ha de declarar acerca de (descripción de los hechos objeto de la prueba), y estando señalado el comienzo del juicio (o vista) oral para el próximo día \_\_\_\_\_. A los descritos hechos son de aplicación los siguientes:

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

El art. 377.1 LEC permite formular la tacha de testigos cuando concurra alguna de las causas de pérdida objetiva de imparcialidad que se contemplan en el mismo.

Pues bien, con respecto al mencionado testigo Don \_\_\_\_\_ concurre la causa prevista en el número \_\_\_\_\_ es decir, la consistente en \_\_\_\_\_.

Para acreditar dicho extremo se acompaña al presente escrito \_\_\_\_\_ (descripción del documento o certificación que se acompañe).

En virtud de lo expuesto,

**SOLICITO**

Que sea admitida a trámite la presente formulación de tacha en contra del testigo Don \_\_\_\_\_ otorgando a la misma la tramitación prevista en el art. 379 LEC.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma del solicitante

## **6. TÍTULO: PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL: ESCRITO DE PROPOSICIÓN DE DILIGENCIAS FINALES.**

**Emisor:** Abogado

### **Texto**

#### **PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL:**

##### **Escrito de proposición de diligencias finales**

Al Juzgado de Primera Instancia

Don \_\_\_\_\_ Procurador de los Tribunales, cuyas circunstancias constan ya en el juicio ordinario núm... que se sigue ante este Juzgado, y en el que mi representado interviene en la condición de (demandante o demandado), ante el Juzgado comparezco y, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, formulo ESCRITO DE PROPOSICIÓN DE DILIGENCIAS FINALES, al amparo de los arts. 435 y 436 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El presente escrito de proposición se presenta dentro del plazo previsto en el art. 434.1 LEC para dictar la sentencia, que se inició el día \_\_\_\_\_ según se notificó a esta parte mediante diligencia de fecha \_\_\_\_\_.

#### **PRUEBAS QUE SE PROPONEN**

En concreto, las pruebas cuya admisión y práctica como diligencias finales se propone son las siguientes:

1ª) Testifical, al amparo del art. 435.1.1ª LEC.

Se propone la prueba testifical, a practicar en la persona de Don \_\_\_\_\_ con domicilio en \_\_\_\_\_ a quien se interrogará sobre los hechos relativos a \_\_\_\_\_ (descripción del hecho de que se trate), hechos que por guardar relación con lo que constituye el objeto del presente proceso hacen que la prueba testifical propuesta sobre los mismos resulte pertinente.

Dicha prueba testifical no pudo proponerse en tiempo y forma por esta parte en el momento procesal ordinariamente previsto para su práctica, por cuanto que, según se acredita en el acta notarial que se acompaña al presente escrito, otorgada en fecha \_\_\_\_\_ dicho testigo sí intervino decisivamente en los hechos enjuiciados, extremo el citado que esta parte no pudo tener en consideración en absoluto dado que \_\_\_\_\_. De ahí que la prueba propuesta reúna las exigencias contempladas en el art. 435.1.1ª LEC.

2ª) Pericial, al amparo del art. 435.1.2ª LEC.

Se propone la prueba pericial consistente en el análisis de las sustancias causantes de los desperfectos en la mercancía a que se refiere el escrito de demanda de esta parte, a cargo de un perito con titulación de \_\_\_\_\_.

Dicha prueba pericial fue propuesta por esta representación en el momento procesal oportuno, y admitida a trámite por el tribunal ante el que se sigue el presente proceso (por lo que no cabe dudar acerca de su pertinencia). Sin embargo, la misma nunca llegó a practicarse por causas ajenas totalmente a la voluntad de esta parte, cuales fueron, como el tribunal bien conoce, la negativa de la parte (contraria) a facilitar muestras de la sustancia necesitada de dicho análisis pericial. De ahí que la prueba propuesta reúna las exigencias contempladas en el art. 435.1.2ª LEC.

3ª) Reconocimiento judicial, al amparo del art. 435.1.3ª LEC.

Se propone la prueba de reconocimiento judicial del almacén propiedad de Don \_\_\_\_\_ sito en \_\_\_\_\_ al objeto de comprobar que (descripción de lo que haya de ser el objeto y finalidad del reconocimiento judicial), lo que guarda una evidente relación con lo que constituye el objeto del presente proceso de cara a concluir en su pertinencia.

