

**UNIVERSIDAD DE BARCELONA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**MASTER DE DERECHO PENAL 2020**

**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<sup>1</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> 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.

(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.

(5) Por último, se aborda también la problemática que ha generado la introducción de la noción de enjuiciamiento o valoración probatoria con “perspectiva de género”, en especial en el ámbito de los delitos sexuales, pues una deficiente comprensión de dicha herramienta conceptual puede suponer una deflación de las garantías procesales y una rebaja de los estándares probatorios.

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 tres preguntas breves en un tiempo máximo de 30 minutos.

## **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) Actos de instrucción y actos de prueba
- c) La secuencia probatoria: fuente de prueba, medio de prueba, elemento de prueba, inferencia probatoria y resultado de la 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

#### 1.6. Máximas de la experiencia, hechos notorios y leyes científicas

#### 1.7. Prueba representativa y prueba crítica

### Materiales básicos

-Hechos y argumentos, de Daniel González Lagier, en Jueces para la Democracia: Información y debate. Nº 47. 2003.

-STS 279/2003 y STS 647/2014

## **2. LA PRODUCCIÓN DE LA INFORMACIÓN PROBATORIA EN EL ACTO DE LA VISTA PÚBLICA. LA ANTICIPACIÓN PROBATORIA. EL ATESTADO POLICIAL. PROCESO DE PARTES Y PRUEBA DE OFICIO.**

### 2.1. Nociones preliminares

a) Fases del proceso

b) Principios del proceso: presunción de inocencia, contradicción e inmediación

c) Consecuencias terminológicas

### 2.2. El principio de práctica de prueba en juicio oral

a) Regla general

b) Excepciones

### 2.3. La prueba anticipada

### 2.4. La prueba preconstituida

### 2.5. La preconstitución probatoria en los casos de testigos vulnerables

### 2.6. Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los riesgos

### 2.7. El valor del atestado policial

### 2.8. Proceso de partes y prueba de oficio

### Materiales básicos

-La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH, de Rafael Alcácer Guirao. Indret.

-Sánchez Yllera I. "Razones para dudar: las manifestaciones incriminatorias prestadas antes del juicio oral (a propósito del art. 46.5 LJ). Estudios de Derecho Judicial 45 – 2003.

-López Ortega J. J. "Contradicción y defensa: Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal". CGPJ 2007.

-SSTC 137/1988, 140/1991, 51/1995, 200/1996, 155/2002: La preconstitución de la prueba.

## **3. LA VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN PROBATORIA I**

### 3.1. Prueba legal y libre valoración de la prueba.

### 3.2. Valoración racional, grado de probabilidad y estándares de prueba

3.3. 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.

3.4. Valoración en la fase de investigación. Valoración en el juicio oral. Sesgos cognitivos, estereotipos, esquemas y guiones. El papel de las máximas de la experiencia.

3.5. Valoración individual y conjunta. La idea del cuadro de prueba. Completud. La prueba de descargo

### 3.6. Valoración de las declaraciones de acusados y coacusados.

a) El testigo acusado en otra causa

b) El silencio del acusado

### 3.7. Valoración de declaraciones de testigos: credibilidad y fiabilidad

- a) El testigo presunta víctima. El problema del testimonio único
- b) El testigo menor de edad. Los menores de muy corta edad
- c) El testigo con discapacidad mental
- d) El testigo agente o funcionario público
- e) El testigo-perito
- f) El testigo anónimo
- g) El testigo por referencia

#### Materiales básicos

- In dubio pro reo y presunción de inocencia, de Francisco Tomás y Valiente
- Paul Velasco J. M. de “Presunción de inocencia e in “dubio pro reo” en el juicio ante el Tribunal del Jurado. Estudios de Derecho Judicial 45 – 2003.
- Testimonio de la víctima y más allá de cualquier duda razonable, de Salvador Camarena, en Revista Jurídica Gallega.
- SSTC 31/1981 y 55/1982: Presunción de inocencia: doctrina general
- SSTC 10/1992 y 93/94: La carga de la prueba del hecho material:
- SSTC 68/1998 y 91/1999: La prueba del hecho psíquico

#### Libro

- Autor: VV.AA. Director: Hernández García, Javier
- Título: 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal
- Editorial: Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2010
- Colección: Manuales de Formación Continuada, 51

