

**UNIVERSIDAD DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO**

MASTER DE DERECHO PENAL 2019

**DERECHO PROCESAL
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

PRESENTACIÓN

En estas siete sesiones sobre la prueba en el derecho procesal penal español, de dos horas cada una, abordaremos una materia compleja en cuya aproximación se perfilan las siguientes notas:

(1) Un injustificable déficit regulativo en materia de admisión, formación, validez y condiciones de eficacia de los diferentes medios de prueba. La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 ha sido objeto de diversas reformas parciales a modo de “parches” desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 que no han afrontado rigurosamente las exigencias que impone una materia altamente sensible por su conexión con los derechos fundamentales de la ciudadanía ¹. Dicho déficit regulativo ha intentado ser suplido por la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que han ido elaborando un cuerpo de doctrina de tal envergadura que puede hablarse, sin ninguna duda, de la existencia de un verdadero *ordenamiento jurídico oculto*, pues sólo acudiendo a la jurisprudencia podrá conocerse el estado actual en materia probatoria. Ello genera, como iremos viendo, problemas insalvables de incerteza, inseguridad, dispersión e incongruencia merced a las oscilaciones de la inestable doctrina de los tribunales.

(2) La irresistible irradiación de los valores y garantías constitucionales al ámbito procesal y, por ende, probatorio, cuyas normas no pueden ser ya concebidas como reglas adjetivas reguladoras de un procedimiento neutral, sino como instrumentos de preservación de los derechos de los ciudadanos. Bajo este ángulo, puede decirse que regulan la clase, extensión y conformidad a derecho de las violaciones de los derechos fundamentales (TIEDEMANN). De ahí las exigencias de legalidad estricta aún sin alcanzar.

¹ El día 22 de julio de 2011, el Consejo de Ministros aprobó dos anteproyectos de ley con el propósito de abordar esta materia de modo integral. El primero, de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal. El segundo, de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lamentablemente, y pese a la gran calidad técnica de la propuesta, la disolución anticipada de las Cámaras por la convocatoria de elecciones generales abortó su tramitación parlamentaria. En la actualidad se encuentra en fase aún prelegislativa un Anteproyecto de Código Procesal Penal. Recientemente, se han aprobado sendas reformas parciales de la Lecrim que afectan a determinadas diligencias de investigación necesitadas de regulación, que mitigan el déficit regulativo, aunque no dan solución a todos los graves problemas que presenta nuestro sistema probatorio (LO 13/2015 y Ley 41/2015). Los citados textos se acompañan con la documentación del curso.

La prueba en el proceso penal

Ramírez Ortiz, José Luis

(3) En esta línea, el abismo entre los planos fáctico y normativo en la fase de investigación (legalmente es el Juez Instructor quien la realiza, pero en la práctica, es la Policía quien la controla) repercute en el valor atribuible a los medios de prueba y en el campo de la prueba “ilícita” pues se parte de la falsa presunción de que sigue siendo el Juez el director de la instrucción para atribuir categoría de prueba a los actos que se realizan en dicha fase, pese a que, en definitiva son ejecutados por la Policía. La misma razón explica la flexibilización de los criterios de anulación de diligencias sumariales.

(4) Otra veta analítica es el ámbito de valoración de la prueba. Tradicionalmente, la doctrina científica se ha centrado en el análisis puramente formal de las normas reguladoras de la práctica de las pruebas, descuidando la perspectiva del valor atribuible a los medios probatorios, en sintonía con una jurisprudencia burocrática imbuida por la mística de la “íntima convicción” como instrumento desresponsabilizador del deber de motivación. Hoy día, tras la constitucionalización de la obligación de motivar, este modelo aplicativo no se sostiene, pese a que gravita sobre cierta subcultura de la jurisdicción. Motivar, en perspectiva probatoria, es dar cuenta de las razones por las que se da por acreditado un determinado hecho; una dación de cuenta cuyo destino es la valoración por otros, por lo que ha de exteriorizarse para hacerla susceptible al control racional. La “valoración conjunta” no puede servir de expediente para eludir la obligación del examen analítico de cada medio de prueba.