La existencia de dicho almacén ha sido desconocida por esta parte hasta fechas muy próximas, en la que tuvo conocimiento de su existencia por las declaraciones prestadas por Don \_\_\_\_\_, en \_\_\_\_\_, quien hasta ahora había negado que las sustancias dañosas estuviesen todas ellas depositadas en un lugar en concreto. De ahí que la prueba propuesta reúna las exigencias contempladas en el art. 435.1.3ª LEC.

4ª) Interrogatorio de la parte contraria, al amparo del art. 435.2 LEC.

Finalmente, se propone el interrogatorio de la parte (contraria), quien habrá de declarar sobre los hechos relativos a \_\_\_\_\_ (descripción del hecho de que se trate), hechos que por guardar relación con lo que constituye el objeto del presente proceso hacen que la prueba testifical propuesta sobre los mismos resulte pertinente.

En aras a la acreditación de los tales hechos, como es sabido, esta parte propuso anteriormente este mismo medio de prueba, el cual fue admitido a trámite y practicado en su momento procedimental oportuno, sin que se llegara a ningún resultado concluyente, dada la negativa de la parte interrogada, basada en \_\_\_\_\_, a reconocer que \_\_\_\_\_. Sin embargo, a la vista de los hechos nuevos de los que esta parte ha tenido conocimiento, y sobre los que antes se ha propuesto la práctica de la prueba de reconocimiento judicial, es evidente que la parte (contraria) ya no puede

ahora sostener esas mismas declaraciones, que se manifestarían flagrantemente contradictorias con la existencia de esos nuevos hechos. De ahí que la prueba propuesta reúna las exigencias contempladas en el art. 435.2 LEC.

En virtud de lo expuesto,

**SOLICITO**

Que sea admitido a trámite el presente escrito de proposición de diligencias finales y los actos de prueba que se proponen en el mismo, otorgando al mismo la tramitación prevista en el art. 436 LEC.

En \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

## **7. TÍTULO: SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA DE DECLARACIÓN TESTIFICAL ANTES DE LA INICIACIÓN DEL PROCESO**

**Emisor:** Abogado

### **Texto**

#### **AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**

D./D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D./D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_, mayor de edad, de profesión \_\_\_\_\_ con domicilio en \_\_\_\_\_, calle núm. \_\_\_\_ puerta \_\_\_\_ (se puede hacer constar Tel/Fax y e-mail, a efectos de notificaciones), según acredito mediante copia de escritura pública que solicito, una vez testimoniada en autos, me sea devuelta por precisarla para otros usos, comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en Derecho, bajo la dirección técnica del Letrado D./D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, con despacho profesional en \_\_\_\_\_ y DIGO:

Que por la presente, y siguiendo las expresas instrucciones de mi representado/a formula solicitud de anticipación de prueba previa al correspondiente juicio ordinario que se interpondrá en su día contra D./D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ vecino/a de \_\_\_\_\_, con domicilio en la calle \_\_\_\_\_, número \_\_\_\_\_, puerta \_\_\_\_\_, en reclamación de \_\_\_\_\_, y ello sobre la base de los siguientes

#### **HECHOS**

Primero.- Que esta parte presentará en su día demanda en reclamación de ..... contra D/D<sup>a</sup> .....

Segundo.- Que el testigo D/D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, del que esta parte intentará su declaración por ser el único conocedor directo de los hechos, se encuentra en un delicado estado de salud que le impide ausentarse de su domicilio y existe riesgo evidente dada su enfermedad de \_\_\_\_\_ de que no pudiera asistir al correspondiente acto de juicio, siendo su declaración fundamental para las posiciones de esta parte.

Tercero.- Que el Juzgado al que me dirijo tiene competencia objetiva y territorial para el conocimiento de la futura demanda.

Como fundamento de los anteriores hechos se adjuntan a la presente demanda los siguientes DOCUMENTOS:

- a) Con relación al primer hecho, se adjunta como DOCUMENTO nº Uno se adjunta \_\_\_\_\_.
- b) En relación al segundo y tercer hechos, se adjuntan a la presente solicitud los siguientes documentos \_\_\_\_\_.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que establece el artículo 293 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: «1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. 2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto».

Segundo.- Que establece el artículo 294,1 de la misma Ley que «la proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada una de ellas, exponiendo las razones en que se apoye la petición».

