**DERECHO PROCESAL**

**TEMA 51**

**EL SUMARIO (III): LA PRUEBA: CONCEPTO Y MEDIOS DE PRUEBA. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN; LA PRUEBA ACORDADA DE OFICIO. PRUEBAS OBTENIDAS CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. PRUEBA PRODUCIDA IRREGULARMENTE. VALOR PROBATORIO DE LO ACTUADO EN EL SUMARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS INFORMES PERICIALES ELABORADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; EN PARTICULAR, LOS INFORMES DE DELITO FISCAL.**

**EL SUMARIO (III): LA PRUEBA: CONCEPTO Y MEDIOS DE PRUEBA.**

**Concepto de prueba.**

El proceso penal discurre, principalmente, para lograr la averiguación de los hechos con relevancia penal de forma contradictoria entre las partes.

Por ello, el fundamento de la prueba es demostrar, ante versiones opuestas sobre unos mismos hechos, cuál es la que más se aproxima a la única realidad existente, y su finalidad es la de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado y lograr la convicción judicial acerca de su condena.

El objeto de la prueba se contrae a los hechos en que se sustentan las pretensiones de las partes, si bien partiendo del principio esencial de que la inocencia no se prueba, sino que se presume, de forma que sólo se prueba la culpabilidad.

Por tanto, las partes acusadoras han de probar los hechos integrados en los escritos de calificación o acusación, mientras que el acusado puede limitarse a probar los hechos incorporados a su escrito de defensa que supongan atenuantes o eximentes o sean impeditivos, extintivos o excluyentes de la tesis acusadora.

Conforme a la doctrina consolidada de los Tribunales Constitucional y Supremo, el derecho a la presunción de inocencia impone que la condena se asiente sobre una mínima pero suficiente actividad probatoria, de modo que ante la ausencia o insuficiencia de la prueba el juez debe absolver al acusado, ya que la presunción de inocencia implica la consagración del principio in *dubio pro reo*, principio que impone la absolución ante la falta de claridad probatoria y persistencia de la duda razonable sobre la realidad de los hechos.

La prueba debe practicarse de forma contradictoria en el juicio oral, sin perjuicio de:

1. La anticipación o aseguramiento de la misma a través de la prueba preconstituida:
2. El valor probatorio que puede concederse a los actos de investigación.
3. La posibilidad, regulada por el artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que las pruebas personales puedan practicarse a través de videoconferencia.

Por último, respecto de la valoración de la prueba, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el tribunal dictará la sentencia “apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio”, lo que exige según la jurisprudencia, una necesaria apreciación lógica de la prueba basada en las reglas del criterio humano y en las máximas de la experiencia, y con eliminación de todo rastro de arbitrariedad del juzgador.

Por consiguiente, el razonamiento del juzgador deberá exteriorizarse mediante la motivación de la sentencia, lo que posibilita además su fiscalización y, en su caso, corrección.

**Medios de prueba.**

Los medios de prueba que pueden practicarse en el juicio oral están regulados por los artículos 688 a 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y son los siguientes:

1. La declaración del acusado, que comienza preguntándose al acusado si se declara culpable, y si la respuesta es afirmativa y concurren los requisitos precisos para que sea admisible su conformidad, estudiados en el tema siguiente del programa, se dictará sentencia sin más trámites.

En el caso de que el acusado respondiese negativamente, será interrogado de forma oral directa por el fiscal, los acusadores y la defensa, siempre y exclusivamente sobre los hechos incluidos en los escritos de acusación y defensa, pudiendo el acusado negarse a contestar o responder falsa o contradictoriamente o con evasivas.

1. Las declaraciones de los testigos, quienes tienen obligación de prestar declaración y decir la verdad, incluyéndose entre los testigos a:
2. Las autoridades y funcionarios policiales, incluido el agente encubierto, cuyas declaraciones no tienen ningún valor privilegiado.
3. La víctima, cuya sola declaración conforme a la jurisprudencia puede ser prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que no existan posibles relaciones condicionantes con el acusado y su declaración sea verosímil y coherente.
4. Los testigos indirectos o de referencia, que sólo serán admisibles cuando no puedan declarar los testigos directos sin que sus manifestaciones, por sí solas, constituyan prueba de cargo bastante.