## **4. LA VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN PROBATORIA II. MOTIVACIÓN.**

- 4.1. Valoración de la prueba pericial. Reglas Daubert y control de la calidad de la información técnica y científica. Pericias oficiales y pericias particulares.
- 4.2. Entre la ciencia y la pseudociencia. Potencial evocado cognitivo. Periciales de credibilidad de los testimonios. Periciales de microexpresiones faciales.
- 4.3. Prueba indiciaria
- 4.4. La prueba de reconocimiento del sospechoso
- 4.5. Valoración de la prueba documental
- 4.6. Hipótesis alternativas e hipótesis posibles. Las cargas probatorias.
- 4.7. La motivación probatoria: motivación descriptiva y motivación valorativa
- 4.8. Déficits en la motivación probatoria
- 4.9. El rol de la intermediación en la valoración y en la justificación probatoria

#### Materiales básicos

- “Motivación, presunción de inocencia e in dubio pro reo”, de Juan Igartua Salaverría.
- Carpintería de la sentencia penal en materia de hechos, Perfecto Andrés Ibáñez. Revista del Poder Judicial nº 49. 1998.
- La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia, Perfecto Andrés Ibáñez. Estudios de Derecho Judicial, nº 32. 2000.
- Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad, José Luis Ramírez Ortiz, en Revista Italo-española de derecho procesal, vol 2. 2019.

-Problemática probatoria de la identificación visual del autor del delito: aportaciones de la psicología del testimonio, de José Manuel de Paul Velasco, en Cuadernos Digitales de Formación Judicial, 2009.

## **5. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS. LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES**

5.1. La perspectiva de género en la prueba de los hechos

- a) Conceptos introductorios
- b) Espacios de aplicación
- c) ¿Qué supone la investigación y enjuiciamiento con perspectiva de género?

5.2. La prueba en los delitos sexuales.

- a) El comportamiento esperado de la afirmada víctima
- b) El comportamiento esperado del afirmado agresor: el principio del contexto.
- c) Análisis de sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo.

5.3. Especialidades en los delitos cometidos sobre menores de edad

- a) Eficacia contra garantías: un falso dilema
- b) ¿Presunción de inocencia vs. Interés superior del menor?
- c) Particularidades en cuanto al objeto de la prueba
- d) Particularidades en cuanto a los medios de prueba
- e) Particularidades del razonamiento probatorio

### Materiales básicos

-El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género, de José Luis Ramírez Ortiz. En Quaestio Facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio. Vol 1. 2019.

-La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual, de José Luis Ramírez Ortiz. En La Ley Penal. 2018.

-Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia 10 – 2018. Vol I y Vol II (disponible en red)

## **6. LAS DILIGENCIAS INJERENTES EN DERECHOS FUNDAMENTALES**

6.1. Las diligencias injerentes en derechos fundamentales

6.2. Identificación de los presupuestos generales de injerencia

6.3. Ponderación y principio de proporcionalidad

6.4. Diligencias injerentes 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

6.5. El derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE).

6.6. El derecho a la autodeterminación informativa (18.4 CE).

6.7. 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
  - d) Captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos
  - e) Captación de imagen en espacios públicos
  - f) Utilización de instrumentos de geolocalización
  - g) Registro de dispositivos de almacenamiento masivo
  - h) Registros remotos sobre equipos informáticos
  - i) Revelación de conversación por un comunicante
  - j) La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.
  - k) Los paquetes postales: secreto de las comunicaciones vs intimidad
- 6.8. 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
  - e) Flagrante delito
  - f) Práctica de la diligencia
- 6.9. El acceso a datos clínicos e historiales médicos de inculpados y de testigos

#### 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
- Circulares FGE 1, 2, 3, y 5/2019.

### **7. LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA**

- 7.1. Precisiones conceptuales
- 7.2. Clases de prueba ilícita
- 7.3. Fundamentación
- 7.4. 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, nexo causal atenuado

7.5. La conexión de antijuridicidad

- a) Evolución
- b) El artículo 11.1 LOPJ
- c) STC 81/1998: la doctrina de la conexión de antijuridicidad

7.6. 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.
- 7.7. Régimen procesal de la prueba ilícita

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).

Barcelona, diciembre 2019  
José Luis Ramírez Ortiz