Tercero.- Que según el artículo 364,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «si por enfermedad u otro motivo de los referidos en el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169, el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomársele declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal. A la declaración podrán asistir las partes y sus Abogados, y, si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado».

En su virtud,

#### SUPLICO AL JUZGADO:

Que teniendo por presentada esta solicitud junto con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirla y tenerme por personado y parte en la representación que ostento y por formulada petición de la prueba anticipada de declaración testifical previo al JUICIO ORDINARIO contra D./D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ a quien deberá darse traslado de

la presente solicitud y acordar el interrogatorio domiciliario del testigo D/D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ con residencia en \_\_\_\_\_ ante el Juez o miembro del tribunal que corresponda, en presencia del secretario judicial, y de esta parte, salvo que el tribunal acuerde que dicho interrogatorio se celebre sólo a presencia del tribunal y del secretario judicial, en cuyo caso se solicita expresamente se de traslado de la resolución pertinente para presentar pliego de preguntas.

Es de justicia que pido en \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Firma y número del Letrado

Firma del Procurador

# IV. CUESTIONARIO

## Capítulo I

### Introducción a la prueba

#### *Lección 1.ª Concepto y clases de prueba*

1. Concepto de prueba.
2. ¿La finalidad de la prueba es alcanzar la verdad?
3. ¿Qué es la prueba preconstituida?
4. ¿Es correcto calificar una prueba como semiplena?
5. Enumere las pruebas que se pueden clasificar como reales y las personales.
6. ¿Qué es una prueba directa? ¿E indirecta? Ponga un ejemplo de cada una.

#### *Lección 2.ª Objeto, determinación y carga de la prueba*

1. ¿Cuál es el objeto de la prueba?
2. ¿En qué consiste el tema de prueba?
3. En el proceso, ¿deben probarse todos los hechos afirmados por las partes?
4. ¿Puede un juez entender que no es necesaria la prueba de un hecho por considerar que es suficientemente conocido?
5. ¿Qué hechos están eximidos de prueba?
6. ¿Las partes deben probar las normas jurídicas que consideran aplicables al caso?
7. ¿Qué es la carga de la prueba?
8. ¿En qué sentido la carga de la prueba tiene un diferente tratamiento en el proceso civil y en el proceso penal?

#### *Lección 3.ª Fuentes y medios de prueba*

1. Distinción entre fuente y medio de prueba.
2. Enumere los medios de prueba.
3. Esta enumeración, ¿debe ser taxativa?
4. ¿Por qué motivos la valoración de la prueba en el proceso civil es mixta?
5. ¿Quién, cuándo y cómo proponen los medios de prueba?
6. ¿A quién corresponde la admisión de los medios de prueba? ¿Con qué criterios se toma dicha decisión?
7. ¿Cuándo y dónde se practica la prueba?
8. El juez o Tribunal, ¿debe estar presente en la práctica de la prueba?
9. ¿Rige el principio de contradicción en la práctica de la prueba?
10. ¿En qué consiste el aseguramiento de prueba? ¿Se puede asegurar todo tipo de prueba?

## Capítulo II

### La prueba en el proceso civil

#### *Lección 4.ª Interrogatorio de partes*

1. ¿Puede un colitigante solicitar el interrogatorio de otro colitigante?
2. ¿Se puede interrogar a una tercera persona si los hechos sobre los que debe versar el interrogatorio no son personales de la parte?

3. Interrogatorio de las personas jurídicas.
4. ¿Puede impugnarse una pregunta?
5. Facultades del juez en el interrogatorio.
6. ¿Cuáles son las cargas del declarante?

### ***Lección 5.ª Pruebas documental y pericial***

1. Clases de documentos.
2. Momento de presentación de los documentos.
3. Forma de aportación de los documentos al proceso.
4. ¿Puede impugnarse la autenticidad de un documento?
5. Instrumentos que permiten a las partes y a los peritos poner de manifiesto las circunstancias que comprometerían la imparcialidad de los peritos.
6. ¿Cómo se designa a un perito?
7. Valoración de la prueba pericial.

### ***Lección 6.ª Las prueba de reconocimiento judicial***

1. ¿Cuándo procede el reconocimiento judicial?
2. ¿Qué puede ser objeto de reconocimiento judicial?
3. ¿Puede combinarse con otros medios probatorios?
4. Valoración del reconocimiento judicial.