Por otra parte, la actividad probatoria, como conjunto de actuaciones que tiene como fin propio la prueba de las afirmaciones de los hechos controvertidos, es secuenciable en cuatro fases: a) Actos de obtención de fuentes de prueba; b) Actos de incorporación de fuentes de prueba al proceso; c) Práctica de los medios de prueba; y, d) Valoración de la prueba. Hemos dicho que en las fases a), b) y c) existen importantes déficits regulativos. Por tanto, si partimos de que el valor de una determinada prueba viene determinado por su conformidad con las reglas que rigen las fases anteriores, concluiremos que hoy día la valoración de las pruebas presenta una dificultad añadida, como puede advertir cualquier jurista que se aproxime a la jurisprudencia de la Sala II.

Para aproximarnos en tan poco tiempo a la materia, intentaremos abordar estas cuestiones, conjugando el análisis de los planos legal, jurisprudencial y fáctico, en siete bloques temáticos no coincidentes exactamente con cada sesión, ya que algunos bloques son de mayor extensión.

SISTEMA DE EVALUACIÓN

Será precisa la asistencia a un 80 % de las clases, se valorará positivamente la participación activa durante las sesiones, y, en la última sesión se realizará una prueba que consistirá en responder por escrito a dos o tres preguntas breves en un tiempo máximo de 30 minutos. Se adjunta un cuestionario como ejemplo, sin que ello signifique que las preguntas que se formulen deban estar necesariamente incluidas en dicho cuestionario.

PROGRAMA

1.- TERMINOLOGÍA PROBATORIA MÍNIMA

1.1. Prueba y hecho

- a) Objeto del proceso y objeto de la prueba
- b) Hecho y enunciado fáctico
- c) Definición de prueba
- d) Hechos neutros y determinados valorativamente
- e) Prueba de los elementos del delito e influencia de los modelos de derecho penal en el hecho a probar)

1.2. Prueba y teorías de la verdad

- a) Teorías negativas.
- b) Teorías positivas. Verdad como coherencia narrativa. Verdad como correspondencia. Probabilidad cuantitativa y lógica. Diferencia entre probabilidad y verosimilitud.

1.3. Prueba y teorías del proceso

- a) Proceso como instrumento para la aplicación de la ley.
- b) Proceso como instrumento para la resolución conflictos.
- c) Proceso como instrumento de garantía de los derechos fundamentales.

1.4. Tipología de las pruebas

- a) Prueba directa e indirecta
- b) Prueba positiva y negativa
- c) Pruebas personales, documentales y reales
- d) Prueba típica y atípica. La admisión de pruebas atípicas.
- e) Prueba científica
- f) Prueba de formación extraprocesal y de formación procesal.
- g) Prueba “plena” y “semiplena”: el estándar de prueba en relación con el objeto de la prueba.

1.5. La actividad probatoria y sus fases

- a) La ambigüedad conceptual del término prueba.
- b) Fuentes, medios de prueba y datos probatorios
- c) Actos de instrucción y actos de prueba
- d) Actividad probatoria. Fases: obtención de fuentes de prueba, incorporación de fuentes de prueba al proceso, práctica de medios de prueba y valoración de los medios de prueba.

-Materiales básicos: “Hechos y argumentos”, de Daniel González Lagier. STS 279/2003 y STS 647/2014

2.- LA FASE DE INVESTIGACIÓN (I)

2.1. Fases y principios del proceso penal

- a) Las fases del proceso penal
- b) La incidencia de los principios del proceso en cada fase

2.2. La regla del artículo 741 LECR y sus excepciones

- a) La regla.
- b) Excepciones expresas: prueba anticipada y preconstituida.
- c) La “compensación de situaciones procesales”.