Pueden ser testigos todas las personas, sin perjuicio de la exención de obligación de declarar por razón de parentesco o secreto profesional regulada por los artículos 416 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de las especialidades en las declaraciones de:

1. Menores de edad, particularmente de los menores de catorce años, y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
2. Víctimas del delito, conforme al Estatuto de la Víctima del Delito de 27 de abril de 2015.
3. Testigos protegidos, conforme a la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994.
4. El informe pericial, regulándose la recusación de los peritos y previéndose que los peritos serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos, y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan.
5. Los documentos y piezas de convicción, que deben ser examinadas directamente por el órgano de enjuiciamiento, debiendo tenerse presente que:
6. En el proceso penal los documentos públicos no tienen los efectos de prueba plena propios del proceso civil, de forma que deberán ser apreciados en conciencia como el resto de pruebas.
7. Conforme al artículo 26 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria.
8. La inspección ocular, si bien normalmente se practica en la fase de instrucción y se integra en el juicio oral como una prueba preconstituida, generalmente avalada por otras pruebas como imágenes o informes periciales.
9. La reproducción de la imagen y sonido, generalmente obtenidos en la fase de instrucción a través de las medidas limitadoras de derechos fundamentales estudiadas en el tema anterior del programas.

Por último, debe tenerse presente que la jurisprudencia considera que es prueba de cargo suficiente la llamada prueba indirecta, indiciaria o por presunciones, que es la inferida, motivada y razonablemente, de otra directa, cuando esta última no puede practicarse.

No obstante, para ello la jurisprudencia exige determinadas cautelas, como que los indicios sean varios y unidireccionales y no sean contradichos por otros indicios, rechazando las inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas.

**PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN; LA PRUEBA ACORDADA DE OFICIO.**

**Proposición y admisión.**

Conforme al artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los medios de prueba deben proponerse en los escritos de calificación provisional. No obstante, existen las siguientes excepciones:

1. Los careos de los testigos entre sí o con los acusados o entre éstos, que podrán acordarse si se entiende pertinente en función del desarrollo del juicio oral.
2. Las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo.
3. Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas hagan necesarios nuevos elementos de prueba.
4. La lectura o reproducción de las diligencias de investigación que, por causas independientes a la voluntad del solicitante, no puedan ser reproducidas en juicio.

Para que sea admisible la prueba propuesta deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que el medio de prueba esté previsto legalmente.
2. Que la prueba se haya obtenido lícitamente.
3. Que sea útil y pertinente.

La admisión o inadmisión de prueba se realiza mediante auto, el cual es irrecurrible, sin perjuicio de que la indebida inadmisión pueda fundar un recurso de apelación o casación contra la sentencia.

**Prueba acordada de oficio.**

La producción de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia es una actividad de parte, y por ello el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 dispone que “no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes”.

Sin embargo, el proceso penal acoge la actividad probatoria de oficio, y por ello el artículo 729 de la fundamentalmente Ley de Enjuiciamiento Criminal exceptúa de la prescripción anterior “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”, que podrán practicarse de oficio.

No obstante, por exigencias del principio acusatorio, en ningún caso mediante la prueba de oficio podrán introducirse hechos nuevos.

**PRUEBAS OBTENIDAS CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Doctrina y jurisprudencia distinguen entre prueba producida irregularmente o con vulneración de la legalidad ordinaria, y la obtenida con violación de un derecho fundamental.

Con relación a esta última, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Por ende, la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es totalmente nula y no surte efecto alguno, y esta nulidad se transmite a todas las pruebas que le puedan seguir en los inescindibles eslabones de la cadena probatoria, en virtud de la doctrina denominada *de los frutos del árbol envenenado*, procedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos y acogida por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo.

No obstante, esta doctrina ha sido matizada por nuestra jurisprudencia, que rechaza el automatismo en su aplicación y entiende que la regla de la exclusión no se extiende a la prueba jurídicamente independiente, al descubrimiento inevitable o resultado probatorio que podía haber sido obtenido igualmente por otras pruebas lícitas, a los hallazgos casuales, a la confesión voluntaria o a las pruebas obtenidas por particulares.

En principio, la ineficacia de este tipo de pruebas debería determinarse en la fase de instrucción o declararse *a limine*, mediante auto de inadmisión del medio de prueba; no obstante, es posible que los motivos de nulidad se hagan patentes durante el juicio, en cuyo caso la nulidad deberá ser declarada en sentencia.

Además, el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que la vulneración de derechos fundamentales pueda plantearse como cuestión previa al inicio del juicio oral en el procedimiento abreviado.

**PRUEBA PRODUCIDA IRREGULARMENTE.**

En caso d prueba producida irregularmente, la infracción de la legalidad ordinaria puede provocar la nulidad de la diligencia defectuosa por aplicación de las causas de nulidad de los actos judiciales enumeradas por el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no impide la utilización de otros medios indirectos de prueba o la subsanación del defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario, por lo que la sanción por la vulneración de la legalidad no tendría que ser irremisiblemente la exclusión del proceso.