### ***Lección 7.ª La prueba testifical***

1. Diferencias entre el testigo y el perito.
2. Idoneidad para ser testigo.
3. ¿Cuáles son las causas por las que puede ser tachado un testigo?
4. ¿Tiene el testigo obligación de comparecer? ¿Y de declarar?

### ***Lección 8.ª Los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo y presunciones***

1. ¿Pueden acompañar las partes una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate?
2. ¿Qué medios de prueba instrumentales pueden aportarse junto a los medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo?
3. ¿Qué sucede cuando el órgano jurisdiccional no dispone de los medios adecuados para practicar los medios de reproducción del sonido o la imagen?
4. Clases de presunciones.
5. Efectos de las presunciones.
6. ¿Qué es la prueba de lo contrario?

### ***Lección 9.ª Las diligencias finales***

1. ¿Qué son las diligencias finales?
2. ¿Pueden las diligencias finales llevar a actividad probatoria?
3. ¿Cuándo deben practicarse las diligencias finales?

## **Capítulo III**

### **La prueba en el proceso penal**

#### ***Lección 10.ª Particularidades probatorias***

1. Notas características de la prueba en el proceso penal.
2. La valoración de la prueba.
3. La carga de la prueba.
4. Procedimiento probatorio.

#### ***Lección 11.ª Prueba ilícitamente obtenida***

1. Requisitos necesarios para poder limitar los derechos fundamentales durante el curso de una investigación penal.
2. Supuestos que existen de posibles limitaciones a derechos fundamentales en la búsqueda de la verdad.
3. Efectos de la obtención de una prueba de forma ilícita.
4. Diferencia de tratamiento de la obtención ilícita de la prueba entre el sistema anglosajón y el español.

#### ***Lección 12.ª Presunción de inocencia y actividad probatoria***

1. Concepto y fundamento de la presunción de inocencia.
2. Elementos que definen la presunción de inocencia.
3. ¿Qué quiere decir que la prueba sea de cargo?
4. ¿Qué se entiende por prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia?
5. Prueba anticipada.

#### ***Lección 13.ª Medios concretos de prueba***

1. Actitudes posibles del acusado.
2. Condición de testigo: situaciones especiales.
3. ¿Qué hay que tener en cuenta para que un informe pericial sea tenido en cuenta?
4. La prueba de inspección ocular.

#### ***Lección 14.ª Métodos probatorios y valoración***

1. Explica la diferencia entre la pieza de convicción y documentos.
2. Presupuestos necesarios para el careo.
3. ¿Qué son las presunciones? ¿Cuál es su fundamento?
4. Requisitos materiales y procesales para que las presunciones puedan servir para desvirtuar la presunción de inocencia.
5. Las inferencias corporales.

# V. FILMOGRAFÍA

*Nota:* El listado de películas que se adjunta tiene como objetivo facilitar al lector la referencia de películas que tratan sobre distintos aspectos del Derecho probatorio tales como la presunción de inocencia, medios de prueba, la prueba ilícitamente obtenida, etc. En cada una de estas películas se le facilita al alumno una ficha didáctica en la que se detallan aquellas materias en concreto, que en relación con la temática jurídica planteada se van a trabajar. Precisamente una de las tareas que deberá llevar a cabo el estudiante es detectar los puntos clave en materia probatoria que se tratan en la película.