2.3. El valor del atestado policial

La prueba en el proceso penal

Ramírez, Ortiz, José Luis

- 2.4. Las diligencias inherentes en derechos fundamentales
- 2.5. Identificación de los presupuestos generales de injerencia
- 2.6. Ponderación y principio de proporcionalidad
- 2.7. Diligencias inherentes en el derecho a la intimidad corporal
 - a) El derecho a la intimidad corporal
 - b) Intervenciones e inspecciones corporales
 - c) Investigación mediante marcadores de ADN
 - d) Cacheos superficiales y registros corporales

-Materiales básicos: El valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial de Javier Hernández García. STC 207/1996 y STS 734/2014

3.- LA FASE DE INVESTIGACIÓN (II)

- 3.1. El derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE).
- 3.2. El derecho a la autodeterminación informativa (18.4 CE).
- 3.3. La diligencia de intervención de las comunicaciones
 - a) Evolución regulativa: el problema de la habilitación legal
 - b) Intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas
 - Principios constitucionales de la legitimidad de la injerencia
 - Presupuestos
 - Delimitación objetiva: terminales y medios intervenibles.
 - Delimitación subjetiva.
 - Solicitud de interceptación y resolución judicial habilitante
 - SITEL
 - Acceso de las partes a las grabaciones y destrucción
 - Utilización de grabaciones como prueba
 - c) Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados
 - Naturaleza
 - Ley 25/2007 y STJUE 8.4.14
 - Datos objeto de retención
 - Resolución judicial
 - Acceso policial sin resolución judicial
 - IP
 - Captación de códigos de identificación
 - Acceso a datos no vinculados a proceso de comunicación para la identificación de titulares o terminales
 - La orden anticipada de conservación de datos
- 3.4. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos
- 3.5. Captación de imagen en espacios públicos
- 3.6. Utilización de instrumentos de geolocalización
- 3.7. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo
- 3.9. Registros remotos sobre equipos informáticos
- 3.10. Revelación de conversación por un comunicante
- 3.11. La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Los paquetes postales: secreto de las comunicaciones vs intimidad
- 3.12. Diligencias inherentes en el derecho a la inviolabilidad del domicilio
 - a) Conceptuación general
 - b) Definición de domicilio
 - c) La autorización judicial
 - d) El consentimiento del titular

La prueba en el proceso penal

Ramírez Ortiz, José Luis

- e) Flagrante delito
- f) Práctica de la diligencia
- g) Registros en celdas

-Materiales básicos: Circular 1/2013 FGE, STC 22/2003 y 571 US Fernández v California, 571 US (2014). Ley de Enjuiciamiento Criminal artículos 579 a 588 octies

4.- LA FASE DE INVESTIGACIÓN (III)

- 4.1. Declaraciones de las personas investigadas (118 y 520 tras la reforma operada por LO 13/2015), y testigos. Careos. El testigo-perito
- 4.2. Confidentes. Agentes encubiertos. Agente provocador y delito provocado.
- 4.3. Identificación de sospechosos e imputados. Reconocimiento en rueda. Huella dactilar.
- 4.4. Periciales policiales. Comprobación de alcohol y tóxicos: RD 1428/2003, de 21 de noviembre. Análisis de drogas. Pericial de inteligencia.
- 4.5. Periciales judiciales. Los problemas de la documentalización de la pericia. Pericial sobre imputabilidad.
- 4.6. Inspección ocular.
- 4.7. La cadena de custodia
- 4.8. El acceso a datos clínicos e historiales médicos de inculpados y de testigos

-Materiales básicos: Contradicción y defensa de Juan José López Ortega, ST AP Madrid 89/2012 y STS 229/2014