**VALOR PROBATORIO DE LO ACTUADO EN EL SUMARIO.**

Las fuentes de investigación adquiridas durante la instrucción son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral.

Si la fuente se halla disponible debe ser necesariamente propuesta como prueba a practicar en el juicio oral, como ocurre con los documentos.

Pero puede suceder que la fuente no esté disponible en el momento del juicio oral, bien porque es actividad propia de la instrucción, como la comunicación telefónica interceptada, o bien porque la fuente no se pueda aportar, como el testigo fallecido.

En estos casos, la fuente indisponible puede ser incorporada como prueba al juicio oral, pero para ello la jurisprudencia exige que concurran los siguientes requisitos:

1. La diligencia de investigación debe haber sido intervenida por el instructor.
2. Deben haberse respetado las normas legales de obtención de la fuente de prueba, custodia, aseguramiento y conservación.
3. En la medida de lo posible, el resultado de la investigación debe reproducirse en el juicio oral, como ocurre con las grabaciones audiovisuales.
4. Debe estar garantizada la contradicción.

Además, debe tenerse presente que:

1. Los artículos 448 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan la preconstitución como prueba para el juicio oral de determinadas declaraciones testificales en el sumario, como la del menor de catorce años, garantizando la contradicción en la declaración y la grabación audiovisual de la misma.
2. El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

**ESPECIAL REFERENCIA A LOS INFORMES PERICIALES ELABORADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; EN PARTICULAR, LOS INFORMES DE DELITO FISCAL.**

**Especial referencia a los informes periciales elaborados por las Administraciones Públicas.**

La jurisprudencia admite plenamente los dictámenes periciales elaborados por funcionarios que tengan conocimientos especializados sobre los hechos objeto de prueba, debiendo tales dictámenes ser valorados según las reglas de la sana crítica, si bien a menudo ha otorgado mayor objetividad y veracidad a los dictámenes de peritos funcionarios que a los elaborados por peritos no funcionarios, debido a la imparcialidad característica de los funcionarios públicos.

No obstante, la jurisprudencia más reciente pone de relieve tres consideraciones acerca de tales dictámenes, a saber:

1. No es lo mismo que el dictamen del funcionario se haga valer en un litigio en el que no sea parte la Administración que en un litigio en el que sí sea parte, ya que en este último supuesto no tiene sentido decir que el dictamen merece un plus de credibilidad, puesto que al fin y al cabo la Administración de la que depende el funcionario es parte procesal, y quien es parte no es imparcial.
2. Debe atenderse, por ello, al grado de dependencia del funcionario respecto de la Administración que sea parte y, especialmente, a su inserción en la estructura jerárquica de la misma o a su pertenencia a entidades u organismos dotados de cierta autonomía.
3. Por último, cuando las partes no tienen posibilidad de pedir explicaciones o aclaraciones al funcionario autor del dictamen, el mismo tendrá el valor de un documento administrativo, y no de una auténtica pericia.

**En particular, los informes de delito fiscal.**

En el ámbito penal tienen gran importancia los informes elaborados por funcionarios públicos, en especial los de la Inspección de los Tributos en las causas por delito fiscal. Respecto de los mismos, la jurisprudencia pone de relieve lo siguiente:

1. Tales funcionarios pueden intervenir en el proceso penal:
2. Como testigo, cuando el funcionario ha realizado materialmente las actuaciones de comprobación e investigación en las que se detectaron los indicios de delito.
3. Como testigo-perito cuando, además, tal funcionario emite su opinión técnica como experto en materia tributaria, financiera y contable.
4. Como perito, cuando el funcionario no ha intervenido en las actuaciones de comprobación e investigación sino que se limita a emitir su opinión técnica como experto en materia tributaria, financiera y contable.
5. La relación de servicio entre estos funcionarios y el Estado que ejerce la acusación particular no genera un interés que les inhabilite, por lo que ni constituye causa de recusación ni determina pérdida de imparcialidad, siendo tales funcionarios idóneos para completar los conocimientos del tribunal sobre los hechos objeto de prueba, debido a su cercanía a los hechos investigados, su cualificada preparación y los principios que deben inspirar su intervención.
6. En cualquier caso, el dictamen de estos funcionarios debe someterse a plena contradicción en el juicio oral, sin que tal dictamen pueda referirse a cuestiones estrictamente jurídicas, en las cuales los órganos judiciales son los expertos por antonomasia.
7. Las conclusiones de estos dictámenes no vinculan al órgano de enjuiciamiento, que las valorará libremente y de forma conjunta con el resto de pruebas.

José Marí Olano

6 de junio de 2024