<i>Sleepers</i>	Barry Levinson, 1996
<i>Algunos hombres buenos</i>	Rob Reiner, 1992
<i>Las dos caras de la verdad</i>	Gregory Hoblit, 1995
<i>En el nombre del padre</i>	Jim Sheridan, 1993
<i>Philadelphia</i>	Jonathan Demme, 1993
<i>Presunto inocente</i>	Alan J. Pakula, 1990
<i>La tapadera</i>	Sydney Pollack, 1993
<i>El Cliente</i>	Joel Schumacher, 1994
<i>Pactar con el diablo</i>	Taylor Hackford, 1997
<i>El informe pelicano</i>	Alan J. Pakula, 1993
<i>El dilema</i>	Michael Mann, 1999
<i>Acusados</i>	Jonathan Kaplan, 1988
<i>Kramer contra Kramer</i>	Robert Benton, 1979
<i>Análisis final</i>	Phil Joanou, 1992
<i>Sospechoso</i>	Peter Yates, 1987
<i>Huracán Carter</i>	Norman Jewison 1999
<i>Cámara sellada</i>	James Foley, 1996
<i>Causa justa</i>	Arne Glimcher, 1994
<i>Erin Brockovich</i>	Steven Soderbergh, 2000
<i>Tiempo de matar</i>	Joel Schumacher, 1996
<i>Coacción a un jurado</i>	Brian Gibson, 1996
<i>Al filo de la sospecha</i>	Richard Marquand, 1985
<i>Acción civil</i>	Steven Zailian, 1998
<i>Legítima defensa</i>	Francis Ford Coppola, 1997
<i>Justicia para todos</i>	Norman Jewison, 1979
<i>La vida de David Gale</i>	Alan Parker, 2003
<i>El abogado del diablo</i>	Sidney Lumet, 1993
<i>La sombra del testigo</i>	Ridley Scott, 1987
<i>El escándalo de Larry Flint</i>	Milos Forman, 1996
<i>El caso Winslow</i>	David Mamet, 1999
<i>Historia de un soldado</i>	Norman Jewison, 1984
<i>Anatomía de un asesinato</i>	Otto Preminger, 1959
<i>El misterio von Bülow</i>	Barber Schroeder, 1991
<i>Furia</i>	Fritz Lang, 1936
<i>Veredicto final</i>	Sidney Lumet, 1982
<i>La costilla de Adán</i>	George Cukor, 1949

# VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Prueba de ADN en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada 2008.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La prueba por presunciones: particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Ed. Comares, Granada 2007.
- ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2009.
- ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid 1989.
- ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>, *La aportación de documentos en primera y segunda instancia y la proposición de prueba en la fase del recurso de apelación*, Ed. La Ley, Madrid 2007.
- BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*, Ed. Difusión Jurídica, Madrid 2009.
- CALDERÓN CUADRADO, P., *La prueba en el recurso de apelación penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- DE DIEGO DíEZ, L. A., *La Prueba dactiloscópica: Identificación del delincuente a través de las huellas dactilares*, Ed. Bosch, Barcelona 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- ELÍAS BATUTONES, J. J., *La prueba de los documentos electrónicos en los tribunales de justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- ETXEBERRIA JURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Comares, Granada 2002.
- FLORES PRADA, I. *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. / BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- GARCÍA VITORIA, A., *Actividad pericial y proceso penal, especial consideración de la pericia caligráfica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- GINÉS CASTELL, N. (coord.), *El interrogatorio de las partes*, Colección de formación continua. Facultad de Derecho ESADE. Estudios prácticos sobre los medios de prueba; vol.1, Ed. Bosch, Barcelona 2007.
- GINÉS CASTELL, N. (coord.), *El interrogatorio de testigos*, Colección de formación continua. Facultad de Derecho ESADE. Estudios prácticos sobre los medios de prueba; vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona 2008.
- GINÉS CASTELL, N. (coord.), *La prueba pericial*, Colección de formación continua. Facultad de Derecho ESADE. Estudios prácticos sobre los medios de prueba; vol. 3, Ed. Bosch, Barcelona 2009.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *Prueba y proceso penal*, (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- GRAU GRAU, I., *Valoración judicial de la prueba en los procesos por accidentes de tráfico*, Ed. Bosch, Barcelona 2008.

- GUTIÉRREZ MUÑOZ, S., *La prueba pericial en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2009.
- GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C. (coord.), *La prueba pericial médica*, Ed. La Ley, Madrid 2008.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M.<sup>a</sup>, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil: nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (Lexnet) y el expediente judicial electrónico: análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra 2009.
- LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J., *La prueba documental*, Colección de formación continua. Facultad de Derecho ESADE. Estudios prácticos sobre los medios de prueba; vol. 4, Ed. Bosch, Barcelona 2010.
- LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2006.
- LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J., *Problemas actuales de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2006.
- LLUCH, X./ PICÓ I JUNOY, J., *Objeto y carga de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona 2007.
- LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid 2007.
- MONTERO AROCA, J., *La Intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- MONTESINOS GARCÍA, A., *La Videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009.
- PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- PÉREZ MARTÍN, M<sup>a</sup>. A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona 2010.
- ROMERO COLOMA, A. M., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Reus 2009.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., *Alegación y prueba de normas jurídicas: los principios generales del derecho a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- SANCHIS CRESPO, C. / CHAVELI DONET, E., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- TARUFFO, M./ CANDAU PÉREZ, A./ ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009.