5.- LA FASE DE JUICIO ORAL

- 5.1. Proposición, admisión y denegación de prueba.
 - a) La relevancia de los medios de prueba.
 - b) La admisibilidad de los medios de prueba
- 5.2. Declaración del acusado.
 - a) Forma y lugar
 - b) Momento
 - c) Última palabra
 - d) Aprovechamiento de declaraciones policiales
 - e) Aprovechamiento de declaraciones sumariales
 - f) Silencio del acusado
 - g) Régimen de declaración de quien ha sido juzgado en el enjuiciamiento del coimputado
- 5.3. Declaraciones testificales.
 - a) Aprovechamiento de declaraciones previas
 - b) Régimen del testigo dispensado ex artículo 416 Lecrim
 - c) Testigos de referencia
 - d) La credibilidad del testigo
 - e) El testigo oculto
- 5.4. Periciales.
- 5.5. La “documentalización” del juicio oral. La pérdida de peso del plenario.
 - a) Fórmula “por reproducida”.
 - b) Aportación extemporánea
 - c) Tipos de documentos y régimen impugnatorio
 - d) Las fotocopias

La prueba en el proceso penal

Ramírez Ortiz, José Luis

5.6. Facultades probatorias del Juzgador

-Materiales básicos: El juicio oral de Javier Hernández García. La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual de José Luis Ramírez Ortiz, STC 57/2013 y STS 320/2013

6.- LA PRUEBA ILÍCITA Y SU TRATAMIENTO

6.1. Precisiones conceptuales

6.2. Clases de prueba ilícita

6.3. Fundamentación

6.4. Efectos

a) Ineficacia directa

b) Ineficacia refleja

c) Excepciones a la regla de exclusión

-A la ineficacia directa: buena fe policial

-A la ineficacia refleja: fuente independiente, descubrimiento

inevitable, nexos causal atenuado

6.5. La conexión de antijuridicidad

a) Evolución

b) El artículo 11.1 LOPJ

c) STC 81/1998: la doctrina de la conexión de antijuridicidad

6.6. Estado actual de la doctrina. Supuestos problemáticos

a) Reglas generales

b) STC 66/2009

c) La confesión del acusado precedida de prueba ilícita: STS 1/2006 y STS 821/2012

d) Principio de reconocimiento mutuo: derecho comparado.

e) El hallazgo casual. SSTS 811/2012, 91/2011 y 103/2015. La reforma de la LO 13/2015

f) In dubio pro reo y prueba ilícita. STS 901/2008.

g) Momento procesal para denunciar la ausencia de testimonios

h) La problemática en la prueba de ADN. ¿Hacia un nuevo paradigma procesal?

i) Prueba obtenida con violación de derechos fundamentales que favorece al acusado

j) Prueba obtenida con violación de derechos fundamentales por particulares.

6.7. Régimen procesal de la prueba ilícita

a) Procedimiento ordinario

b) Procedimiento abreviado

c) Jurado

d) Aplicabilidad del artículo 287 Lec

e) Regulación en los proyectos de reforma de la Lecrim

-Materiales básicos: Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio de Luis Salas Caleros, STS 43/2012, STS 1/2006 con los votos particulares y Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

La prueba en el proceso penal

Ramírez Ortiz, José Luis

7.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

7.1. Determinación de los valores probatorios

7.2. Prueba legal y libre valoración de la prueba.

7.3. El estándar de prueba del proceso penal. La “íntima convicción” y el “más allá de toda duda razonable”. Presunción de inocencia como regla de juicio e in dubio pro reo. Estándares y fases del proceso.

7.4. Valoración de las declaraciones de acusados y coacusados.

7.5. Valoración de declaraciones de testigos.

7.6. Valoración de la prueba pericial.

7.7. La prueba indiciaria.

7.8. Los hechos en la sentencia penal

-Materiales básicos: Motivación, presunción de inocencia e in dubio pro reo, de Juan Igartua Salaverría, STS 584/2014 y STS 922/2011

Barcelona, diciembre 2018

José Luis Ramírez Ortiz